

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXXVII

Núm. 2.262

Abril de 2023



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ>

---

## **Enlaces**

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

## **Edita**

Ministerio de Justicia  
Secretaría General Técnica

## **Maquetación**

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

## **ISSN**

1989-4767

## **NIPO**

051-15-001-5

## **Depósito Legal**

M.883-1958

---

## PRESENTACIÓN

El **Boletín del Ministerio de Justicia** es una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio. Comenzó en 1852 con el título de *Boletín Oficial del Ministerio de Gracia y Justicia*, y mediante Orden del Ministro de Justicia de 19 de febrero de 2009 se dispuso la edición electrónica del Boletín del Ministerio de Justicia cesando así su edición en papel. En la actualidad el Boletín del Ministerio de Justicia da un paso más hacia su consolidación como una revista electrónica que, manteniendo su rigor académico e informativo, se ajusta además a los criterios de calidad propios de una publicación de prestigio.

La Orden JUS/218/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan las publicaciones oficiales periódicas del Ministerio de Justicia con contenido científico recoge, en su Disposición adicional primera, que «El Boletín del Ministerio de Justicia es también una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio».

El Boletín del Ministerio de Justicia tiene periodicidad mensual, carácter multidisciplinar y está gestionado por un equipo directivo compuesto por un Director, un Secretario y un consejo de redacción. Publica estudios doctrinales referentes a todos los ámbitos del Derecho, reseñas de libros jurídicos, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, condecoraciones de la Orden de San Raimundo de Peñafort, traducciones de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

El Boletín del Ministerio de Justicia está especialmente dirigido a los principales operadores jurídicos, pero también quiere ofrecer a la ciudadanía toda la información que pudiera ser relevante para facilitar el ejercicio efectivo de sus derechos, en general, y del derecho a la información, en particular.

El Ministerio de Justicia da, con esta iniciativa, un paso más en su política de transparencia hacia los ciudadanos en temas que son de su competencia.

CONSEJO DE REDACCIÓN  
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la Propiedad y académico de número de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación (España)*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

*Profesor titular de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

*Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

D. Francisco Marín Castán

*Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (España)*

D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías

*Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional  
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona (España)*

D.<sup>a</sup> Magdalena Nogueira Guastavino

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.<sup>a</sup> Nieves Fenoy Picón

*Catedrática de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Ángel Menéndez Rexach

*Catedrático emérito de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.<sup>a</sup> Teresa Armenta Deu

*Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de Girona (España)*

---

## SUMARIO

AÑO LXXVII • ABRIL 2023 • NÚM. 2.262

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- *Asunto Garrido Herrero c. España*
- *Asunto León Madrid c. España*

Estudio doctrinal:

- *La vivienda familiar: precisiones terminológicas.*

Autor: Alejandro Tofiño Padrino

Recensión:

- *CARUSO FONTÁN, M.ª V., MACÍAS CARO, V. M. (Dir.) y RODRÍGUEZ RAMOS, M. (Coord.ª). Nuevas tendencias y modernos peligros de la política criminal.*

Autora: María Victoria Álvarez Buján

**TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS HUMANOS**

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias, decisiones y cualquier otra documentación.

SECCIÓN TERCERA

**ASUNTO GARRIDO HERRERO c. ESPAÑA**

*(Demanda n.º 61019/19)*

SENTENCIA

Artículo 2 (procesal) • Falta de investigación efectiva sobre la causa de la muerte de la hija de la demandante tras un supuesto fallo en el respirador que le mantenía con vida tras un accidente de tráfico - Instrucción penal excesivamente larga y de ámbito excesivamente limitado - Falta de obtención de las periciales necesarias

ESTRASBURGO

11 de octubre de 2022

**FIRME**

06/04/2023

*Esta sentencia será firme de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del Convenio. Puede ser objeto de revisión editorial.*

## En el asunto Garrido Herrero c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en una Sala formada por:

Georges Ravarani, *Presidente*,  
Georgios A. Serghides,  
María Elósegui,  
Anja Seibert-Fohr,  
Peeter Roosma,  
Frédéric Krenc,  
Mikhail Lobov, *Jueces*,  
y Milan Blaško, *Secretario de Sección*,

Teniendo en cuenta:

la demanda (n.º 61019/19) contra el Reino de España presentada el 12 de noviembre de 2019 ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”), por una ciudadana española, Sra. María Isabel Garrido Herrero (“la demandante”);

la decisión de poner en conocimiento del Gobierno español (“el Gobierno”) la demanda en virtud de los artículos 2 y 6 del Convenio;

las observaciones de las partes,

Tras deliberar a puerta cerrada el 13 de septiembre de 2022,

Dicta la siguiente sentencia, que fue adoptada en la última de las fechas citadas:

### HECHOS

1. La demandante nació en 1960 y vive en Orihuela. Estuvo representada por J. García Espinar, abogado en ejercicio en Madrid.
2. El Gobierno estuvo representado por A. Brezmes Martínez de Villareal y L. Vacas Chalfoun, Agentes del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
3. Los hechos del caso pueden resumirse como sigue.
4. La hija de la demandante nació el 29 de julio de 2005. En marzo de 2010 sufrió un accidente de tráfico. Durante los primeros tres meses estuvo ingresada en el Hospital La Arrixaca de Murcia, y posteriormente fue trasladada al Instituto Guttman de Badalona. El 15 de marzo de 2011 obtuvo el alta

hospitalaria y fue trasladada a su domicilio. Como resultado del accidente tuvo que recibir ventilación mecánica (estaba permanentemente conectada a un respirador que la mantenía con vida). Tras recibir el alta hospitalaria fue asistida por la demandante, doctora de profesión. La empresa distribuidora encargada del mantenimiento del respirador facilitado a la menor (en adelante, “la empresa distribuidora” o “la empresa”), también se responsabilizó de enviar personal técnico al domicilio de la demandante para mantener el respirador y facilitarle el equipo médico desechable necesario.

5. El 4 de marzo de 2012, la niña entró en coma tras un supuesto fallo del respirador, lo que finalmente provocaría su fallecimiento al año siguiente (véase el párrafo 14 infra). El resultado fue que la niña tuvo que ser hospitalizada de nuevo.

6. El 4 de mayo de 2012, tras serle diagnosticada muerte cerebral, la demandante solicitó el alta voluntaria del hospital y se llevó a la niña a su casa para cuidarla.

7. El 19 de julio de 2012, el fabricante remitió un aviso (“Aviso urgente de seguridad en terreno”) informando a la empresa distribuidora de que podía ocurrir un fallo durante el funcionamiento de ese modelo de respirador. La eventual avería tenía relación con el posible fallo de una pieza denominada condensador C53. La posibilidad de avería de dicha pieza podía derivar, según el aviso, en el fallo del respirador debido a su incapacidad para cambiar automáticamente de funcionar con corriente alterna a funcionar con una batería interna cuando el respirador se desconecta de la red eléctrica o si se produce un fallo durante su uso. En ese caso, sonaría una alarma durante un mínimo de 10 segundos. El respirador se restablecería conectándolo a la red eléctrica o a una batería. El fabricante y el distribuidor estuvieron de acuerdo en principio en sustituir todas las piezas dañadas de todos los respiradores. Su solución técnica para repararlo implicaba un plan concreto para distribuir las piezas de recambio necesarias desarrolladas por el fabricante, como empresa legalmente responsable del equipamiento, mientras que el distribuidor sustituiría las piezas afectadas de forma urgente tan pronto como recibiese los nuevos recambios por parte del fabricante. Además, se comprometieron a utilizar el equipo disponible del mismo modelo del respirador, que no estuviera afectado por dicho problema, para agilizar al máximo su reemplazo. De acuerdo con el fabricante, hasta entonces no se había producido fallo alguno por dicho motivo pero en cualquier caso la empresa decidió actuar de forma preventiva para evitar cualquier fallo futuro debido al deterioro del condensador.

8. El 31 de agosto de 2012 la demandante interpuso una denuncia por daños físicos provocados por una negligencia grave contra el distribuidor, contra el

fabricante del respirador, y contra sus correspondientes aseguradoras. Consideró que ambos fueron responsables del estado de salud de la niña porque: i) el respirador no era apropiado para una niña, ya que una de las piezas unidas a él (denominada “pieza en forma de T” o “tubuladora”) no era adecuada para uso pediátrico, ni encajaba debidamente en el respirador, lo que provocó su desconexión y que provocaron graves daños a su hija; ii) la alarma no estaba conectada y la señal lumínica no se encendió cuando falló el aparato; y, iii) según la demandante, el distribuidor admitió que el fabricante le había informado con anterioridad de que podría ocurrir un fallo en el respirador.

9. La fase de instrucción comenzó el 20 de septiembre de 2012 ante el Juzgado de Instrucción n.º 5 de San Javier. El 21 de octubre de 2012, el juzgado dictó el sobreseimiento provisional del procedimiento sin adoptar ninguna medida instructora ya que en opinión del juez no se había determinado debidamente la comisión de un delito, sin perjuicio de la posibilidad de la demandante de emprender acciones civiles.

10. La demandante interpuso un recurso de reforma contra el sobreseimiento provisional del procedimiento, que el juzgado de instrucción desestimó el 3 de abril de 2013 confirmando que un supuesto fallo en el respirador no constituía necesariamente una negligencia grave y que, teniendo en cuenta el carácter de *ultima ratio* de la jurisdicción penal, sería preferible seguir la vía civil.

11. La demandante recurrió en apelación y solicitó permiso para aportar pruebas ante la Audiencia Provincial. El 22 de noviembre de 2013, la Audiencia Provincial ordenó la reapertura del procedimiento y la testifical del técnico que instaló el respirador, señalando que:

“(…) si lo que se está denunciando es que cuando le instalaron a la niña el respirador se le incorporó una tabuladora no pediátrica, o sea, de unas dimensiones mayores del diámetro del tubo, lo que facilitó el que se desprendiese produciendo la desconexión, no sonando la alarma, habrá de determinarse si esta actuación fue la realmente causante del accidente y si constituyó una imprudencia la instalación de tal modo del aparato de respiración, teniendo en cuenta que un fallo mecánico de por sí no constituiría delito ni falta penal, sino únicamente una responsabilidad civil, únicamente una actuación consciente de realizar una instalación en malas condiciones por desidia, dejadez o impericia, sin tener en cuenta el resultado lesivo que se debió de considerar a la hora de la instalación sería la única causa de imprudencia penal. Por lo que resulta conveniente antes de proceder al archivo el que se tome declaración al técnico correspondiente de la instaladora para que manifieste, porqué se instaló un tubo de mayor diámetro, y si dicha instalación suponía el riesgo que después se produjo. En consecuencia procede revocar el auto apelado”.

12. Ni las pruebas aportadas ni las resoluciones judiciales posteriores hicieron referencia a la empresa fabricante, centrándose exclusivamente en el distribuidor y su equipo.

13. El fiscal impugnó los dos recursos interpuestos por la demandante, respaldando el sobreseimiento provisional del procedimiento dictado por el juzgado de instrucción.

14. La hija de la demandante falleció el 2 de noviembre de 2013 como resultado de los daños sufridos.

15. El 20 de enero de 2014, casi un año y cinco meses después de la denuncia interpuesta por la demandante, el juzgado de instrucción solicitó al distribuidor que facilitará el nombre y domicilio del técnico que llevó a cabo la instalación del respirador. El distribuidor respondió que ellos no habían realizado la instalación, que el Instituto Guttmann de Badalona había facilitado el equipo y que el personal del hospital llevó a cabo la instalación.

16. La demandante declaró como testigo el 25 de abril de 2014. Declaró que el respirador no se había revisado ni ajustado adecuadamente desde su instalación, y que el equipo proporcionado para su hija estaba caducado. Aportó asimismo documentación entre la que se encontraba un informe médico de inspección del 15 de marzo de 2011.

17. El 4 de agosto de 2014 el juzgado de instrucción solicitó a la empresa distribuidora que identificase y localizase al técnico firmante del informe de inspección de 15 de marzo de 2011. La empresa distribuidora identificó a la técnico, informó al juzgado de que se encontraba de permiso por maternidad y facilitó los datos de otro técnico que intervino en la inspección. Este segundo técnico testificó el 27 de febrero de 2015, unos seis meses después del auto inicial del juzgado, declarando que la empresa nunca entregó material caducado, si bien la demandante solicitaba material en exceso, que siempre se le entregaba a ella, por lo que era posible que dicho material caducara en su casa. El técnico también explicó que la pieza en T no podía ser para adultos porque en ese caso el respirador pediátrico no habría encajado desde el principio, y que el material proporcionado era válido. Declaró no haber sido consciente de que el respirador había fallado en realidad.

18. En vista de dicha declaración, el 27 de marzo de 2015 la demandante solicitó al juzgado de instrucción que ordenase la remisión de más pruebas. El 8 de abril de 2015 el juzgado de instrucción ordenó a la empresa distribuidora que facilitase el informe de inspección del respirador, y los recibos de entrega de determinadas piezas del respirador (la pieza en T y el fuelle). Asimismo, tras la solicitud de la demandante, el juzgado de instrucción citó al gerente de

la empresa de transporte y distribución contratada por el distribuidor, y encargado de recoger algunos de los materiales caducados, para que declarase como testigo.

19. Como respuesta a los autos del juzgado de instrucción, el 12 de junio de 2015 la empresa distribuidora remitió varios documentos. El 21 de julio de 2015 la demandante alegó que dicha documentación no era la que había solicitado para su examen. Afirmó que la empresa no le había proporcionado el material necesario para ayudar a su hija en su casa y que no había llevado a cabo inspecciones adecuadas del respirador. Asimismo acusó a la empresa distribuidora de falsear documentación. La empresa negó cualquier alteración de la documentación y afirmó que le entregó al juzgado de instrucción la documentación requerida por aquel. Además, la empresa distribuidora solicitó el sobreseimiento provisional del procedimiento. El juzgado de instrucción respondió que primero necesitaba oír la declaración del testigo solicitado por la demandante.

20. El 13 de noviembre de 2015 el gerente de la empresa de transporte y distribución contratada por el distribuidor (véase el párrafo 18 supra) prestó declaración, y explicó que su empresa había entregado el material desechable a aquellos pacientes a quienes el distribuidor facilitaba asistencia domiciliaria, incluyendo suministro de oxígeno para respiradores. Explicó que había entregado material suplementario a la demandante tras su solicitud, y que en una de dichas entregas también había recogido material caducado. No obstante, no sabía cuándo se había entregado el material, y respondió que era responsable únicamente de la distribución y el transporte, no de la inspección del material facilitado por el distribuidor.

21. Tres días después la demandante solicitó que el juzgado de instrucción citase al director gerente de la empresa distribuidora entre 2011 y 2012, y al director de esa misma empresa en Alicante en 2013. El juzgado de instrucción respondió que primero necesitaba resolver la solicitud de sobreseimiento provisional instada previamente por el distribuidor. El fiscal alegó que no se oponía al sobreseimiento del procedimiento solicitado por la empresa, a la vista de la falta de pruebas de la comisión de un delito de tipo penal.

22. El 20 de noviembre de 2015 la demandante hizo la misma petición, insistiendo sobre la pertinencia de dicha testifical.

23. El 13 de abril de 2016 el juzgado de instrucción dispuso el sobreseimiento provisional de la causa por segunda vez sobre la base de que, del contenido del procedimiento, no se podía inferir de forma razonable que la entidad investigada hubiese incurrido en el ilícito penal. El juzgado de instrucción declaró que “ante versiones contradictorias de los hechos, carentes de prueba que verifiquen una

sobre otra, ambas posturas tienen el mismo valor probatorio para quien resuelve, y ante la ausencia de otros indicios objetivos que acrediten la comisión del delito por la entidad investigada, no puede formularse una imputación fundada en derecho por qué no aparece suficientemente justificada ni la perpetración de los hechos investigados ni los presuntos autores de los mismos”.

24. La demandante recurrió dicho auto, que fue nuevamente impugnado por el fiscal.

25. El 26 de julio de 2016 la Audiencia Provincial volvió a anular el auto de sobreseimiento provisional “ya que no se han practicado las mínimas diligencias indispensables para tomar cabal conocimiento de la forma exacta en la que ocurrieron los hechos, por lo que procede continuar la actividad instructora”. Y consideró además que el principio de intervención mínima del derecho penal no era aplicable en el presente caso, teniendo en cuenta que “existen datos reveladores de la existencia de un fallo en la instalación que provocó las graves lesiones a la menor”.

26. Se procedió a la reapertura del procedimiento y el 9 de septiembre de 2016 el juzgado de instrucción solicitó a la empresa distribuidora que facilitará información identificativa de los tres técnicos que supuestamente habían participado en el asunto según la documentación facilitada, siendo una de ellas la que había estado previamente de permiso por maternidad y quien, según la demandante, había instalado el respirador. La empresa facilitó los tres nombres.

27. El 30 de septiembre de 2016 la demandante solicitó que se citase a doce trabajadores sanitarios del hospital La Arrixaca de Murcia, a cuatro doctores del Hospital General de Santa Lucía de Cartagena, a dos agentes del servicio de protección de menores, a otro facultativo, y al gerente de asistencia primaria del Servicio Murciano de Salud. Solicitó asimismo que el Hospital La Arrixaca de Murcia y el Centro de Coordinación de Emergencias de Murcia remitieran toda la documentación disponible en relación con su hija. El juzgado de instrucción respondió que la decisión de acceder o no a la petición de la demandante se tomaría una vez examinadas las tres testificales ya ordenadas.

28. El 18 de enero de 2017, unos cuatro años después de la interposición de la denuncia, testificaron las tres empleadas de la empresa distribuidora. Aportaron declaraciones similares según las cuales ninguna de ellas había llevado a cabo la instalación del respirador, que había sido instalado por el Instituto Guttmann de Badalona. La primera testigo declaró que accedió a la vivienda de la demandante únicamente el 15 de marzo de 2011, tras lo cual no volvió a entrar en la vivienda, y nunca llevó a cabo una inspección del respirador. Todas ellas coincidieron en que no era posible que el respirador pediátrico se suministrase con una pieza en forma de T para adultos ya que en

ese caso no encajarían las piezas, y que el aire se habría escapado, activando el sistema de alarma. Las tres testigos explicaron que el respirador debía inspeccionarse cada tres meses, pero que la demandante no les había permitido entrar en su casa e inspeccionar el respirador, y que la demandante, que era doctora de profesión, había llevado a cabo las oportunas mediciones y comprobaciones de parámetros. Declararon asimismo que la demandante había solicitado material suplementario y que siempre se le había facilitado. La primera testigo explicó que cuando la madre comunicó que el respirador había fallado descargó el histórico de alarmas, y que en el momento del presunto incidente no había registro de fallo alguno del respirador.

29. Tras las declaraciones anteriores, el juzgado de instrucción ordenó a la empresa distribuidora que especificase el hospital en el que se había instalado el respirador. El 31 de enero de 2017 la empresa informó al juzgado que el respirador se entregó inicialmente a la unidad pediátrica de cuidados intensivos del Hospital La Arrixaca de Murcia, pero que luego se trasladó al Instituto Guttmann en Barcelona, donde estaba la niña. No aportaron prueba alguna.

30. A la vista de la respuesta anterior, el 7 de febrero de 2017 el juzgado de instrucción ordenó a la empresa distribuidora que aclarase quién había llevado a cabo la instalación. La empresa respondió al día siguiente que el respirador se entregó inicialmente a dos facultativos del Hospital La Arrixaca de Murcia, pero que tenían conocimiento de que el respirador había sido instalado de hecho por el equipo del Instituto Guttman, y que desconocían quienes eran los facultativos responsables de la instalación.

31. El 6 de febrero de 2017 la demandante solicitó permiso para testificar de nuevo. No recibió respuesta por parte del juzgado.

32. El 15 de agosto de 2017 la demandante declaró que las explicaciones facilitadas por la empresa distribuidora no eran ciertas, ya que se trataba de las declaraciones de los técnicos y que de hecho uno de los técnicos de la empresa distribuidora había instalado el respirador en su domicilio. Solicitó que se citará a otros siete trabajadores sanitarios del hospital La Arrixaca de Murcia (incluyendo los facultativos a quienes la empresa había entregado el respirador), a la enfermera de la Policlínica Los Alcazares, al gerente del Servicio Murciano de Salud, al gerente de la filial de la empresa distribuidora en Cartagena, y al director general de dicha empresa. Solicitó asimismo documentación a la policlínica y al Hospital La Arrixaca de Murcia, así como el recibo de entrega de los tubos pediátricos, del nuevo modelo de respirador, de la pieza en forma de T y del equipo de alarma.

33. El 8 de septiembre de 2017 el juzgado de instrucción dictó el sobreseimiento provisional del caso por tercera vez. Afirmó que el plazo de seis meses previsto

en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (véase el párrafo 42 infra) para llevar a cabo la instrucción había expirado el 2 de noviembre de 2016, y que no podía prorrogar el plazo máximo para la instrucción sin una solicitud del Ministerio Fiscal, que no se había realizado. En consecuencia, no podía proseguirse con las diligencias de investigación. El juzgado aclaró que tampoco era posible continuar con las diligencias de instrucción solicitadas por la demandante el 15 de agosto de 2017 porque los plazos de instrucción habían expirado antes de dicha fecha. Explicó asimismo que, de conformidad con las disposiciones procesales aplicables, tras la finalización del plazo de investigación judicial sólo quedaban dos opciones: declarar el sobreseimiento del caso o dictar un auto declarando su pase a la fase de juicio. Esta última opción no era posible ya que el juicio no podía celebrarse sin una declaración previa, en la fase de instrucción, de la persona a la que se iba a declarar como imputada. Como resultado, la única opción era declarar el sobreseimiento del caso.

34. Además, el juez de instrucción afirmó lo siguiente:

“(…) como resultado del procedimiento seguido, no es posible hablar de una acción por parte del distribuidor en la que fuese consciente de llevar a cabo una instalación de manera inadecuada por descuido, negligencia o falta de competencia, sin tener en cuenta el resultado perjudicial que debería haberse tenido en cuenta en el momento de la instalación, y este fue el caso porque, tal y como se ha dicho, no hay pruebas de que la compañía llevase a cabo la instalación, por lo que su realización no puede clasificarse como una negligencia penal, lo que significa que debe considerarse que la situación entrar entre las circunstancias contempladas en el artículo 641 [de la Ley de Enjuiciamiento Criminal], porque la actividad instructora llevada a cabo dentro del plazo legalmente establecido para ello no permite considerar presuntamente responsable a la empresa por los delitos imputados”.

35. La demandante recurrió, reclamando que una de las testigos (la técnico que firmó el informe de inspección del 15 de marzo de 2011) había mentido y que de hecho había instalado el respirador de su hija. El ministerio fiscal impugnó dicho recurso, que fue desestimado por el juzgado de instrucción el 31 de enero de 2018. El juzgado de instrucción no encontró indicio alguno de que la técnico había mentido durante su testifical, o que hubiera instalado el respirador. Consideró que ninguna de las pruebas solicitadas por la demandante (es decir, múltiples declaraciones de los testigos) habría sido pertinente para aclarar si la instalación del respirador, que al parecer se llevó a cabo por el Instituto Guttmann de Badalona, había causado su posterior fallo.

36. El 3 de julio de 2018, la Audiencia Provincial inadmitió el recurso de la demandante contra el anterior auto del juzgado de instrucción, ratificando el

sobreseimiento provisional del caso. En concreto, observó que el Ministerio Fiscal no había solicitado prórroga, y que, basándose en la investigación judicial llevada a cabo, no existían pruebas contra ninguno de los técnicos que habían prestado declaración ni contra otra persona concreta, que hubiese permitido tomar una decisión distinta del sobreseimiento provisional del caso.

37. En relación con el fondo del asunto, la Audiencia Provincial indicó que el procedimiento se basaba en la premisa de que uno de los técnicos había instalado (de forma inadecuada) el respirador, pero que las pruebas conducían a la conclusión de que no había sido así. La Audiencia Provincial declaró:

“(…) en contra de lo que se expone en el auto apelado, el transcurso de los plazos previstos en el art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no impediría, de por sí, que se tomara declaración en calidad de investigado a otra persona distinta de que ya tuviera tal calidad o incluso aunque no existiera ya otro investigado en el procedimiento, así lo viene admitiendo la jurisprudencia (...). Sin embargo, debe corroborarse el razonamiento del auto apelado en base al cual, ni existen indicios contra la citada Sra. Barrionuevo, ni contra otra persona concreta, que permitan el dictado de otra resolución distinta al sobreseimiento, ni —añadimos nosotros— acordar recibirle declaración en calidad de investigado incluso ya transcurrido el plazo de seis meses del art. 324 LECr., respecto del que ninguna prórroga se ha solicitado por el Ministerio Fiscal o la acusación particular.”

38. La Audiencia Provincial reiteró que la propia demandante declaró inicialmente que el respirador se había instalado en el hospital, tras lo cual su hija fue trasladada a su domicilio. El juzgado declaró que el informe de inspección mostraba que la técnico simplemente había comprobado el sistema de alarmas del respirador y las necesidades de material para continuar el tratamiento en su domicilio. En cualquier caso, todo ello ocurrió un año antes del fallo que provocó los daños y finalmente el fallecimiento de la niña. Sostuvo asimismo que:

“(…) habría de determinarse pericialmente si el fallo posterior se produce por una deficiente instalación inicial, por la ausencia de revisiones posteriores, por el uso de componentes caducados o por cualquier otra causa, lo que requeriría nuevas diligencias de investigación vedadas por el art. 324 LECr., siendo igual de extemporánea la práctica ahora de cualquiera de las que han sido denegadas o cualesquiera otras tendentes a la averiguación de los posibles responsables”.

39. Para el juzgado de instrucción, si cualquier otra persona potencialmente responsable de un delito hubiese sido identificada durante la investigación, podría haberse oído el testimonio de dicha persona incluso fuera de dicho plazo. No obstante, dado que no se había probado el delito, la admisión de

cualquier otra prueba se hubiera producido fuera del plazo máximo para la fase de instrucción, lo que provocó el sobreseimiento del procedimiento incluso cuando el juzgado no había identificado quién había instalado el respirador, o la causa del fallecimiento de la niña.

40. La demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional el 3 de agosto de 2018, recurso que fue declarado inadmisibile por su falta de relevancia constitucional. El Ministerio Fiscal recurrió la resolución del Tribunal Constitucional, alegando que la demandante había justificado la especial relevancia constitucional del caso mediante una motivación extensa, en relación con las presuntas violaciones de derechos fundamentales. En opinión del Fiscal, el recurso suponía una oportunidad para que el Tribunal Constitucional resolviese sobre la naturaleza preclusiva de los plazos (que por entonces eran novedosos) de la fase de instrucción en los procedimientos penales, en vigor desde el 6 de diciembre de 2015 (véanse los párrafos 42 y 44 supra). Dicho recurso fue inadmitido el 22 de mayo de 2019 mediante auto del Tribunal Constitucional en su formación de tres jueces, con un voto particular discrepante. La mayoría consideró que el recurso no suponía una oportunidad para analizar la nueva normativa (que podría haberle otorgado relevancia constitucional) si no que se refería simplemente a la evaluación de la idoneidad de las pruebas aportadas durante la fase de instrucción para continuar o declarar el sobreseimiento provisional del procedimiento, que no correspondía volver a evaluarse por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, éste confirmó la falta de relevancia constitucional del recurso.

## MARCO LEGAL Y PRÁCTICA RELEVANTES

41. Las disposiciones relevantes de la Constitución Española establecen lo siguiente:

### Artículo 15

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

### Artículo 24

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

42. Las partes relevantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en vigor en el momento de los hechos, establece lo siguiente:

#### **Artículo 101**

“La acción penal es pública.

Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”.

#### **Artículo 105.1**

“Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada”.

#### **Artículo 106**

“La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida”.

#### **Artículo 324**

“1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurren de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

Contra el auto que desestima la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno.

Se considerará que la investigación es compleja cuando:

- a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales,
- b) tenga por objeto numerosos hechos punibles,
- c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas,
- d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis,
- e) implique la realización de actuaciones en el extranjero,
- f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o
- g) se trate de un delito de terrorismo

(...)

4. Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.

(...)

6. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario (...).

7. Las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos.

8. En ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641”.

43. Los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen las circunstancias en las que procederá el sobreseimiento provisional de un caso, incluyendo cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a una o a varias personas de su comisión.

44. La redacción del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se modificó por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, en el sentido del párrafo anterior. La modificación entró en vigor el 6 de diciembre de 2015. Esta disposición ha sido posteriormente modificada por la Ley 2/2020, de 27 de julio, prorrogando hasta doce meses el plazo habitual para llevar a cabo la investigación judicial.

45. El Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, establece que cualquier persona que provoque la muerte de otra por negligencia grave será castigada por homicidio imprudente (artículo 142.1) y que cuando el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión (artículo 142.3).

46. Otras disposiciones relevantes del Código Penal (en vigor en el momento de los hechos) en relación con la responsabilidad civil en el marco del procedimiento de un procedimiento penal, establecen lo siguiente:

#### **Artículo 109**

“1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”.

#### **Artículo 110**

“La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1.º La restitución.

2.º La reparación del daño.

3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales”

#### **Artículo 115**

“Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones (...)”.

## Artículo 116

“1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios (...)”.

47. El Tribunal Constitucional español dispone de jurisprudencia sobre la interpretación del derecho al acceso a Jueces y Tribunales. Como ejemplo, la sentencia 87/2020, de 20 de julio (fundamento jurídico tercero):

“A) El derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal, se ha configurado en la doctrina de este Tribunal como un *ius ut procedatur*, cuyo examen constitucional opera desde la perspectiva del art. 24.1 CE, siéndole asimismo aplicables las garantías del art. 24.2 CE (...).

Son sus notas características las que siguen:

a) El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal; tampoco impone a los órganos judiciales la obligación de realizar una investigación más allá de lo necesario, alargando indebidamente la instrucción o el proceso (SSTC 176/2006, de junio, FFJJ 2 y 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, o 26/2018, de 25 de febrero, FJ 2).

b) El querellante o denunciante ostenta, como titular del *ius ut procedatur*, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho (SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2), pero no incluye el derecho material a obtener una condena y a la imposición de una pena, pues el *ius puniendi* es de naturaleza exclusivamente pública y su titularidad corresponde al Estado [SSTC 157/1990, de 18 de octubre (Pleno); 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3, entre otras].

c) La tutela judicial efectiva del denunciante o querellante es satisfecha por la resolución judicial que acuerde la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asiente sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos para acordar el sobreseimiento, libre o provisional (arts. 637 y 641 LECrim y, dado el caso, art. 779.1.1 LECrim). Por el contrario, habrá vulneración de este derecho si la decisión judicial de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de esos momentos procesales, a diligencias oportunamente solicitadas por el recurrente, parte en el proceso judicial, que incidan en su derecho a la utilización de medios de prueba; o también

cuando, realizadas estas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).

d) La efectividad del derecho a la tutela judicial coincidirá en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial. Dependerá, pues, no solo de que la decisión de sobreseimiento esté motivada y jurídicamente fundada, sino también de que la investigación de lo denunciado haya sido suficiente y efectiva, ya que la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido.

e) La suficiencia y efectividad de la investigación solo pueden evaluarse valorando las concretas circunstancias de la denuncia y de lo denunciado, así como la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad (SSTC 34/2008, FJ 4, y 26/2018, FJ 3), de tal manera que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando no se abra o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y revelándose tales sospechas como susceptibles de ser despejadas mediante la investigación. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, del mismo modo que no impide su clausura temprana. Tampoco existe un derecho a la práctica ilimitada de la prueba, de manera tal que imponga la realización de cuantas diligencias de investigación se perciban como posibles o imaginables, propuestas por las partes o practicadas de oficio, particularmente si resulta evidente que el despliegue de mayores diligencias deviene innecesario. Semejante obligación conduciría a instrucciones inútiles en perjuicio del interés general en una gestión racional y eficaz de los recursos de la Administración de Justicia (...).

B) Sin embargo, la necesidad de adecuar la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución a los tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE), de modo especial el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), debe llevarnos a tener en especial consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En particular, sobre la exigencia dirigida a los órganos judiciales para que estos extremen la diligencia a observar en la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, represión de hechos presuntamente delictivos, cometidos sobre víctimas vulnerables en supuestos de violencia de género o de la que tiene lugar dentro del ámbito familiar o afectivo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recalcado el deber que incumbe a los Estados firmantes del Convenio de Roma de reforzar su actuación en las áreas de prevención, protección y castigo de aquellas

conductas que, dentro de su respectiva jurisdicción, puedan implicar una vulneración de los derechos a la vida y a la interdicción de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes (arts. 2 y 3 CEDH) en el ámbito de la vida privada y la intimidad familiar (art. 8 CEDH), de modo tal que se elimine toda pasividad, omisión, ineficacia o negligencia del Estado en las labores de prevención y protección, pero también de falta de la debida diligencia en las labores de investigación allí donde se revele necesaria. Lógicamente, el deber de protección eficaz solo puede concurrir si en el caso concreto existió un efectivo conocimiento de los hechos o la posibilidad de conocerlos por parte de las autoridades y sus agentes, adoptando medidas tendentes a reducir o minimizar ese riesgo, siempre desde el pleno respeto a los derechos y garantías procesales del investigado (SSTEDH de 28 de octubre de 1998, asunto *Osman c. Reino Unido*, § 116, y de 9 de junio de 2009, asunto *Opuz c. Turquía* § 129)”.

## LEGISLACIÓN

### I. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DEL CONVENIO

48. La demandante se queja de que los tribunales internos no investigaron suficientemente las causas de la muerte de su hija como consecuencia de los daños provocados por un presunto fallo en el respirador, lo que supone la vulneración de su derecho a la vida de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.1 del Convenio en su aspecto procesal, que prevé lo siguiente:

“1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley (...)”.

#### A. Admisibilidad

49. El Tribunal indica que su reclamación no carece manifiestamente de fundamento ni es inadmisibile por cualquier otro motivo de los relacionados en el artículo 35 del Convenio. Por tanto, debe declararse admisible.

#### B. Fondo

##### 1. Alegaciones de las partes

###### a) La demandante

50. La demandante alega que el homicidio imprudente supone un delito con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no requiere que los representantes de la víctima sean parte acusadora, lo que le corresponde al Ministerio Fiscal, y que en cualquier caso tiene que ser investigado judicialmente (véase el párrafo 27 supra). Reclama que el juzgado de instrucción no llevó a cabo

una investigación suficiente para aclarar si se había producido una negligencia grave que había derivado finalmente en el fallecimiento de su hija.

51. Señala que el juzgado de instrucción declaró el sobreseimiento del procedimiento inmediatamente tras su denuncia, sin haber llevado a cabo ninguna instrucción. La Audiencia Provincial ordenó la reapertura del procedimiento para dilucidar quién había instalado el respirador, pero la investigación tampoco pudo identificar al técnico, lo que dio como resultado el sobreseimiento del procedimiento por segunda vez sobre la base de que no se había llevado a cabo la instrucción necesaria para determinar quién había sido el responsable de la instalación del respirador, si contaba con los requisitos morfológicos adecuados para una niña, si la pieza en forma de T era pediátrica, o la existencia de un sistema de seguridad preparado con el fin de evitar un eventual accidente provocado por un fallo en el equipo. La Audiencia Provincial en su decisión admitió (véase el párrafo 25 supra) que, a pesar de la falta de pruebas de que la pieza en T no era pediátrica, y que existía por tanto la posibilidad de que el mal funcionamiento estuviese provocado por un fallo mecánico que podría haberse analizado desde una perspectiva puramente de responsabilidad patrimonial, en este caso estaba convencido de que “existían datos reveladores de la existencia de un fallo en la instalación del equipo” y como resultado, era pertinente llevar a cabo una instrucción penal.

52. La demandante insiste en que había solicitado múltiples diligencias de instrucción para determinar la causa de los daños y el fallecimiento de su hija así como la persona responsable, y que muchas de ellas fueron rechazadas o quedaron sin respuesta por parte del juzgado de instrucción. Otras veces, el juzgado de instrucción no llegó a comprobar si el distribuidor había remitido correctamente la prueba que le fue requerida. Por ejemplo, el distribuidor no acató el auto del juzgado de instrucción para que aportase pruebas del informe de la inspección del respirador que había fallado, e informes sobre la entrega de la pieza en T y del fuelle (véanse los párrafos 14 a 18 supra). La demandante se quejó de que no se había aportado ninguna pericial para analizar el fallo real del respirador.

53. La demandante solicita asimismo en numerosas ocasiones (véanse los párrafos 18 y 20 supra) las declaraciones testificales de dos gerentes del distribuidor, pero dichas declaraciones nunca fueron aceptadas por el juzgado de instrucción. Asimismo, solicita la declaración de varios trabajadores del Hospital La Arrixaca de Murcia (que incluían facultativos del departamento de pediatría y del personal sanitario especializado responsable de la asistencia respiratoria de la niña) para que informase sobre la entrega, instalación, uso y mantenimiento del respirador, en el hospital y en su domicilio; el juzgado de instrucción no llegó a responder a dicha petición.

54. En su opinión, el hecho de que únicamente los testigos que declararon en el juzgado de instrucción fuesen los técnicos que estuvieron en casa de la demandante y otros dos responsables del suministro de material, apuntaba a una instrucción defectuosa, ya que dichas personas estaban directamente implicadas en los graves daños provocados a su hija y por tanto su testimonio no podía considerarse fiable.

55. Además, el distribuidor refirió (véase el párrafo 29 supra) que el respirador se había entregado en el Hospital La Arrixaca de Murcia y que posteriormente fue instalado por parte de los facultativos del Instituto Guttman. Más tarde, la empresa facilitó los nombres de los facultativos del departamento de pediatría del Hospital La Arrixaca de Murcia a quienes se les había entregado el respirador (véase el párrafo 29).

56. La demandante solicita las testificales de los facultativos a quienes les fue entregado el respirador en el Hospital La Arrixaca de Murcia, a los facultativos del departamento de pediatría y a la enfermera que cuidó de la niña, y a otros gerentes de la empresa, así como el informe de entrega del material, sin que ninguna de dichas peticiones fuesen aceptadas por el juzgado de instrucción. En su lugar, el juzgado de instrucción ordenó el sobreseimiento del caso por tercera vez (véase el párrafo 33 supra), declarando que no se había probado que ninguno de los trabajadores de la empresa hubiese llevado a cabo la instalación del respirador, y que no se había identificado a ningún otro responsable durante el plazo de la instrucción.

57. La demandante alega que, si se hubiesen presentado dichas pruebas ante el juzgado de instrucción, el resultado de la instrucción hubiera sido completamente diferente incluso dentro del plazo de seis meses.

58. A pesar de lo anterior, la demandante sostiene que con arreglo al artículo 324.8 (véase el párrafo 27) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el mero vencimiento del plazo máximo no podía conducir al sobreseimiento del procedimiento. En su opinión, el juzgado de instrucción debería haber llamado a declarar a más personas para aclarar las circunstancias de la muerte de su hija, a pesar del vencimiento del plazo. En cualquier caso, el Ministerio Fiscal era el único autorizado para solicitar al juzgado que estableciese un nuevo plazo máximo.

59. Para la demandante, el juzgado de instrucción no había llevado a cabo una investigación suficiente y eficaz para determinar los hechos relevantes e identificar a todos los responsables de la muerte de su hija, vulnerando el artículo 2 del Convenio en su aspecto procesal.

60. Por último, subraya el hecho de que el fiscal responsable del caso ante el Tribunal Constitucional considerase que el recurso de amparo no tenía una especial trascendencia, y que uno de los tres jueces del Tribunal Constitucional había emitido un voto discrepante, quien había votado asimismo a favor de admitir el recurso de la demandante.

### **(b) El Gobierno**

61. El Gobierno alega que la propia demandante había determinado el alcance de la instrucción: la instrucción penal se dirigió básicamente contra el distribuidor, una empresa privada que había proporcionado los suministros para la máquina. Teniendo en cuenta que ella misma era doctora, había denunciado hechos muy concretos, relativos al suministro de material caducado y a la instalación incorrecta de la pieza tubular no pediátrica en el respirador, que produjo un desajuste y por último la desconexión de la máquina, provocando que su hija sufriera una parada cardiorrespiratoria. El Gobierno insistió en que estos, y no otros, eran los hechos objeto de investigación.

62. El Gobierno refuta los argumentos de la demandante de que el juzgado de instrucción no había llevado a cabo una investigación suficiente de los hechos. Señala las numerosas etapas que se llevaron a cabo durante la instrucción tras la orden de reapertura de la instrucción por parte de la Audiencia Provincial por auto de 22 de noviembre de 2013 (véanse los párrafos 11, 14, 17, 18, 19 y 20 supra):

“1. El juzgado de instrucción requirió al distribuidor para que identificara al técnico responsable de la instalación (la empresa había respondido por escrito que ninguno de sus técnicos había realizado instalación alguna).

2. El demandante compareció ante el juzgado en calidad de testigo.

3. El juzgado de instrucción emitió un nuevo requerimiento de información al distribuidor.

4. Otro técnico compareció ante el juzgado en calidad de testigo.

5. A petición del demandante, el juzgado requirió un gran número de documentos al distribuidor (informes de inspección y de entrega), lo que dio lugar a la presentación de más de un centenar de documentos.

6. A petición de la demandante, el gerente de otra empresa (encargado de recoger los suministros caducados en su domicilio) compareció ante el juzgado como testigo.

63. Una vez que la Audiencia Provincial examinó las anteriores etapas de instrucción y ordenó nuevamente la continuación de la instrucción por medio del

auto de 26 de julio de 2016 (véanse los párrafos 26 y 27 supra), el juzgado de instrucción llevó a cabo asimismo las siguientes acciones:

“1. El juzgado tuvo en cuenta las declaraciones como testigos de tres técnicos que trabajaban para el distribuidor.

2. El juzgado cursó un nuevo requerimiento de información al distribuidor.”

64. El Gobierno rechaza el argumento de la demandante respecto a que no se habían tenido en cuenta ninguna de sus peticiones para examinar la prueba, y respondió que el juzgado de instrucción había dado motivos precisos para no examinar algunas pruebas, sobre la base de que eran innecesarias o irrelevantes para aclarar los hechos investigados, tal y como había dejado claro el propio juzgado de instrucción (véase el párrafo 35 supra). Subraya que el juzgado de instrucción también había ordenado el examen de un número considerable de pruebas, de oficio y siguiendo instrucciones de la Audiencia Provincial (véanse los párrafos 14 a 20, 25 y 26 al 29 supra).

65. Para el Gobierno, las alegaciones de la demandante de que los testigos mentían carecen de fundamento y seriedad. Las declaraciones de los testigos, en línea con la prueba documental, mostraron que la instalación del respirador no se había llevado a cabo por ningún empleado de la empresa distribuidora, y que en cualquier caso el supuesto fallo del respirador no podía haber sido provocado por una pieza en T inadecuada porque en ese caso el respirador no hubiera funcionado desde el principio.

66. Además, el Gobierno alega que la instrucción seguida reveló que las alegaciones inicialmente realizadas por la demandante carecían de fundamento, no había pruebas de la comisión de ningún delito y nadie aparecía como sospechoso de considerarse penalmente responsable. Teniendo en cuenta que la demandante no aportó ningún motivo de peso para explicar el error manifiesto en el examen de la prueba por parte del juzgado de instrucción o de la Audiencia Provincial, las conclusiones de los tribunales rechazando la existencia de delito alguno con respecto al fallecimiento de la hija de la demandante debía prevalecer sobre la versión de los hechos sin fundamento de la demandante.

67. El Gobierno subraya que el procedimiento no se había sobreesido únicamente en base al vencimiento máximo del plazo, sino sobre la base de que las pruebas presentadas fueron suficientes para determinar la ausencia de cualquier indicio de responsabilidad por parte de la empresa distribuidora o de sus empleados. De existir cualquier sospecha contra otra persona, hubiera sido posible para el juzgado de instrucción tomarle declaración, incluso tras el vencimiento del plazo de seis meses. Pero en el presente caso, la única opción legalmente admisible era el sobreseimiento.

68. Finalmente, el Gobierno alega que el artículo 2 del Convenio, en su aspecto procesal, requiere llevar a cabo una investigación adecuada para determinar las circunstancias de la presunta amenaza para la vida, pero no necesariamente su procesamiento o condena.

## 2. Valoración del Tribunal

### (a) Principios generales

69. El Tribunal sostiene que con arreglo al aspecto procesal del artículo 2 del Convenio, una investigación tiene que ser efectiva en el sentido de que sea capaz de conducir a la identificación y condena de los responsables. Esta no es una obligación de resultados, sino de medios. Las autoridades deben llevar a cabo todas las medidas razonables a su disposición para asegurar las pruebas en relación con el incidente, incluyendo, *inter alia*, el testimonio de testigos oculares, pruebas forenses y, en su caso, una autopsia que proporcione un registro completo y detallado de los daños y un análisis objetivo de los resultados clínicos, incluyendo la causa de la muerte. Cualquier fallo en la investigación que socave su capacidad para determinar la causa de la muerte o la persona o personas responsables corre el riesgo de incumplir dicha norma (véase *Al-Skeini y otros c. Reino Unido* [GS], n.º 55721/07, § 166, TEDH 2011, y la jurisprudencia allí citada).

70. Por tanto, se deduce que el artículo 2 no implica el derecho a enjuiciar —o condenar— a terceras partes por un delito (véase *Armani Da Silva c. Reino Unido* [GS], n.º 5878/08, § 257, de 30 de marzo de 2016). Más bien, la tarea del Tribunal, teniendo en cuenta el procedimiento en su conjunto, consiste en examinar si las autoridades internas sometieron el asunto al examen minucioso exigido por el artículo 2 del Convenio y en qué medida lo hicieron (*ibid.*, § 257, y véase *Öneryıldız c. Turquía* [GS], n.º 48939/99, § 95, TEDH 2004XII).

71. En concreto, el Tribunal interpreta la obligación procesal del artículo 2 en el contexto de la asistencia sanitaria, solicitando que los Estados establezcan un sistema legal efectivo e independiente de manera que sea posible establecer la causa de la muerte de los pacientes al cuidado de la atención sanitaria, tanto en el sector público como en el privado, y que los responsables rindan cuentas (véanse, entre otra jurisprudencia, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* [GS], n.º 56080/13, § 214, de 19 de diciembre de 2017, y *Šilih c. Eslovenia* [Gs], n.º 71463/01, § 192, de 9 de abril de 2009, y la jurisprudencia allí citada).

72. El Tribunal acepta que cuando la violación del derecho a la vida o a la integridad personal no se cause intencionadamente, la obligación procesal impuesta por el artículo 2 de establecer un sistema legal efectivo independiente no requiere necesariamente la existencia de un recurso penal (véase *Lopes de*

*Sousa Fernandes*, anteriormente citado, § 215, y la jurisprudencia allí citada). La elección de los medios para asegurar las obligaciones positivas con arreglo al artículo 2 del Convenio es, en principio, una cuestión que se inscribe en el margen de apreciación de los Estados contratantes. Existen diferentes vías para asegurar el respeto de los derechos del Convenio (por ejemplo, procedimientos penales, civiles, administrativos o disciplinarios), e incluso si el Estado ha inaplicado una medida concreta prevista por el derecho nacional, todavía pueden cumplir con sus obligaciones positivas por otros medios (véase *Šilih c. Eslovenia*, citado anteriormente, § 216, con otras referencias, y *Aftanache c. Rumanía*, n.º 999/19, § 61, 26 de mayo de 2020). En cualquier caso, cualesquiera que sean los medios escogidos, para que se satisfaga dicha obligación, el procedimiento no debe existir únicamente en la teoría, si no también funcionar eficazmente en la práctica (ibid., § 216). Tal y como se indica en el párrafo 69 supra, esta es una obligación de medios, no de resultados.

73. Asimismo, la obligación procesal prevista en el artículo 2 del Convenio en el contexto de la asistencia sanitaria exige, *inter alia*, que el procedimiento se complete en un plazo razonable (véase *Lopes de Sousa Fernandes*, § 218, y *Šilih*, § 196, ambos citados anteriormente)

74. Por último, el simple hecho de que el procedimiento se refiera a una negligencia médica que finalizó de forma desfavorable para las personas involucradas no significa en sí mismo que el Estado demandado haya dejado de cumplir con las obligaciones positivas previstas en el artículo 2 del Convenio (véase *Lopes de Sousa Fernandes*, anteriormente citado, § 221). No obstante, existe la obligación de llevar a cabo una investigación adecuada de las circunstancias del fallecimiento.

#### **(b) Aplicación de los principios en el presente caso**

75. En las circunstancias específicas del presente caso (en el que la demandante utilizó únicamente la vía penal), teniendo en cuenta la importancia fundamental del derecho a la vida garantizado por el artículo 2 del Convenio y la especial importancia que el Tribunal concede al requerimiento procesal con arreglo a dicha disposición, el Tribunal el debe establecer sí el régimen jurídico en su conjunto abordó adecuadamente el caso en cuestión (véase *Lopes de Sousa Fernandes*, anteriormente citado, § 225).

76. En el presente asunto, la demandante se quejó de una supuesta negligencia por parte de los técnicos de la empresa distribuidora contratada por el hospital público. Según la demandante, la empresa podría haber anticipado el fallo del respirador y haber sustituido el equipamiento (véase el párrafo 7 supra).

77. La demandante no tuvo posibilidad de iniciar ningún tipo de procedimiento disciplinario contra los técnicos de la empresa o el personal facultativo del hospital porque eso le corresponde únicamente a los empleadores.

78. La demandante tampoco contaba con la posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo contra el hospital (véase *Reyes Jimenez c. España*, n.º 57020/18, de 8 de marzo de 2022), teniendo en cuenta que su hija no estaba bajo el cuidado directo del hospital.

79. Con respecto a la posibilidad de utilizar la vía civil, en el sistema jurídico español, para obtener una indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de un delito penal, la persona responsable del delito tiene que ser declarada culpable por un tribunal penal. La responsabilidad patrimonial se concede de oficio, en su caso, por el juez de lo penal. No obstante, la presunta víctima del delito u otras partes con derecho a una indemnización civil también pueden decidir interponer una acción civil separada, una vez que el proceso penal conduce a la condena del autor del delito, eligiendo expresamente dicha acción durante el proceso penal (véase *Gracia Gonzalez c. España*, n.º 65107/16, § 54, de 6 de octubre de 2020).

80. El Tribunal señala que el Gobierno no negó que la demandante podría haber interpuesto efectivamente una reclamación al margen del proceso penal. El Tribunal se limitará, por tanto, a analizar si el proceso penal cumplió con el criterio de efectividad exigido por el artículo 2 del Convenio (véase *Bilbija and Blažević v. Croatia*, no. 62870/13, § 104, de 12 de enero de 2016). Dicho procedimiento, en caso de ser efectivo, podría haber satisfecho la obligación procesal del artículo 2 por sí mismo (véase *Šilih*, anteriormente citado, § 202). Pero para que se cumpla esa obligación, dicho procedimiento no debe existir sólo en la teoría si no también en la práctica (véase, por ejemplo, *Lopes de Sousa Fernandes*, anteriormente citada, § 216; *Byrzykowski c. Polonia*, n.º 11562/05, § 105, de 27 de junio de 2006; y *Spyra y Kranczkowski c. Polonia*, n.º 19764/07, § 88, de 25 de septiembre de 2012).

81. La propia Audiencia Provincial, cuando ordenó reabrir el procedimiento por primera vez en 2003 (véase el párrafo 11 supra), mantuvo que la cuestión principal era si se había producido un fallo mecánico (lo que únicamente hubiera constituido responsabilidad civil) o una instalación deficiente (lo que eventualmente podría suponer una acción penal) y con el fin de aclarar este punto, era determinante establecer cuál fue el motivo exacto del fallecimiento de la niña.

82. El Tribunal señala que no se convocó a ningún experto por parte de la demandante ni del Ministerio Fiscal (ni de oficio por el juzgado de instrucción) para que prestara declaración en el procedimiento con el fin de aclarar el motivo exacto del coma y posterior fallecimiento de la niña. Se convocó a testigos

relacionados con el funcionamiento del respirador para que testificaran, pero no así a los doctores. La demandante solicitó pruebas muy concretas.

83. En concreto, la Audiencia Provincial revocó el auto del juzgado de instrucción dictando el sobreseimiento del procedimiento inmediatamente después de su apertura, sin haber llevado a cabo instrucción alguna (véase el párrafo 11 supra). El juez de instrucción ordenó a continuación que la empresa distribuidora facilitase los datos del técnico que llevó a cabo la instalación del respirador, para que acudiese a declarar. Algunos testigos, incluyendo la demandante y un técnico, comparecieron para declarar. También se presentó documentación relevante sobre la inspección médica del respirador. Algunos meses después, el juez de instrucción sobreseyó el procedimiento por segunda vez, sin haber sido capaz de identificar o localizar al técnico que de hecho instaló el respirador de la niña. Posteriormente, la Audiencia Provincial ordenó la reapertura de la fase de instrucción por segunda vez (véase el párrafo 25 supra). Varios testigos más prestaron declaración, incluyendo tres técnicos de la empresa distribuidora, pero no se identificó a la persona que había instalado el respirador y no se determinó la causa del fallecimiento de la niña. El juzgado de instrucción declaró el sobreseimiento del caso por tercera vez sobre la base de que había transcurrido el plazo de instrucción. La Audiencia Provincial aceptó la argumentación del juez de instrucción y confirmó el sobreseimiento, a pesar de que ni siquiera se habían presentado ante el juez instructor todas las pruebas solicitadas por la propia Audiencia Provincial.

84. El núcleo de este asunto es si el fallecimiento de la menor fue producto de un fallo en el respirador o si el fallo fue de naturaleza mecánica (y en este caso, si se podría haber previsto y evitado) o si pudo causarlo una instalación deficiente de las piezas o hubo alguna otra actuación negligente. Sólo tras aclarar lo anterior podría determinarse la eventual responsabilidad, ya sea civil o penal. Parece que la cuestión podría haberse respondido ordenando un examen pericial del respirador de la hija de la demandante y de sus piezas. No obstante, el juez de instrucción no ordenó ningún informe técnico de este tipo, a pesar de que nada sugiere que fuese complejo o no estuviera disponible (véase, *mutatis mutandis*, *Bochkareva c. Rusia*, n.º 49973/10, § 44, de 12 de octubre de 2021).

85. El Tribunal por sí mismo no puede examinar los hechos que han conducido a un tribunal nacional a adoptar una decisión en lugar de otra, o cuestionar la admisibilidad y el examen de la prueba en el juicio. En ese caso, estaría actuando como un tribunal de tercera o cuarta instancia, lo que supondría hacer caso omiso a los límites impuestos a su acción (*García Ruiz c. España* [GS], n.º 30544/96, § 28, TEDH 1999-I). La única circunstancia en la que el Tribunal, como excepción a esta regla, puede cuestionar los resultados y las conclusiones en cuestión es cuando éstas son flagrantes y manifiestamente arbitrarias,

siendo contrarias a la justicia y al sentido común y dan lugar por sí mismas a una violación del Convenio (*De Tommaso c. Italia* [GS], n.º 43395/09, § 170, de 23 de febrero de 2017). En este asunto, el Tribunal señala que el juez de instrucción convocó únicamente a los testigos de la empresa contra la que la demandante había interpuesto una denuncia, así como el testimonio de la propia demandante. El juez no tuvo en cuenta a ningún experto, técnico o cualquier otra fuente objetiva con el fin de arrojar luz sobre el presunto problema técnico.

86. El Tribunal no puede especular sobre los motivos por los que aparentemente falló el respirador o por qué la hija de la demandante entró en coma y falleció posteriormente, ya que esto no ha podido ser determinado a nivel interno. El Tribunal tampoco debe establecer si en este asunto la prueba presentada en el proceso penal debería haberse ordenado de oficio por el juez de instrucción, o identificar qué tipo de medidas debería haber tomado el juez de instrucción. No obstante, recuerda que cuando hay indicios razonables de una sucesión de acontecimientos desencadenados probablemente por un acto presuntamente negligente que puede haber contribuido al fallecimiento de un paciente, cabe esperar que las autoridades lleven a cabo un examen exhaustivo del asunto (véase *Lopes de Sousa Fernandes*, anteriormente citado, § 237).

87. El Ministerio Fiscal tiene la obligación legal de investigar los delitos, así como de proteger los intereses del menor. Resulta pertinente que el Fiscal no solicitara de oficio la práctica de prueba alguna ante el juzgado de instrucción, ni mostrase interés por esclarecer las circunstancias del caso. Por el contrario, el Fiscal estuvo de acuerdo con el sobreseimiento de las actuaciones en las tres ocasiones en que se solicitó. El proceso penal se inició únicamente a solicitud de la demandante, siendo en su mayoría impulsado por ella misma. La Audiencia Provincial consideró que existían motivos suficientes para reabrir la investigación y ordenó que se presentara un volumen significativo de pruebas ante el juez de instrucción. No obstante, el juez de instrucción no fue más allá del mero cumplimiento mínimo del auto de la Audiencia Provincial, siendo la demandante quien prosiguió el proceso penal y quien soportó la carga de la investigación, que se prolongó durante un periodo considerable. El Tribunal indica que el Fiscal ante el Tribunal Constitucional, contrariamente a la postura del Fiscal durante la instrucción, solicitó al Tribunal Constitucional que admitiera a trámite el recurso de amparo interpuesto por la demandante y declarase la violación de sus derechos fundamentales (véase el párrafo 40 supra).

88. El procedimiento se inició tras la reclamación de la demandante, centrándose esencialmente en si alguno de los empleados de la empresa distribuidora había sido negligente en la instalación del respirador de su hija o en el suministro de equipamiento. Teniendo en cuenta que las sociedades no pueden considerarse

responsables de homicidio con arreglo a la normativa penal española, ello necesariamente exige encontrar a los individuos que supuestamente fueron negligentes. El Fiscal o las autoridades judiciales nunca ampliaron el alcance de las investigaciones. En consecuencia, el proceso penal se centró únicamente en la cuestión concreta establecida en los cargos que se habían presentado (es decir, la identidad de la persona responsable de instalar el respirador), y no trató de investigar cuál era el fallo real del respirador o la supuesta negligencia causante del fallecimiento de la hija de la demandante en su conjunto. La única prueba que pudo aportar la demandante fue su propio testimonio. Pero los tribunales nacionales decidieron que su testimonio y el de los testigos eran contradictorios sin haber oído a ningún experto.

89. El hecho de que ni siquiera se determinase con certeza la causa de la muerte muestra un deficiente desarrollo de la instrucción del caso. El Tribunal ya ha declarado que, a efectos de la obligación procesal del artículo 2, el alcance de una investigación que se enfrenta a cuestiones complejas que surgen en un contexto médico no puede limitarse al momento y a la causa directa de la muerte del individuo (véase *Lopes de Sousa Fernandes*, anteriormente citado, § 237).

90. Los tribunales internos, en lugar de llevar a cabo una evaluación completa, abordaron los acontecimientos de forma más bien pasiva, limitándose a admitir algunas de las pruebas solicitadas por la demandante con el fin de averiguar quién había instalado el respirador, sin esforzarse por determinar la causa de la muerte. El juzgado de instrucción declaró el sobreseimiento del procedimiento en tres ocasiones, y durante los cinco años que duró la instrucción se produjo un retraso significativo en el examen de la prueba.

91. Cabe señalar que el juzgado de instrucción tardó dos meses en examinar las primeras pruebas tras la reapertura de la investigación ordenada por la Audiencia Provincial (véanse los párrafos 11 y 15 supra). Esta fue la primera prueba examinada en la investigación, más de un año después de que se presentara la denuncia (véase el párrafo 15 supra). Tras el segundo sobreseimiento provisional, el juzgado de instrucción tardó unas seis semanas en ordenar un nuevo examen de la prueba (véanse los párrafos 25 y 26).

92. En conjunto, la instrucción duró cinco años. Entretanto, se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incluir un nuevo plazo de seis meses para la instrucción penal. Durante los cinco años de instrucción, se presentaron varias pruebas ante el juzgado de instrucción. Consistían básicamente en el testimonio de los técnicos que trabajaban para la empresa distribuidora, empresa que había suministrado el respirador al hospital así como los suministros desechables a la demandante. No obstante, ninguno de esos testimonios aclaró quién había

instalado realmente el respirador ni cuáles fueron las causas concretas por las que falló. Las pruebas pertinentes necesarias para determinar si se había producido una negligencia médica no se examinaron nunca ante el juzgado de instrucción. A pesar de sus numerosas peticiones, no se presentaron todas las pruebas solicitadas por la demandante. En su condición de víctima, tenía derecho a intervenir en el procedimiento como acusación particular, pero el homicidio involuntario de un paciente es un delito de acción pública que exige que el fiscal tome la iniciativa procesal (véase el artículo 105.1 del Código Penal español, párrafo 42 supra) y que el juzgado de instrucción esclarezca las circunstancias del caso.

93. El Tribunal considera que la investigación penal fue excesivamente larga, sobre todo teniendo en cuenta que acabó interrumpiéndose porque finalmente venció el plazo para determinar la causa de la muerte (y en consecuencia si alguien podía ser penalmente responsable). Para el Tribunal, ni la conducta de la demandante ni la complejidad del caso pueden bastar para explicar dicha duración.

94. En vista de cuanto antecede, el Tribunal considera que el proceso penal en el presente caso no puede considerarse efectivo a efectos del artículo 2. Además, el Estado demandado no logró demostrar que el recurso a la vía civil hubiese conducido a una investigación más eficaz de la causa de la muerte; no estaban disponibles otras vías tales como los procedimientos administrativos o disciplinarios. El Tribunal opina que el sistema nacional en su conjunto, ante un caso discutible de negligencia médica que provocó la muerte de la hija de la demandante, no proporcionó una respuesta adecuada, eficaz y oportuna compatible con la obligación del Estado en virtud del artículo 2. En consecuencia, se ha producido una violación de dicha disposición en su aspecto procesal.

## II. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6.1 DEL CONVENIO

95. La demandante se queja de que la negativa a examinar la prueba solicitada por ella con el fin de investigar el fallecimiento de su hija vulneró su derecho a un juicio justo y a la igualdad de armas, de conformidad con el artículo 6.1 del Convenio, que dice lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...)”.

96. El Gobierno no plantea objeción alguna en relación con la admisibilidad de la queja. No obstante el Tribunal está obligado a examinar la aplicación del artículo 6 en el presente asunto.

97. El artículo 6 se aplica a cualquiera que sea acusado de un delito, así como en los procedimientos relacionados con los derechos y obligaciones civiles de la persona. En relación con la presente demanda, el Tribunal señala que el proceso penal se inició por medio de una queja interpuesta por la demandante y se llevó a cabo para establecer si el fallecimiento de la hija de la demandante había sido causado por una negligencia grave que pudiese suponer una conducta delictiva. Se declaró el sobreseimiento del procedimiento durante la instrucción, y nadie fue acusado formalmente. No se ordenó investigar a la demandante ni fue acusada en el proceso en cuestión. Los tribunales nacionales llegaron a la conclusión de que la instrucción debía concluirse debido al vencimiento de los plazos establecidos.

98. El Tribunal recuerda que en virtud del artículo 6 del convenio no existe un derecho a obtener el enjuiciamiento y condena de un tercero (véase *Perez c. Francia* [GS], n.º 47287/99, § 70, TEDH 2004 I). De acuerdo con las anteriores circunstancias, en la medida en que la queja tiene relación con las supuestas deficiencias del proceso penal que la demandante inició y trató de seguir contra una persona que podría haber cometido un acto negligente causante del fallecimiento de su hija, queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 6 en su aspecto penal.

99. No existe discrepancia entre las partes en cuanto a que la demandante inició y siguió únicamente un proceso penal, y que no existe un proceso civil pendiente. Las resoluciones recurridas se refieren a la decisión de los tribunales nacionales de declarar el sobreseimiento de los procesos penales sin haber aclarado al menos la causa del fallecimiento de la niña y, en especial, si fue causada por una negligencia grave. En dichas circunstancias, el Tribunal no puede concluir que el procedimiento en cuestión podría haber sido decisivo o esencial para establecer los derechos civiles de la demandante (see *Perez*, cited above, § 62, and *Gracia Gonzalez*, cited above, § 55).

100. En consecuencia, la queja de la demandante es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio en el sentido del artículo 35.3.a) y por tanto debe ser rechazado de acuerdo con el artículo 35.4.

### III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

101. El artículo 41 del Convenio dispone lo siguiente:

“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

## A. Daños

102. La demandante reclama 100.000 euros por daños morales, a causa del “daño incuestionable causado por el hecho de que una madre vea cómo la justicia es incapaz de investigar la muerte de su hija y encontrar y juzgar a los responsables de dicha muerte”.

103. El Gobierno responde que no debe concederse cantidad alguna a la demandante por este concepto. Aunque niega básicamente cualquier violación del Convenio, argumenta que la constatación de una violación por parte del Tribunal supone en sí misma una indemnización suficiente por los daños morales que pudieran haberse causado a la demandante, a la vista de los motivos de su demanda.

104. El Tribunal otorga a la demandante 32.000 euros en concepto de daños morales, más cualquier impuesto exigible.

## B. Gastos y costas

105. La demandante también reclama 10.765,33 euros por los gastos y costas incurridos ante los tribunales nacionales y ante este Tribunal. En concreto, reclama los gastos del abogado y procurador durante la instrucción seguida a nivel nacional, así como los gastos del abogado ante el Tribunal y de traducción de la documentación remitida a este Tribunal.

106. El Gobierno se opone a la concesión de dichos gastos y costas. Alega que es desproporcionado reclamar la totalidad de los gastos del proceso judicial como consecuencia de una supuesta infracción procesal. Además, el Gobierno se opone a cada una de las partidas específicas solicitadas por la demandante porque no se había probado suficientemente el pago efectivo de los supuestos costes.

107. De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, un demandante tiene derecho al reembolso de sus costas y gastos únicamente si se demuestra que son reales, necesarios y razonables en cuanto a su cuantía. En el presente caso, la demandante no ha probado adecuadamente el pago efectivo de los gastos asociados al procedimiento para justificar su reembolso. En consecuencia, el Tribunal a la vista de la documentación obrante en su poder así como los criterios anteriormente expuestos, rechaza la reclamación en concepto de gastos y costas en el procedimiento interno y en el procedimiento seguido ante este Tribunal.

**POR CUANTO ANTECEDE, ESTE TRIBUNAL,**

1. *Declara*, por unanimidad, inadmisibile la reclamación con arreglo al artículo 6.1;
2. *Declara*, por unanimidad, admisible el resto de la demanda;
3. *Afirma*, por seis votos a uno, que se ha producido una violación del artículo 2 del Convenio en su aspecto procesal en relación con la investigación llevada a cabo por parte de las autoridades nacionales;
4. *Afirma*, por seis votos a uno,
  - a) Que el Estado demandado debe abonar a la demandante, en un plazo de tres meses desde la firmeza de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, el importe de 32.000 euros (treinta y dos mil euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales
  - b) Que desde el vencimiento de los citados tres meses hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre las cantidades anteriores igual al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento;
5. *Desestima*, por unanimidad, el resto de la demanda respecto a la satisfacción equitativa.

Redactado en inglés y notificado por escrito el 11 de octubre de 2022, de conformidad con las reglas 77.2 y 3 del Reglamento del Tribunal.

Milan Blaško Secretario	Georges Ravarani Presidente
----------------------------	--------------------------------

De conformidad con el artículo 45.2 del Convenio y la Regla 74.2 del REglamento del Tribunal, se une a la presente sentencia el voto particular del juez Ravarani.

G.R.  
M.B.

## VOTO PARTICULAR PARCIALMENTE DISCREPANTE DEL JUEZ RAVARANI

Lamentablemente, no he logrado coincidir con mis colegas en la constatación de una violación del artículo 2 en su aspecto procesal en el presente caso.

Debería comenzar por subrayar que alcanzo a ver razones para concluir que la instrucción penal en el presente caso carecía de eficacia o, más exactamente, que las autoridades responsables de la acusación e instrucción mostraron cierta incoherencia durante el proceso seguido en la jurisdicción penal. De hecho, el procedimiento se inició por iniciativa de la demandante, luego fue sobreesido por el Fiscal que consideró que no había delito, posteriormente se reabrió en dos ocasiones a raíz de un recurso de la demandante y finalmente fue sobreesido por el Fiscal. Estas idas y venidas pueden, a primera vista, dar la impresión de una investigación ineficaz que no logra esclarecer la verdad.

No obstante, en un segundo vistazo, puede entenderse la conducta de las autoridades. En este contexto, es importante examinar más detenidamente el objeto de este asunto.

Este no es un caso de negligencia médica, a pesar de que dicho concepto se ha mencionado hasta en tres ocasiones a lo largo de la sentencia (véanse los párrafos 74, 92 y 94). No intervinieron facultativos, ni personal de enfermería, ni personal médico y la niña no estaba al cuidado de una estructura médica como un hospital. El caso está más cerca de la responsabilidad por piezas defectuosas que por negligencia médica. Se trata de un caso sobre un fallo del respirador, siendo la cuestión “si fue producto de un fallo en el respirador o si el fallo fue de naturaleza mecánica (y en este caso, si se podría haber previsto y evitado) o si pudo causarlo una instalación deficiente de las piezas o hubo alguna otra actuación negligente” (véase el párrafo 84 de la sentencia), una cuestión que la mayoría considera que es el “núcleo del presente asunto” (ibid).

En mi opinión, el verdadero núcleo de la cuestión es si existía *alguna* causa penal y si era necesario entablar una acción penal.

Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal, en ausencia de intención —y en el presente caso, nadie alegó que la hubiera— el artículo 2 del Convenio no requiere necesariamente la provisión de un recurso en la vía penal (véase *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* [GC], n.º 56080/13, § 215, de 19 de diciembre de 2017, y la jurisprudencia allí citada).

Por supuesto, en un caso en que se produzca un siniestro o si hay lesiones graves, es comprensible que la víctima o sus familiares intenten que se incoe un proceso penal, porque en tal caso el Fiscal debe llevar a cabo la instrucción. Esto ahorra a la víctima el tiempo y la energía, por no hablar del coste de aportar pruebas por sí misma. No obstante, de la jurisprudencia del Tribunal se

desprende claramente que el artículo 2 del Convenio no implica el derecho a que terceros sean procesados —y menos aún condenados— por un delito de naturaleza penal (véase *Armani Da Silva c. Reino Unido* [GS], n.º 5878/08, § 257, de 30 de marzo de 2016).

Existe otro motivo por el que las víctimas de negligencia médica prefieren a menudo que se inicie un proceso penal. Muchas víctimas quieren ver al autor castigado, estigmatizado; quieren ver al presunto delincuente apareciendo en carne y hueso ante el juez. Lamentablemente, el procedimiento de responsabilidad civil presenta un panorama totalmente distinto y, en definitiva, ciertamente insatisfactorio. La víctima se encuentra frente una compañía de seguros que defiende los intereses del médico, que ni siquiera tiene que estar presente en la sala. Por otra parte, la compañía de seguros defiende obviamente sus propios intereses y normalmente impugnará con bastante agresividad cualquier acusación de infracción por parte de su cliente.

No obstante, cualesquiera que sean las razones subyacentes en la preferencia por los procesos penales, tanto en España como en otros muchos ordenamientos jurídicos debe existir al menos algún indicio de un caso penal *prima facie*. La sentencia subraya que “el Ministerio Fiscal tiene la obligación legal de investigar los delitos” (párrafo 87 de la sentencia). No obstante, esta afirmación debe matizarse. El artículo 105.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (citado en el párrafo 42 de la sentencia) establece a este respecto que “los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes (...)”. Más allá de la redacción un tanto ambigua e incluso contradictoria de este precepto (y admito mi total desconocimiento de lo que esto significa exactamente en el derecho español) parece bastante claro que las autoridades no están obligadas a iniciar acciones penales por decisión de la víctima, si no que ellas mismas deben estar convencidas de la comisión del delito o al menos de que se ha podido cometer un delito.

Con arreglo al artículo 142.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (citado en el párrafo 45 de la sentencia), “cualquier persona que provoque la muerte de otra por negligencia grave será castigada por homicidio imprudente”.

Por tanto, el fiscal debe apreciar que existe *prima facie* un caso de negligencia grave. No corresponde al Fiscal, incluso si una parte privada le insta a ello, iniciar una instrucción penal únicamente para averiguar si pudo haber negligencia grave; debe estar convencido de que existen elementos que apuntan a la existencia de dicha negligencia grave.

En el presente caso, faltaba ese elemento esencial y las autoridades de la jurisdicción penal, enfrentadas a una tragedia humana, probablemente cedieron

—y eso es lo que se les reprocha en última instancia— e iniciaron con bastante reticencia una instrucción penal que intentaron dar por concluida en tres ocasiones, por estimar que no había responsabilidad *penal*.

Por tanto la conclusión, en mi opinión, es que desde el principio no existió causa penal y no se debe culpar a las autoridades por no haber presionado arduamente en intentar determinar una.

Esto me lleva al último punto. En mi opinión, generalmente en los casos de lesiones corporales no intencionadas y salvo negligencia grave evidente, sobre todo en el ámbito de la presunta negligencia médica, la vía normal debería ser la civil. ¿Queremos realmente obligar al personal médico a enfrentarse a un juicio penal estigmatizante y estresante para defenderse de cualquier acusación de negligencia? ¿O a meterlos en la cárcel por dicha negligencia? Debemos ser muy cuidadosos si queremos seguir ese camino. La intencionalidad y la negligencia grave merecen sin duda un proceso penal; la incompetencia y los actos recurrentes de negligencia requieren procedimientos administrativos que lleven a la retirada de la licencia para ejercer; las acciones negligentes ocasionales —incluso las más dramáticas que provocan el fallecimiento de un paciente o lesiones graves— deben ser tratadas en procedimientos civiles que tengan como objetivo indemnizar económicamente a la víctima en su conjunto. El derecho penal es una herramienta seria; debe manejarse con cuidado.

El sistema jurídico español prevé un procedimiento de responsabilidad civil independiente de la vía penal. Dicho procedimiento hubiera sido, a mi juicio, el adecuado para tratar los hechos del presente caso que, como se ha explicado, inciden en cuestiones de responsabilidad por piezas defectuosas. Por tanto, no debería haberse culpado a las autoridades de no haber ejercido la vía penal, incluso si la hubieran iniciado.

**TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA  
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias, decisiones y cualquier otra documentación.

SECCIÓN TERCERA

**ASUNTO LEÓN MADRID c. ESPAÑA**  
(Demanda no 30306/13)

SENTENCIA

Artículo 14 (+ Artículo 8) • Discriminación - Vida privada - El apellido paterno precede automáticamente al materno en el orden de apellidos del niño, si existe desacuerdo entre los padres, sin tener en cuenta las circunstancias particulares - Diferencia entre el padre y la madre, en una situación similar, basada exclusivamente en el sexo - Ausencia de justificación para la aplicación automática de la ley, que es excesivamente rígida y discrimina a las mujeres - La posibilidad de cambiar el apellido a lo largo de la vida es irrelevante en el presente caso - Nueva normativa acorde con el Convenio y el contexto social actual en España

ESTRASBURGO

26 de octubre de 2021

**FIRME**

26/01/2022

*Esta sentencia será firme de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del Convenio. Puede ser objeto de revisión editorial.*

## En el asunto León Madrid c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en una Sala formada por:

Georges Ravarani, *Presidente*,  
Georgios A. Serghides,  
María Elósegui,  
Darian Pavli,  
Anja Seibert-Fohr,  
Peeter Roosma,  
Andreas Zünd, *jueces*,  
y de Milan Blaško, *Secretario de Sección*,

Teniendo en cuenta:

la demanda (no 30306/13) contra el Reino de España presentada el 24 de abril de 2013 ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»), por una ciudadana española, Sra. Josefa León Madrid («la demandante»);

las decisiones notificando al Gobierno español («el Gobierno») la demanda en fechas 2 de septiembre de 2013 y 9 de enero de 2019;

las observaciones de las partes,

Tras deliberar a puerta cerrada el 5 de octubre de 2021

Dicta la siguiente sentencia, que fue adoptada en esa fecha:

### INTRODUCCIÓN

1. La presente demanda se refiere a la solicitud de la demandante de invertir el orden de los apellidos de su hija menor de edad. En el momento de los hechos, la ley española establecía que en caso de desacuerdo entre los progenitores, el hijo llevaría el apellido paterno seguido del materno. La demandante consideró que esta normativa era discriminatoria y que la asignación del orden de los apellidos debía tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Se invocan los artículos 8 y 14 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 12 del Convenio.

## HECHOS

2. La demandante nació en 1969 y vive en Palma de Mallorca. Ha estado representada por el abogado F. Tapia Castillo.

3. El Gobierno estuvo representado inicialmente por su agente, R.-A. León Cavero, y posteriormente por su actual representante, A. Brezmes Martínez de Villareal, Abogado del Estado en la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

4. Entre 2004 y 2005 la demandante mantuvo una relación con J.S.T.S. Cuando la relación ya había concluido, la demandante supo que estaba embarazada y se lo comunicó a su expareja, quien, según la demandante, insistió enérgicamente para que interrumpiera el embarazo. La demandante decidió continuar con su embarazo y zanjar todo contacto con J.S.T.S. quien, según la demandante, intentó hacerle cambiar de opinión. El 9 de noviembre de 2005 dio a luz a una hija, C.V., que fue inscrita en el registro civil con los apellidos de la madre.

5. La demandante consintió que J.S.T.S. viera a la niña en varias ocasiones, hasta que decidió interrumpir todo contacto debido, según ella, al acoso moral al que le sometía.

6. En marzo de 2006, J.S.T.S. presentó una reclamación judicial de reconocimiento de la filiación, a la que se opuso la demandante, que solicitó que en todo caso se privara a J.S.T.S. de la patria potestad si se reconocía la paternidad. Mediante sentencia de 14 de febrero de 2007, el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Palma de Mallorca estimó las pretensiones del recurrente, quien fue reconocido como padre biológico. También decidió que la niña llevaría, de acuerdo con la ley aplicable, el apellido del padre seguido del de la madre.

7. La demandante recurrió y solicitó invertir el orden de los apellidos para que su apellido apareciera en primer lugar. Mediante sentencia dictada el 18 de septiembre de 2007, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca inadmitió el recurso. Tras constatar que la cuestión de los apellidos no se había planteado en primera instancia, la Audiencia no obstante entró en el fondo del asunto, recordando que la inversión del orden de los apellidos es posible desde la entrada en vigor de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, creada para eliminar la discriminación por razón de género en este aspecto. Sin embargo, esta ley especificaba que era necesario el consentimiento explícito de ambos progenitores, condición que no se cumplía en este caso. A falta de consentimiento, debía aplicarse el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil.

8. Mediante auto del 6 de octubre de 2009, el Tribunal Supremo declaró inadmisibile el recurso de casación de la demandante, ya que no había justificado

el interés casacional de su recurso de acuerdo con los requisitos del artículo 477. 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9. Invocando los artículos 14 (prohibición de la discriminación) y 24 (derecho a un juicio justo) de la Constitución, la demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional. Sin dedicar un apartado específico de su recurso a la especial trascendencia constitucional, sin embargo la demandante mencionó las razones que justificaban dicha relevancia. En particular, se quejó de que la aplicación del artículo 194 del Reglamento del Registro Civil, en la redacción dada en el momento de los hechos, era contraria al artículo 14 de la Constitución, ya que implicaba una primacía injustificada y arbitraria del apellido paterno sobre el materno. Además, la demandante alegó que el auto del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2009 contravenía su derecho a la igualdad y a la no discriminación, garantizado por el artículo 14 de la Constitución, al permitir que el apellido paterno figurara en primer lugar.

10. El Ministerio Fiscal se mostró favorable a conceder el amparo a la demandante. Comenzó abordando la cuestión sobre la justificación de la especial trascendencia constitucional que exige el artículo 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) y admitió que la petición de amparo en este caso no era un «modelo a seguir». También observó que el recurso se había presentado, efectivamente, tras la publicación de la STC 155/2009, de 28 de julio de 2009, que establecía ejemplos de casos de relevancia constitucional. No obstante, señaló que dicha jurisprudencia no era todavía suficientemente conocida en el momento de la petición de amparo por parte de la demandante el 23 de noviembre de 2009, lo que debería llevar a aplicar un criterio menos estricto para exigir dicha justificación. Ello no podía suponer el carácter obligatorio de un párrafo separado, pero podría bastar con que los motivos para la relevancia del caso se derivaran del contenido del propio recurso, como ocurría en el presente caso. El Ministerio Fiscal señaló, por lo demás, que no existía jurisprudencia constitucional sobre el orden de los apellidos, lo que permitiría incluir el presente caso entre los de especial trascendencia constitucional de acuerdo con la sentencia 155/2009. A este respecto, un recurso de amparo relativo a una supuesta infracción constitucional esencialmente idéntica a la examinada en el presente caso se hallaba pendiente ante el Alto Tribunal (recurso de amparo n.º 614/2010, párrafo 22 infra). En dicho asunto, el Ministerio Fiscal había solicitado la resolución del asunto a favor del recurrente.

11. El Ministerio Fiscal pidió por tanto al Alto Tribunal que considerara que la demandante había cumplido el requisito de justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso.

12. Respecto al fondo del asunto, el Ministerio Fiscal reconoció que la legislación vigente era claramente discriminatoria y se basaba en un modelo patriarcal de familia, que en ese momento debía considerarse obsoleto. El propio legislador español había considerado que se debía remediar dicha situación. Como prueba de ello, la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, que todavía no estaba en vigor y por tanto no era aplicable a los hechos del caso, relativa al Registro Civil, preveía que en caso de desacuerdo, correspondería al Encargado del Registro Civil decidir el orden de los apellidos, sobre la base del interés superior del menor. Por último, el Fiscal basó sus argumentos en la jurisprudencia consolidada a partir de la sentencia *Ünal Tekeli c. Turquía* (n.º 29865/96, TEDH 2004 X (extractos)). En particular, observó:

“La preferencia otorgada [al apellido del padre] introduce una diferencia en el tratamiento del hombre y de la mujer. Esta diferencia recuerda el sistema familiar patriarcal basado en la concepción del padre como «cabeza de familia» (...) Este modelo debe considerarse ahora obsoleto, ya que nuestra realidad social y jurídica lo ha superado. El mantenimiento de esta disposición reglamentaria, que proviene de una larga tradición histórica y social, carece actualmente de toda justificación constitucional o de una base objetiva, razonable y suficiente. Esta tradición social o cultural, que exterioriza un determinado modelo de familia, no puede ser utilizada como motivo válido para mantener una situación de preferencia legal contraria a los valores constitucionales de igualdad y prohibición de discriminación por razón de género, que emanan del artículo 14 de la Constitución Española”.

13. Mediante sentencia notificada el 25 de octubre de 2012, el Tribunal Constitucional declaró la inadmisibilidad del recurso sin entrar en el fondo del asunto, de conformidad con el artículo 49.1 LOTC. Consideró que la demandante no había justificado suficientemente la especial trascendencia constitucional de su demanda, en la medida en que había equiparado indebidamente la alegación de la violación de un derecho fundamental con la relativa a la trascendencia constitucional de su recurso, que requiere argumentos separados. Por lo tanto, no había cumplido con la «carga formal» de hacer un «esfuerzo argumentativo» para justificar la trascendencia constitucional de su recurso.

## MARCO JURÍDICO Y PRÁCTICA RELEVANTES

### I. LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA INTERNAS

14. La disposición pertinente para el presente asunto del Código Civil establece lo siguiente:

## Artículo 109

“ (...) El padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley”.

(...)

15. El artículo 53 del Registro Civil, redactado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, establece:

“Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos”.

16. El artículo 55 de la misma norma, en la redacción dada por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, dispone:

« La filiación determina los apellidos.

“En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos. (...)

Alcanzada la mayoría de edad, se podrá solicitar la alteración del orden de los apellidos”.

17. El artículo 194 del Reglamento del Registro Civil, en la redacción dada por el Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, establece el orden legal de los apellidos señalando que:

“Si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera”.

18. El Preámbulo de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entró en vigor el 30 de abril de 2021, dispone:

“(…) El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos. (...)”.

19. El artículo 49.2 de dicha norma establece:

“La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor”.

20. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece:

“(…) Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española (...).”

21. El Real Decreto 1370/2007, de 19 de octubre, regula la creación de la Comisión Interministerial de Igualdad entre Mujeres y Hombres, responsable de velar por la igualdad efectiva en el seno de la Administración.

22. La sentencia 167/2013, de 7 de octubre de 2013, dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 614/2010 (apartado 10 supra), hace referencia al orden de los apellidos de un menor. La madre alegó que la decisión de mantener como primer apellido el del padre era contraria a los artículos 14 (derecho a la no discriminación por razón de sexo) y 18 («derecho a la propia imagen» del menor) de la Constitución española. Tras señalar que el primer apellido del niño es determinante de su personalidad, el Tribunal Constitucional consideró que las decisiones de los tribunales de instancia eran contrarias al derecho a la propia imagen del menor. Además, estableció que los tribunales de instancia no habían tenido en cuenta las circunstancias particulares del caso al establecer el orden de los apellidos del niño. En particular, el Alto Tribunal señaló que el niño había utilizado el apellido materno desde su nacimiento y valoró la relación entre ambos progenitores. En aplicación del principio del interés superior del menor, concluyó que se había producido una violación de la Constitución. El Alto Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que el padre del

menor fue condenado por un delito de maltrato, pero omitió pronunciarse sobre la reclamación de la madre por discriminación por razón de sexo.

## II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

23. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979, establece en sus disposiciones pertinentes:

### Artículo 2

“Los Estados Parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

(...)

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

### Artículo 15. 1

“Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley”.

### Artículo 16

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

(...)

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

## III. DOCUMENTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

24. En la Resolución (78) 37 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de septiembre de 1978, sobre la igualdad de los cónyuges en

Derecho Civil, se recomienda a los Estados Miembros, en el párrafo 17, “que consideren la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para conceder a ambos cónyuges la igualdad de derechos con respecto a la atribución del apellido [a sus] hijos (...)”.

25. La Recomendación 1271 (1995) de la Asamblea Parlamentaria sobre discriminación entre el hombre y la mujer al escoger un apellido y en la transmisión de los apellidos de los padres a los hijos, recuerda en su apartado 1 que «el apellido es un elemento que caracteriza la identidad de las personas y cuya elección tiene, por tanto, una importancia considerable». Por ello, considera inaceptable la perpetuación de la discriminación entre hombres y mujeres en este ámbito. Al mismo tiempo, la Asamblea insta a los Estados miembros del Consejo de Europa a «adaptar su legislación a los principios fundamentales sobre igualdad» (párrafo 2).

## LEGISLACIÓN

### I. RESPECTO A LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO PUESTO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 8.

26. La demandante se queja de que, a falta de consentimiento de ambos progenitores, la legislación española aplicable en aquel momento exigía que se pusiera en primer lugar el apellido paterno a la niña. En su opinión, la cuestión debe decidirse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el embarazo y el nacimiento de la niña. Invocó el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio, que dice lo siguiente:

#### Artículo 8

« 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

#### Artículo 14

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de

sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

## A. Sobre la admisibilidad

### 1. Falta de agotamiento de los recursos internos

27. El Gobierno argumenta la falta de agotamiento por varios motivos. En primer lugar, argumenta que la cuestión referente al orden de los apellidos de su hija no fue objeto de oposición en primera instancia por la demandante. Además, sostiene que la demandante no invocó ni el artículo 14 del Convenio ni la disposición equivalente de la Constitución Española (artículo 14) en primera instancia. Tampoco se hizo referencia alguna al artículo 8 del Convenio ni a su equivalente en la Constitución Española (artículo 18) ante la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional.

28. Además, el Estado demandado alega que cuando la demandante recurrió al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, omitió justificar el interés casacional ante el Tribunal Supremo y la especial trascendencia constitucional ante el Tribunal Constitucional.

29. Por último, el Gobierno considera que la demandante recurrió a los tribunales no ya por la aplicación de una disposición que vulneraba sus derechos, sino por la aplicación de una disposición que, a su juicio, había resultado contraria a los valores constitucionales. Se trataba pues de una alegación basada en una eventual violación de derechos *in abstracto* a la que los tribunales españoles no podían dar respuesta.

30. Por su parte, la demandante afirma que había planteado la cuestión del orden de los apellidos en primera instancia. Especificó que cualquier reclamación de paternidad ante un tribunal español implica necesariamente la determinación de los apellidos para su inscripción en el Registro Civil. Por consiguiente, al oponerse desde el principio a la demanda de reconocimiento de la paternidad, también se oponía a que la niña llevara el apellido del recurrente en primer lugar.

31. Por lo que respecta al recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional, la demandante afirma haber cumplido el requisito sobre la especial trascendencia constitucional. Señala que en el momento de pedir el amparo, la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre el tema no estaba todavía suficientemente consolidada, lo que justificaba una interpretación menos rigurosa al respecto. Por tanto, no era necesario un párrafo específico siempre

que, como en el presente caso, los motivos que justificaban la especial trascendencia constitucional se derivaran del propio relato.

**a) Sobre la cuestión del orden de los apellidos en el procedimiento.**

32. A juicio del Tribunal, cuando la demandante se opuso al reconocimiento de la paternidad del padre, lo hizo implícitamente al cambio de apellidos de la niña. Además, el Tribunal señala que la objeción al orden de los apellidos sin conocer la decisión sobre la paternidad de la niña habría sido prematura. Sólo tras establecerse la paternidad de la niña en el procedimiento, tuvo la madre ocasión de reclamar el orden de los apellidos. Por tanto, debe rechazarse la objeción del Gobierno a este respecto.

**b) Sobre la falta de alegación de los artículos 8 y 14 del Convenio ante los tribunales internos**

33. La demandante invocó el artículo 14 de la Constitución en su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En relación con el artículo 8, a pesar de que dicha disposición no se invocó expresamente ante la jurisdicción interna, los hechos objeto de la queja (escoger el orden de los apellidos de su hija) son susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 8 en su aspecto sobre la “vida privada y familiar” (véase, por lo que respecta a la elección de los apellidos de los hijos, *Cusan y Fazzo c. Italia*, n.º 77/07, §§ 56-57, de 7 de enero de 2014, *Bijleved c. Países Bajos* (dec.), n.º 42973/98, de 27 de abril de 2000, y *G.M.N. y K.M. c. Suiza* (dec.), n.º 36797/97, de 27 de septiembre de 2001).

34. El Tribunal recuerda que la condición en relación con el agotamiento de los recursos internos debe aplicarse “con cierta flexibilidad y sin excesivo formalismo”; de hecho, se da por satisfecho si la parte interesada ha planteado ante las autoridades nacionales «al menos en cuanto al fondo y en las condiciones y plazos previstos por el Derecho interno» las quejas que pretende plantear posteriormente ante el Tribunal (*Fressoz y Roire c. Francia* [GS], n.º 29183/95, § 37, TEDH 1999 I, y *Akdivar y otros c. Turquía*, de 16 de septiembre de 1996, pp. 1210-1211, §§ 65-69, *Recopilación de sentencias y decisiones 1996-IV*). Dado que las quejas planteadas por la demandante respecto a la injustificada y arbitraria primacía del apellido paterno sobre el materno, su reclamación en virtud del artículo 14 debe considerarse en cuanto al fondo como una reclamación al amparo del artículo 14 puesto en relación con el artículo 8. El Tribunal observa, por otra parte, que esta cuestión no es decisiva en el presente caso, ya que el fundamento de la causa de inadmisibilidad del recurso de amparo se examinará detalladamente en los apartados siguientes.

### c) Sobre el interés casacional y la especial trascendencia constitucional

35. En relación con las alegaciones del Gobierno respecto a la ausencia de interés casacional del recurso de la demandante ante el Tribunal Supremo, este Tribunal se remite a los párrafos 36 a 41 siguientes e indica que no le corresponde pronunciarse sobre si la causa de inadmisibilidad del recurso de casación puede dar lugar a la inadmisibilidad de la presente demanda por falta de agotamiento de los recursos internos. Observa además que en su sentencia de 25 de octubre de 2012, el Tribunal Constitucional reprochó a la demandante la insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional de su recurso de amparo, sin hacer referencia a una posible falta de agotamiento previo ante el Tribunal Supremo, y recuerda que sería excesivamente formalista exigir a los interesados el uso de un recurso que ni siquiera la más alta instancia judicial les obliga a utilizar (véase, *mutatis mutandis*, D.H. c. República Checa [GS], n.º 57325/00, §§ 117 y 118). En consecuencia, el Tribunal considera apropiado rechazar la objeción preliminar del Gobierno

36. Respecto a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, el Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dicha exigencia prevista en el artículo 49.1 de la LOTC (véanse, al respecto, *Morales Rodríguez y Vázquez Moreno c. España*, n.º 3696/16 y 4503/16, §§ 28 y ss, de 24 de noviembre de 2020, *Haddad c. España*, n.º 16572/17, de 18 de junio de 2019, *Saber y Boughassal c. España*, n.º 76550/13 y 45938/14, de 18 de diciembre de 2018 y *Arribas Antón c. España*, n.º 16563/11, de 20 de enero de 2015, así como *Álvarez Juan c. España* (dec.), n.º 33799/16, de 29 de septiembre de 2020). Se remite a los principios establecidos en las citadas sentencias y decisiones.

37. En el presente caso no se trata, como en la citada sentencia *Arribas Anton*, de determinar si el recurso de amparo interpuesto por la demandante presentaba o no una especial trascendencia constitucional. En efecto, volviendo a los hechos expuestos, el Tribunal observa que el recurso fue declarado inadmisibile de conformidad con el artículo 49.1 de la LOTC (véase el apartado 13 supra), que impone a los demandantes la carga de justificar la especial trascendencia constitucional de sus recursos.

38. Asimismo, será necesario examinar en el presente caso en qué medida la demandante ha cumplido con dicha carga en el texto de su recurso y si su eventual incumplimiento puede dar lugar a la inadmisibilidad de la demanda por falta de agotamiento de los recursos internos (véase, al respecto, las sentencias *Haddad* y *Saber y Boughassal*, y la decisión *Alvarez Juan*, citadas anteriormente). El Tribunal señala en primer lugar las expresiones utilizadas

por la demandante (párrafo 9 supra). A pesar de no encontrarse en un apartado concreto dedicado a la trascendencia constitucional, tras su lectura el Tribunal puede aceptar que la demandante llevó a cabo un “esfuerzo de argumentación” para justificar la especificidad de sus afirmaciones, no limitándose a reproducir las alegaciones de violación de sus derechos fundamentales (véase *a contrario*, *Morales Rodríguez y Vázquez Moreno*, citada anteriormente, § 40).

39. El Tribunal toma así mismo en consideración el hecho de que la demandante interpuso su recurso de amparo en noviembre de 2009, sólo unos meses después de la sentencia 155/2009, de 25 de junio, del Tribunal Constitucional (véase *Alvarez Juan*, decisión citada anteriormente, § 28). Dicha sentencia aclaraba todavía más los requisitos legales sobre la justificación de la trascendencia constitucional. Además, el hecho de que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado en este caso, concluyendo que el recurso de amparo era inadmisibile por incumplir el requisito de justificar su especial trascendencia constitucional, refuerza el argumento, planteado por el Fiscal en su escrito ante el Tribunal Constitucional, respecto a la ausencia de jurisprudencia constitucional consolidada en el momento de los hechos.

40. A la vista de cuanto antecede, el Tribunal considera que la demandante ha intentado cumplir con el requisito de justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso. Considera asimismo que ha proporcionado a los tribunales internos y, en última instancia, al Tribunal Constitucional la oportunidad de remediar la violación alegada

41. Habida cuenta de las circunstancias particulares del presente asunto, el Tribunal considera que no puede ser declarado inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos Rechaza por tanto la objeción planteada por el Gobierno a este respecto (véase, *a contrario*, *Alvarez Juan*, decisión citada anteriormente, §§ 51 y ss.)

## **2. Demanda sustancialmente igual a una demanda anterior**

42. El Gobierno alega que la presente demanda plantea una cuestión sustancialmente idéntica a la suscitada en la decisión de inadmisibilidat de 27 de abril de 2000 en el asunto *Bijleveld c. Países Bajos* (dec.), n.º 42973/98, de 27 de abril de 2000.

43. La demandante no presentó objeción alguna sobre esta cuestión.

44. El Tribunal recuerda que, con el fin de establecer si una demanda « es esencialmente la misma que una demanda previamente examinada por el Tribunal (...)» de conformidad con el artículo 35.2.b) del Convenio, comprueba si ambas demandas presentadas se refieren esencialmente a la misma persona, mismos hechos y mismas quejas (*Amarandei y otros v. Rumanía*, n.º 1443/10,

§§ 106-111, de 26 de abril de 2016, *Vojnović c. Croacia* (dec.), n.º 4819/10, § 28, de 26 de junio de 2012, y *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza* (n.º 2) [GS], n.º 32772/02, § 63 TEDH 2009). Dado que el primer requisito no se cumple en el presente caso, la objeción del Gobierno debe ser desestimada.

### **3. Falta de la condición de víctima**

45. El Gobierno considera que la demandante no era titular de los derechos que invoca, ya que no eran sus apellidos sino los de su hija los que estaban en juego. El derecho a los apellidos y a su orden en la formación del nombre pertenecía exclusivamente a su hija.

46. La demandante no formula observaciones al respecto.

47. En el presente caso, los tribunales nacionales han reconocido sistemáticamente el *locus standi* de la demandante en el procedimiento de impugnación de la negativa a atribuir a la menor su apellido en primer lugar. Conviene asimismo recordar que Tribunal ha declarado que la elección del nombre del niño o de la niña pertenece a la esfera privada de los padres (véase, en particular, *Guillot v. Francia*, de 24 de octubre de 1996, § 22, *Recopilación 1996-V*, y *Johansson v. Finlandia*, n.º 10163/02, § 28, de 6 de septiembre de 2007). Lo mismo se aplica respecto del apellido (véase *Cusan y Fazzo*, anteriormente citada, § 56).

48. En consecuencia, el Tribunal rechaza la objeción planteada por el Gobierno.

### **4. Conclusión**

49. El Tribunal indica que la reclamación no carece manifiestamente de fundamento ni es inadmisibles por cualquier otro motivo de los relacionados en el artículo 35 del Convenio. Por tanto, debe declararse admisible.

#### **B) Sobre el fondo**

##### **1) Alegaciones de las partes**

###### **a) La demandante**

50. La demandante indica que no se opone al hecho de que la niña se inscribiese con los dos apellidos y subrayó que no pone en cuestión el derecho de ambos progenitores a ver reflejados sus orígenes familiares en los apellidos de sus hijos.

51. Únicamente impugna el hecho de que, en caso de desacuerdo entre los progenitores, la ley prevea, basándose únicamente en el sexo, la inscripción

del apellido paterno con preferencia sobre el materno, sin posibilidad de revisión y sin tener en cuenta las circunstancias particulares del caso.

52. Estos elementos dejan claro que existe discriminación en la redacción del artículo 194 del Reglamento para la aplicación de la ley sobre el Registro Civil. Según la demandante, se trata sin duda de un vestigio discriminatorio de la legislación de los años 50 que impone esta preferencia arcaica. Señala el hecho de que la Ley sobre el Registro Civil y su Reglamento fueron promulgadas en una época en que la legislación favorecía indudablemente a los hombres frente a las mujeres y reforzaban el derecho paterno frente al materno.

53. Asimismo, la demandante recuerda que la nueva Ley del Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio), establece que, en caso de desacuerdo entre los progenitores, corresponde al Encargado del Registro Civil acordar el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor (párrafo 19 supra). Es decir, el propio legislador español consideró necesario poner remedio a la situación discriminatoria existente en el momento de los hechos que se basaba en un modelo de familia patriarcal y obsoleto.

54. Respecto a la seguridad jurídica y el bienestar del menor como razones suficientes para imponer el apellido paterno como primer apellido, la demandante alega que ninguna ventaja existe en llevar el apellido de alguien que nunca ha convivido en la casa en la que reside desde su nacimiento para la menor. Además, considera que la referencia a la seguridad jurídica no justifica la discriminación denunciada.

#### **b) El Gobierno**

55. El Gobierno afirma que en la legislación española no se aprecia discriminación alguna por razón de sexo en materia de apellidos, ni en el momento de los hechos del presente caso ni en la actualidad, en la medida en que, si se determinan ambas filiaciones, los recién nacidos llevan los apellidos de ambas ramas familiares de origen.

56. El Gobierno indica asimismo que no existe discriminación en cuanto al orden en que deben figurar los apellidos, ya que la ley permite que este orden se determine libremente de mutuo acuerdo entre los progenitores. Sólo en caso de desacuerdo, la ley fija este orden por razones de interés público, es decir, la protección de los menores y su seguridad jurídica. Por tanto, la legislación española ofrece una solución provisional en caso de desacuerdo entre los progenitores y hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad, en interés del menor, lo que hace que la medida sea proporcionada al objetivo perseguido. Si la asignación de apellidos no fuera automática, podrían diferir entre hermanos de iguales progenitores, y la extensión de una posible situación contenciosa

sobre el orden de los apellidos durante un periodo más o menos prolongado podría causar problemas para los derechos personalísimos del menor.

57. Por último, el Gobierno considera que, en cualquier caso, la legislación española vigente en el momento de los hechos se inscribía en el margen de apreciación que el Tribunal reconoce a los Estados parte, sobre la base de un razonamiento objetivo y de interés público (*Bijleveld*, citado anteriormente). Observa en especial que la modificación de la legislación interna en materia de atribución de apellidos, plasmada en la Ley 20/2011, de 21 de julio, no implicaba que la normativa existente en el momento de los hechos del presente caso fuese contraria al Convenio. A su juicio, el Estado, en el ejercicio de su margen de apreciación, había elegido entre dos posibilidades conformes con el Convenio.

## **2. Valoración del Tribunal**

### **a) Sobre la aplicación del artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 8.**

58. Teniendo en cuenta que el objeto de la presente demanda es la supuesta discriminación de la demandante como consecuencia del orden asignado al apellido de su hija menor de edad, el Tribunal considera que resulta de aplicación el artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 8 (véase, entre otros, *Ünal Tekeli*, citado anteriormente, § 42, TEDH 2004 X, *Losonci Rose y Rose c. Suiza*, n.º 664/06, § 26, de 9 de noviembre de 2010, y *Garnaga c. Ucrania*, n.º 20390/07, § 36, de 16 de mayo de 2013).

### **b) Sobre la observancia del artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 8**

#### **i. Principios generales**

59. El Tribunal se remite a los principios generales previstos en el asunto *Cusan y Fazzo*, citado anteriormente, §§ 58-61.

#### **ii. Aplicación de los principios generales en el presente caso**

##### **α) Sobre la existencia de una diferencia de trato entre personas que se encuentran en situaciones similares**

60. El Tribunal señala que la norma vigente en el momento de los hechos preveía que, en caso de desacuerdo entre los progenitores, el apellido paterno era atribuido automáticamente al niño. Esta norma se derivaba de varias disposiciones de derecho interno (artículo 109 del Código Civil y artículo 194 del Reglamento de la Ley del Registro Civil).

61. Como señala el Gobierno, es cierto que el artículo 194 del Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil fue modificado por la Ley 20/2011, que prevé que en caso de desacuerdo entre los progenitores corresponde al Encargado del Registro Civil decidir el orden de los apellidos del niño, tomando como criterio principal el interés superior del menor. No obstante, estas disposiciones no se aplicaron a la hija de la demandante, que ahora tiene dieciséis años. Además, la aplicación automática de la legislación anterior no permitió a los jueces tener en cuenta las quejas de la demandante; por ejemplo, la insistencia inicial de J.S.T.S. para convencerla de que interrumpiera su embarazo, o el hecho de que la niña hubiese llevado el apellido de la madre desde su nacimiento y durante más de un año, a falta del reconocimiento inmediato del padre (párrafos 5 y 6 supra).

62. A la vista de cuanto antecede, el Tribunal considera que en el presente caso dos individuos en una situación similar, es decir, la demandante y el padre de la niña, fueron tratados de manera diferente sobre la base de una diferencia basada exclusivamente en el sexo.

β) Sobre la cuestión de si hubo una justificación objetiva y razonable

63. En el presente, no le corresponde al Tribunal determinar con carácter general si el régimen de nombres utilizado en España es o no conforme con el Convenio, sino que deberá examinar si la “diferencia de trato” por razón de sexo, que en el momento de los hechos suponía escoger el apellido paterno en caso de desacuerdo entre los progenitores, es contraria al artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio.

64. En caso de que una política o medida general tenga efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre un grupo de personas, no puede descartarse la posibilidad de que se considere discriminatoria aunque no esté específicamente dirigida a dicho grupo (véase, *mutatis mutandis*, *McShane c. Reino Unido*, n.º 43290/98, § 135, de 28 de mayo de 2002). Además, sólo circunstancias muy sólidas pueden llevar al Tribunal a considerar compatible con el Convenio una diferencia de trato basada exclusivamente en el sexo (*Willis c. Reino Unido*, n.º 36042/97, § 39, TEDH 2002 IV, *Schuler-Zraggen c. Suiza*, de 24 de junio de 1993, § 67, Serie A n.º 263, y *Losonci Rose y Rose*, citado anteriormente, § 80).

65. Correspondía a las autoridades nacionales encontrar en este caso un equilibrio justo entre los distintos intereses en juego, que eran, por una parte, el interés privado de la demandante en cambiar el apellido de su hija, y por otra el interés público en regular la elección de los apellidos.

66. Resulta evidente que el contexto social actual en España no se corresponde con el existente en el momento de la adopción de la ley vigente aplicable al caso en cuestión. Así, desde la década de los años 50, se han producido en el país numerosos cambios sociales que han permitido adaptar la legislación interna a los instrumentos internacionales vigentes y abandonar el concepto patriarcal de familia predominante en el pasado. España, miembro del Consejo de Europa desde el 24 de noviembre de 1977, ha cumplido sus compromisos en este sentido y ha adoptado numerosas medidas encaminadas a lograr la igualdad entre mujeres y hombres en la sociedad española, de conformidad con las resoluciones y recomendaciones adoptadas en el seno de la Organización (párrafos 24-25 supra). La Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres o la creación de la Comisión Interministerial para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, regulada por Real Decreto 1370/2007, de 19 de octubre, son ejemplos de dicha evolución (párrafos 20 y 21 supra). Por otra parte, la modificación introducida por la Ley 20/2011 invocada por el Gobierno en el presente asunto (párrafo 57 supra) supone un avance significativo. En el preámbulo de dicha ley, el legislador considera la modificación de dicha disposición como una forma de acercar la ley a la nueva realidad social española, priorizando la consecución de la igualdad sobre el mantenimiento de tradiciones que pudieran obstaculizarla. El Tribunal toma nota de dicha evolución, pero señala que era el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil el que se aplicó en el presente caso, y recuerda que las referencias a presuntas tradiciones generales o actitudes sociales mayoritarias imperantes en un determinado país no bastan para justificar una diferencia de trato basada en el sexo (*Konstantin Markin c. Rusia* [GS], n.º 30078/06, § 127, TEDH 2012 (extractos), *Yocheva y Ganeva c. Bulgaria*, n.º 18592/15 y 43863/15, § 102, de 11 de mayo de 2021, y *Ünal Tekeli*, citado anteriormente § 63).

67. El Gobierno descarta la existencia de discriminación alegando que la hija de la demandante podía, si así lo deseaba, cambiar el orden de sus apellidos una vez cumplidos los dieciocho años. Además del impacto indudable que una medida de semejante duración puede tener sobre la personalidad e identidad de una menor, que deberá llevar en primer lugar el apellido de un padre al que sólo está unida biológicamente, el Tribunal no puede pasar por alto las repercusiones en la vida de la demandante: como representante legal que ha compartido la vida de su hija desde su nacimiento, la demandante sufre a diario las consecuencias de la discriminación que supone la imposibilidad de cambiar el apellido de su hija. Conviene recordar en este punto que hay que distinguir entre los efectos de la determinación del apellido en el momento del nacimiento y la posibilidad de cambiarlo a lo largo de la vida (véase *Cusan y Fazzo*, citado anteriormente, § 62).

68. A juicio del Tribunal, desde el punto de vista del Convenio no se justifica el carácter automático de la aplicación de la ley en cuestión, que ha impedido a los tribunales tener en cuenta las circunstancias particulares del caso (párrafo 61 supra). Si bien la norma según la cual el apellido paterno debe atribuirse en primer lugar en caso de desacuerdo entre los progenitores puede ser necesaria en la práctica y no es necesariamente contraria al Convenio (véase, *mutatis mutandis*, *Losonci Rose y Rose*, citado anteriormente, § 49), la imposibilidad de derogarla es excesivamente rigurosa y discriminatoria para las mujeres (*Cusan y Fazzo*, citado anteriormente, § 67). El Tribunal comparte así la opinión del Ministerio Fiscal expresada en su escrito ante el Tribunal Constitucional (párrafo 12 supra).

69. Por último, aunque la seguridad jurídica puede manifestarse por la elección de anteponer el apellido paterno, también puede manifestarse mediante el apellido materno (*Burghartz c. Suizq*, de 22 de febrero de 1994, § 28, serie A no 280B).

#### y) Conclusión

70. En definitiva, el Tribunal considera que los motivos alegados por el Gobierno no son suficientemente objetivos y razonables para justificar la diferencia de trato sufrida por la demandante. Se ha producido por tanto una violación del artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio.

## II. SOBRE LA PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO UNO DEL PROTOCOLO EL DOCE DEL CONVENIO

71. La demandante alega que la negativa a cambiar el apellido de su hija menor de edad supone una discriminación contraria al artículo 1 del Protocolo 12 del Convenio, que establece lo siguiente:

“1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1”.

72. Las partes reiteraron los argumentos expuestos en los párrafos 50 a 57 anteriores respecto al artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio.

73. En vista de la conclusión alcanzada por el Tribunal anteriormente expuesta en relación con los artículos 14 y 8 del Convenio, resulta innecesario examinar

por separado sí, en el presente caso, se ha producido asimismo una violación del artículo 1 del Protocolo 12 del Convenio (*Guberina c. Croacia*, no 23682/13, § 107, de 22 de marzo de 2016).

## I. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

74. El artículo 41 del Convenio dispone lo siguiente:

“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

### B) Daños

75. La demandante reclama 10.000 euros por los daños morales y el sufrimiento psicológico que estima haber padecido.

76. El Gobierno se opone a dicha reclamación.

77. El Tribunal considera que la demandante ha sufrido un daño moral que no se repara únicamente mediante la constatación de vulneración del artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio. Decide por tanto conceder a la demandante la cantidad solicitada, es decir, 10.000 euros en concepto de daños morales, más la cantidad que pueda corresponder en concepto de impuestos.

### C) Gastos y costas

78. La demandante presenta una factura *proforma* y reclama 17.575 euros en concepto de costas y gastos incurridos en el procedimiento seguido ante los tribunales nacionales, y de 6.278,22 euros en concepto de costas y gastos incurridos en el procedimiento seguido ante este Tribunal.

79. El Gobierno considera excesivas dichas cantidades

80. De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, un demandante tiene derecho al reembolso de sus costas y gastos únicamente si se demuestra que son reales, necesarios y razonables en cuanto a su cuantía. En el presente caso, habida cuenta de la documentación obrante en su poder y de los criterios antes mencionados, el Tribunal considera razonable conceder a la demandante el importe de 23.853,22 euros por todos los gastos, más cualquier importe que pueda devengarse sobre dicha cantidad en concepto de impuestos.

### D) Intereses de demora

81. El Tribunal considera adecuado aplicar un tipo de interés moratorio sobre la base del tipo de interés marginal interbancario establecido por el Banco Central Europeo incrementado en tres puntos porcentuales.

**POR CUANTO ANTECEDE, ESTE TRIBUNAL, UNÁNIMEMENTE**

1. *Declara* admisibles las quejas respecto al artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio;
2. *Afirma* que ha habido una violación del artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio;
3. *Afirma* que no es necesario examinar la admisibilidad y el fondo de las quejas en virtud del artículo 1 del Protocolo 12 del Convenio;
4. *Afirma*,
  - a) Que el Estado demandado deberá abonar a la demandante, en un plazo de tres meses desde la firmeza de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, los siguientes importes:
    - i. 10.000 euros (diez mil euros) en concepto de daños morales;
    - ii. 23.853,22 euros (veintitrés mil ochocientos cincuenta y tres euros con veintidós céntimos) en concepto de gastos y costas;
    - iii. más cualquier cantidad que deba pagar la demandante en concepto de impuestos sobre dichos importes;
  - b) Que desde el vencimiento de los citados tres meses hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre las cantidades anteriores igual al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento.

Redactado en francés y notificado por escrito el 26 de octubre de 2021, de conformidad con las reglas 77.2 y 3 del Reglamento del Tribunal.

Milan Blaško Secretario	Georges Ravarani Presidente
----------------------------	--------------------------------

# LA VIVIENDA FAMILIAR: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

ALEJANDRO TOFIÑO PADRINO

*Letrado de la Administración de Justicia – Doctor en Derecho*

## **RESUMEN**

*Si se pretende abordar el procedimiento judicial de división de la que fue vivienda familiar del matrimonio, con carácter previo, y debido a su importancia, debemos analizar en profundidad varias cuestiones referidas al objeto de la pretensión divisoria, fundamentalmente el controvertido concepto de vivienda familiar, acudiendo para ello a la doctrina científica y jurisprudencial, al carecer nuestro Código Civil de una definición. Seguidamente, ha de delimitarse de otras figuras afines y estudiarse la constitución de la vivienda con la cualidad de familiar, así como los caracteres que tradicionalmente se han imputado a la morada para que adquiera dicha condición de familiar. Este análisis finaliza con la revisión de algunos supuestos problemáticos en los que se discute la existencia de una vivienda en los términos descritos.*

## **PALABRAS CLAVE**

*Crisis del matrimonio, uniones de hecho, vivienda familiar, propuestas de definición, caracteres, casos dudosos.*

## **THE FAMILY HOME: TERMINOLOGICAL CLARIFICATIONS**

### **ABSTRACT**

*If we intend to deal with the judicial procedure for the division of what was the family home of the couple, firstly, and due to its importance, we must analyse in depth several questions referring to the object of the divisional claim, fundamentally the controversial concept of family home, turning to scientific and jurisprudential doctrine, as our Civil Code lacks a definition. It is then necessary to distinguish it from other related concepts and to study the constitution of the dwelling as a family dwelling, as well as the characteristics that have traditionally been attributed to the dwelling in order for it to acquire the status of a family dwelling. This analysis ends with a review of some problematic cases in which the existence of a dwelling in the terms described is discussed.*

### **KEY WORDS**

*Marriage crisis, de facto couples, family housing, definition proposals, characters, doubtful cases.*

## SUMARIO

1. Introducción .....	6
2. Concepto de vivienda familiar en la doctrina y en los tribunales .....	9
2.1. Propuestas de definición .....	9
2.2. Delimitación de otras figuras afines .....	14
3. Constitución de la vivienda familiar .....	20
3.1. Afectación .....	20
3.2. Ocupación .....	22
4. Caracteres de la vivienda familiar protegida por la normativa del Código Civil ..	24
4.1. Familiar .....	24
4.1.1. Amplitud del término «familiar» .....	24
4.1.2. Vivienda familiar de las uniones de hecho .....	29
4.2. Inmueble .....	38
4.3. Habitabilidad .....	41
4.4. Actualidad .....	44
4.5. Habitualidad .....	47
4.6. Convivencia .....	51
5. Supuestos controvertidos .....	53
5.1. Locales comerciales o espacios dedicados a una actividad profesional ...	53
5.2. Trasteros y garajes .....	57
5.3. Pluralidad de viviendas .....	64
5.4. Segundas residencias de ocio .....	67
5.5. Heredades rústicas .....	74
5.6. Dependencias habitables anexas .....	75
6. División material de la vivienda familiar .....	77
7. Conclusiones .....	84
8. Bibliografía .....	90

## 1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la acción de división de la cosa común, en general, presenta múltiples aristas e incontables problemas interpretativos, pero si su objeto es la vivienda familiar tales escayos se acrecientan por las particularidades que concurren, que la diferencian de la *actio communi dividundo* de cualquier otro bien o derecho. Esas singularidades traen causa del contexto social y personal en que tienen lugar (la familia, que es objeto de protección a todos los niveles, máxime si hay hijos habidos en común), y de los intereses puestos en juego (especialmente económicos, por la inversión de recursos familiares que se destinan a su adquisición, conservación y mejora).

Existe, incluso, un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones necesarias y establezcan las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 Constitución española). Sabemos que nos encontramos ante un principio rector de la política económica y social que obliga a los diferentes poderes públicos a llevar una política de vivienda fundamentada en dos líneas de actuación: regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación y la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. Pero, aunque el derecho a disfrutar de una vivienda digna no sea un derecho subjetivo de crédito frente al Estado, la importancia de la materia se observa en la inclusión en nuestro máximo texto legal de un específico mandato al legislador, y su importancia no es residual. No olvidemos que es un principio rector de las políticas económicas y sociales de todos los entes públicos, y que, como nuestra Constitución establece, España se configura como un «Estado social y democrático de Derecho», lo que viene a implicar, en palabras del Tribunal Constitucional, «una acción tuitiva del más débil o desvalido [...], para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9.º de la Constitución y, con ella, la justicia»<sup>1</sup>.

Así pues, no es aventurado afirmar que la división de la vivienda familiar exige un añadido de atención y meticulosidad en su desenvolvimiento judicial, debido a la «trascendencia legal, económica, social e individual de la vivienda, refugio vital de la persona con protección constitucional»<sup>2</sup>. Constituye, además, «el bien de mayor valor patrimonial al que los cónyuges acceden tras realizar un gran esfuerzo económico, con cargas hipotecarias que absorben gran parte de los ingresos familiares»<sup>3</sup>.

1. STC 123/1992, de 28 de septiembre (BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992).
2. ANGUITA RÍOS, «El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja», en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 14, julio 2011, p. 113.
3. CUENA CASAS, «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 276.

En cuanto a su reglamentación, debe distinguirse entre vivienda familiar, en general, y vivienda familiar sujeta al régimen específico de protección dispuesto en el Código Civil. En ambos supuestos nos encontramos con un espacio que comparte en esencia las mismas características, solo que la relación existente entre sus moradores (unión matrimonial, unión de hecho) condiciona el régimen legal a la que queda sujeta la respectiva morada.

Igualmente, ha de diferenciarse entre vivienda familiar en situación de normalidad del matrimonio, con independencia del régimen económico por el que se rija (art. 1320 CC) y vivienda familiar en el contexto de crisis conyugal (arts. 90, 91, 96, 103 y 104 CC). Así, tomando como referencia los respectivos contenidos de los artículos 96.3 y 1320 del CC, resulta que el primer precepto establece el destino del uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, esto es, en situación de crisis matrimonial, mientras que el segundo tiene como ratio «impedir que uno de los cónyuges, por ser el propietario o arrendatario de la vivienda, pueda dejar en la calle o en una casa sin muebles al otro cónyuge o a los demás miembros de la familia»<sup>4</sup> y, por tanto, aplicable a matrimonios en situación de normalidad. En cualquier caso, de la literalidad de los textos legales se desprende que su aplicación se circunscribe a la unión matrimonial, o, en su caso, a la formada por quienes fueron cónyuges.

La vivienda de los convivientes de hecho es también vivienda familiar, solo que la decisión de sus componentes de no conformar un matrimonio tiene ciertas repercusiones, entre ellas, que dicha vivienda no goce del régimen de protección específico que prevé el Código Civil en los preceptos antes citados, ya durante la vigencia de la pareja ya a su finalización. Con todo, y como se analizará con detalle en un apartado concreto, la jurisprudencia ha dado pie, mediante la aplicación de la técnica analógica del contenido del artículo 96.1 del Código Civil, a que, dándose ciertas circunstancias, quepa decidir judicialmente sobre la atribución del uso de la que fue vivienda familiar.

El objeto del presente estudio, para ir centrándolo, es el análisis del controvertido concepto de vivienda familiar, como paso previo a abordar su división judicial contenciosa. Vivienda familiar que pertenece *pro indiviso* a los excónyuges, como resultado de la liquidación del régimen económico que regía en su matrimonio. Aunque vayamos a ceñir nuestro discurso a la que fue vivienda del matrimonio, ello no obsta para que, a efectos prácticos, la disciplina sea asimismo aplicable a la propia de la ex pareja de hecho, con las puntualizaciones que se irán destacando en cada momento.

No es este el lugar apropiado para abordar el análisis de las operaciones divisorias del régimen económico matrimonial y los efectos de las mismas. Nos basta con saber, respecto de aquellas, que persiguen, «manteniendo íntegros los patrimonios privados

---

4. MUÑOZ DE DIOS, «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVII, 1987 (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 18 de abril de 1985), p. 221.

de los cónyuges, el reparto de los bienes ganados durante el consorcio»<sup>5</sup>; y en cuanto a estos, que la primera y fundamental consecuencia de la división es «la atribución, en propiedad exclusiva, de la parte de la cosa que se le haya adjudicado o el precio que le haya correspondido. La cuota ideal deviene así en porción efectiva de la cosa o de su precio. La división determina o especifica derechos»<sup>6</sup>.

Como resultado de la división, es frecuente que permanezca algún bien en proindiviso a favor de los integrantes de la extinta comunidad posganancial, pero en este caso, y a consecuencia de la liquidación del régimen económico del matrimonio, constituirá una comunidad ordinaria. Es el caso, habitual en el foro, de la vivienda familiar: un bien que pertenece en común a los dos excónyuges que, a consecuencia de la liquidación de su sociedad de gananciales, de la partición y atribución de los diversos bienes que componen el patrimonio ganancial, tal bien, la vivienda familiar, es adjudicado a cada uno de ellos al cincuenta por ciento, en proindiviso ordinario.

Puede ocurrir también que exista un único bien en el activo de la sociedad de gananciales, y de no haber pasivo, su disolución por la sentencia de nulidad, separación o divorcio no da lugar realmente a una comunidad posmatrimonial, ya que la misma carece de sentido, dando paso, sin más, a una comunidad propia de los artículos 392 a 399 del Código Civil, de modo que no es necesario acudir a la liquidación de la sociedad de gananciales y sí es posible ejercitar la acción de división de la cosa común de los artículos 400 y siguientes del mismo texto legal<sup>7</sup>.

Como quiera que la ley dispone que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad, pudiendo pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común, es frecuente que uno de los dos excónyuges copropietarios, ante la falta de acuerdo entre ellos, acuda a los tribunales para obtener la deseada extinción del condominio sobre la vivienda.

El tema central de este trabajo es, por tanto, sencillo en teoría, pero las dificultades empiezan pronto, precisamente con el concepto y caracterización de la vivienda familiar, debido a diversos factores (como la indefinición legal, la inconstancia de la jurisprudencia y la multiplicidad de las opiniones doctrinales), de los que daremos cumplida cuenta acto seguido.

---

5. LACRUZ BERDEJO / SANCHO REBULLIDA / LUNA SERRANO / DELGADO ECHEVERRÍA / RIVERO HERNÁNDEZ / RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil*, t. IV: *Familia*, Madrid: Dykinson, 2010: 4.ª ed. (revisada y puesta al día por Rams Albesa), p. 241.

6. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil 3: Derechos reales e hipotecario*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 157. Definición, por otra parte, que está en consonancia con la posición dominante hoy día en la doctrina científica y jurisprudencial de la tesis determinativa o especificativa de la división de la cosa común. *Vid.* al respecto, TOFIÑO PADRINO, «Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria: su efecto determinativo o especificativo según la jurisprudencia del TS», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 763, 2017, pp. 2661-2679 y la bibliografía allí recogida.

7. MONTERO AROCA, *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008: 3.ª ed., p. 105.

## 2. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR EN LA DOCTRINA Y EN LOS TRIBUNALES

Nuestro Código Civil no ofrece una definición de vivienda familiar, lo que, a nuestro entender constituye un acierto. Todo concepto legal corre el peligro, además de quedar impregnado del inevitable e indeseado sesgo ideológico, de quedar superado por la rápida evolución social.

No somos partidarios de los preceptos ambiguos, susceptibles de diferentes interpretaciones, y, menos aún, de los vacíos legales, porque, tanto en un caso como en el otro, la experiencia nos ha demostrado que desembocan, las más de las veces, en flagrantes violaciones del denostado principio de seguridad jurídica.

Con todo, en ocasiones, la omisión deliberada puede estar justificada por diversas y atendibles razones, como el componente o sustrato social que puede tener un instituto jurídico y que, por ello, presenta una cierta propensión a variar en paralelo al cambio de la opinión de las masas o discurrir de los tiempos. Además, no puede ignorarse que resulta imposible, rayano en la esquizofrenia legislativa, copar toda la realidad con leyes, normas, preceptos, reglamentos y demás sinónimos expresivos de la actividad reguladora de los poderes públicos.

Por ello resulta conveniente que los conceptos y caracteres de ciertos institutos jurídicos sean ofrecidos por la doctrina y la jurisprudencia, generalmente más receptivos a los cambios y flexibles en adaptarse a los mismos. Y un ejemplo evidente es el de vivienda familiar. Veamos cómo se han explicado los autores y tribunales.

### 2.1. Propuestas de definición

Las definiciones que pueden adoptarse son múltiples, según el aspecto que quiera destacarse, y no suelen ser unidireccionales pues, en gran parte de los casos, son completadas con adiciones relativas, fundamentalmente, a los presupuestos que convierten una vivienda en familiar. No por ello podemos dejar de observar varios posicionamientos a partir de un elemento predominante.

En primer lugar, nos encontramos con aquellos que estudian la vivienda desde una *perspectiva constitucional*. Se sostiene que el análisis de la Constitución no conduce a un concepto ni a un régimen jurídico único y preciso de vivienda familiar, si bien permite deducir unas coordenadas dentro de la cuales caben conceptos y regímenes de protección, todos ellos igualmente constitucionales con unos límites que marcarían los confines de la franja de constitucionalidad en esta materia. Desde este punto de vista, ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA<sup>8</sup> ofrece el siguiente concepto de vivienda familiar: «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugal y de filiación».

---

8. «Constitución y vivienda familiar», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1986, pp. 48-49.

Una vivienda en cuyo ámbito no se diesen ninguno de estos tipos de relaciones no entraría en los ejes conceptuales que se infieren de la Constitución para la vivienda familiar.

Si esta definición remarca el carácter de espacio donde interactúan los miembros de la familia (cónyuges entre sí y, en su caso, con sus hijos), otros autores se centran más en la estructura que constituye, en su *vertiente material*, la vivienda. Quizá el concepto más paradigmático de esta corriente doctrinal, pero también la que menos información proporciona, es la ofrecida por ELORRIAGA DE BONIS<sup>9</sup>, al afirmar que «La “vivienda familiar” es el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia». Ciertamente, después, desarrolla ampliamente los requisitos que ha de reunir la vivienda familiar, pero la definición ahí queda propuesta<sup>10</sup>.

Otro sector doctrinal, mucho más neutral al referirse al espacio (de hecho, suelen emplear el término extraordinariamente impreciso de «lugar»), se implica en los *caracteres que ha de revestir*. De esta forma, HERRERO GARCÍA<sup>11</sup> habla de «lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar». También a la habitabilidad se refiere MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ<sup>12</sup>, si bien en su propuesta incluye alguna matización más: «Por *vivienda habitual* hay que entender el lugar habitable en que se desarrolla, actualmente, y con habitualidad, la convivencia familiar». Y aún más la de RODRÍGUEZ LÓPEZ<sup>13</sup>, al entender que de la dicción del artículo 1320, párr. 1.º, del Código Civil se desprenden los tres elementos

9. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A., 1995, p. 194.

10. Siguen esta línea otros muchos autores, como SERRANO GÓMEZ, *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Editorial Tecnos (col. Jurisprudencia práctica), 1999, pp. 11-12, al referirse a «aquel edificio destinado a ser habitado. Si a ello le añadimos el adjetivo familiar se entiende aquel edificio o construcción destinado a ser habitado por un conjunto de personas que forman una familia». Ofrece una segunda definición, que, nuevamente, incide en el mismo aspecto apuntado, aunque con una mayor amplitud de miras, concreta la finalidad última de la vivienda: «aquella superficie terrestre que, reuniendo los requisitos esenciales de habitabilidad y poseída en virtud de algún título jurídico, sirve para dar cumplimiento de los fines individuales y familiares». O, por citar otro ejemplo, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 588, septiembre-octubre 1988, p. 1586, cuando sostiene que «El término vivienda es sinónimo de morada o habitación. Esta se define como el edificio o parte de él que se destina para ser habitado. Y añadiéndole a ese concepto la connotación de familiar, tendríamos que decir que vivienda familiar es el edificio o parte de él que se destina a ser habitado por una familia».

11. Comentario al artículo 1320, en Paz-Ares Rodríguez / Díez-Picazo y Ponce de León / Bercovitz / Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid: Secretaría General Técnica - Centro de Publicaciones, 1991, p. 588.

12. «Capítulo 9. La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en Martínez de Aguirre Aldaz (coord.) / de Pablo Contreras / Pérez Álvarez, *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia*, Madrid: Colex, 2013: 2.ª ed., p. 212.

13. «Notas sobre la vivienda habitual de la familia. (En turno de rectificación)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 553, 1982, p. 1606.

indispensables para que el hogar pueda ser calificado de familiar: (i) debe tratarse de una edificación habitable; (ii) ocupada de hecho y con habitualidad; y (iii) habitada por la familia<sup>14</sup>.

Otras definiciones hacen hincapié en los posibles *elementos personales* implicados. Así sucede con la propuesta de CARRERAS MARAÑA<sup>15</sup>, al considerar que la vivienda familiar «podría calificarse como bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario y goza de una especial protección». Definición claramente inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se comprobará.

Ciertos autores destacan la *función social* que cumple la vivienda. Es el caso de RAMS ALBESA<sup>16</sup> al afirmar que la vivienda familiar cumple una función desproporcionadamente importante,

pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de

---

14. En este grupo puede situarse también a CARCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 582, 1987, p. 1141, al definir la vivienda habitual de la familia como «aquel bien, en la mayoría de los casos inmueble, donde se desarrolla con regularidad la vida de la familia basada en un matrimonio, en tanto sea ocupada por cualquier familiar en sentido estricto, y en tanto no se haya solicitado o producido la separación legal, nulidad o divorcio del matrimonio o su disolución por muerte»; CHAPARRO MATAMOROS, *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 59, para quien, «en línea de principio, cabe decir que no todas las viviendas pueden ser consideradas familiares a estos efectos, sino, únicamente, aquella en la que se desarrolla la convivencia familiar de forma habitual y continuada hasta que sobreviene la crisis familiar»; GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020, p. 47, al sostener que «De toda la variedad de conceptos que ofrece tanto la doctrina como la jurisprudencia podemos concluir que, aunque se utilicen definiciones distintas para referirse a la vivienda familiar, todos ellos coinciden en que la vivienda familiar es el lugar donde periódicamente y con asiduidad desarrolla la vida diaria la familia»; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia y de la persona*, vol. 6: *Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, Barcelona: Editorial Bosch, S.A. 2007, p. 341, quien conceptúa la vivienda familiar como el «recinto o espacio comprendido dentro de ciertos límites, que constituye el centro de la vida de una familia, con carácter habitual, permanente e intencionado».

15. «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda», en Larrosa Amante (dir.), *Derecho Inmobiliario: problemática actual*, t. 1, Madrid: Consejo General del Poder Judicial – Centro de Documentación Judicial (Manuales de Formación Continuada, 50 - 2009), 2010, p. 49.

16. *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Editorial Tecnos (col. Semilla y Surco, Serie Derecho), 1987, p. 99.

la nacionalidad de origen. Si a estos datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión de demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquirente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes.

Igualmente nos encontramos con quienes acuden al recurso de *interrelacionar términos*, aparentemente, equiparables. ESPIAU<sup>17</sup>, después de dedicar todo un capítulo de su monografía a desarrollar el concepto de domicilio conyugal, sostiene, a modo de recapitulación, que la vivienda familiar constituye «la sede del domicilio conyugal, el lugar donde se localiza el desarrollo de la relación conyugal». O, significativamente, SANTOS BRIZ<sup>18</sup>, quien, de forma algo anárquica, defiende que vivienda equivale a domicilio, «pues es difícil concebir que la vivienda no sea el domicilio de la misma, es decir, el lugar de su residencia habitual para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles (art. 40 del C.c.)». Y no solo eso, puesto que, para este autor, el concepto de hogar puede considerarse también equivalente a vivienda.

Finalmente, están las definiciones elaboradas teniendo presente la *crisis matrimonial*, de manera que, según PINTO ANDRADE<sup>19</sup>, tiene la consideración de vivienda familiar «el lugar donde habitualmente convivía la familia y desarrollaba su vida diaria en el momento de suscitarse la ruptura convivencial».

Ya en sede jurisprudencial, de genérica o inconcreta puede tildarse la aproximación que da la muy citada STS 1191/1994, de 31 de diciembre (FJ 2.º): «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario»<sup>20</sup>. Esta resolución, no obstante, presenta el interés de introducir un nuevo aspecto a considerar, cual es el título jurídico por el que se disfruta de la vivienda. Al respecto se ha precisado que resulta indiferente para su calificación como vivienda familiar el título jurídico que otorga el derecho a ocupar la vivienda, ya se trate de un derecho basado en el régimen de propiedad o en cualquier otro, como

---

17. *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1992, p. 73.

18. «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1986, p. 211.

19. *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Barcelona: Editorial Bosch, S.A. (Col. Práctica Jurídica), 2011, p. 41.

20. Reproducen estas mismas palabras las SAP de: Almería (Secc. 3.ª) 139/2002, de 13 de junio (FJ 2.º); Zamora (Secc. 1.ª) 17/2003, de 22 de enero (FJ 2.º); Barcelona (Secc. 18.ª) 502/2004, de 29 de junio (FJ 1.º); Guadalajara (Secc. 1.ª) 25/2006, de 8 de febrero (FJ 1.º); Castellón (Secc. 3.ª) 376/2008, de 4 de septiembre (FJ 2.º); Toledo (Secc. 1.ª) 259/2009, de 2 de octubre (FJ 1.º); Madrid (Secc. 24.ª) 117/2012, de 6 de febrero (FJ 1.º); Málaga (Secc. 6.ª) 305/2014, de 30 de abril (FJ 4.º); La Rioja (Secc. 1.ª) 208/2015, de 14 de julio (FJ 2.º); Alicante (Secc. 9.ª) 314/2018, de 22 de junio (FJ 4.º); y Cádiz (Secc. 5.ª) 935/2020, de 9 de septiembre (FJ 1.º), entre otras muchas.

puede ser el arrendamiento, el uso, el usufructo o el precario<sup>21</sup>. Por bien no patrimonial ha de entenderse «en el sentido de subordinar su valor o utilidad económica a la satisfacción de las necesidades familiares»<sup>22</sup>.

Más completa, al abarcar las finalidades material y espiritual de la vivienda, es la definición que puede encontrarse en la STS 1085/1996, de 16 de diciembre (FJ 7.º): «reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos»<sup>23</sup>.

Hay resoluciones que recalcan igualmente la dimensión constitucional de la vivienda familiar, como la STS 31/2017, de 19 de enero (FJ 2.º), al sostener que «la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna».

En la denominada jurisprudencia menor encontramos también diferentes acepciones, que suelen compaginar la doctrina emanada del Tribunal Supremo con elementos destacados por la doctrina científica. Así, la SAP de Las Palmas (Secc. 5.ª) 587/2005, de 17 de noviembre (FJ 3.º), después de atender al aspecto material al afirmar que «La vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos, (hijos)», acude a su finalidad de «núcleo básico» de la convivencia como «el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos», para retornar a la vertiente física, pues entiende que «Tal espacio puede tener diferente forma, (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas, (parientes o no), o familias», y finalizar con lo que caracteriza y diferencia a la vivienda de otros espacios o lugares, que es el hecho de simbolizar y encarnar uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar<sup>24</sup>.

Identificando dos términos distintos, la SAP de Cáceres (Secc. 1.ª) 138/2011, de 13 de abril (FJ 3.º), sostiene que «domicilio o vivienda familiar será aquel donde habitualmente

---

21. GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2019, p. 108.

22. SAP de Navarra (Secc. 2.ª) 82/2010, de 17 de junio (FJ 3.º).

23. A esta resolución se remiten también las SAP de Castellón (Secc. 3.ª) 376/2008, de 4 de septiembre (FJ 2.º); Navarra (Secc. 2.ª) 82/2010, de 17 de junio (FJ 3.º); y La Rioja (Secc. 1.ª) 208/2015, de 14 de julio (FJ 2.º), por citar algunas. Resoluciones estas que citan igualmente la STS 1191/1994 (*vid. n. 20*).

24. A esta misma definición se remite la SAP de Las Palmas (Secc. 3.ª) 371/2007, de 28 de septiembre (FJ 3.º).

se localiza a ambos cónyuges y se ejerce la relación jurídica existente entre ellos, es decir, los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, y entre ellos, el deber de convivencia».

La definición ofrecida por la SAP de Madrid (Secc. 22.ª) 465/2012, de 22 de junio (FJ 2.º), de tan omnicompreensiva, se hace un tanto caótica, ofreciendo una amalgama de criterios legales, jurisprudenciales y sociales, concatenando términos en complicada secuencia: vivienda familiar es:

aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación, es decir el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar, en definitiva la vivienda habitual de la familia o lo que es lo mismo la vivienda principal donde reside normalmente la familia, pudiendo por lo tanto serlo cualquier dependencia que permita la efectiva realización de la vida en común, concluyendo con criterios empíricos y realistas que es el lugar donde residen los cónyuges con habitualidad poniendo el acento en las funciones de convivencia entre sus miembros, de cobijo y alimentación, asistencia y formación relativas a las necesidades de los miembros del grupo familiar.

Finalmente, la SAP de Cádiz (Secc. 5.ª) 66/2015, de 9 de febrero (FJ 1.º y único), incide especialmente en los intereses del grupo familiar, más relevantes que los propios de cada miembro. Por ello, después de plasmar diferentes conceptos («además de la que recoge la sentencia del TS de 31-12-94, se define como vivienda familiar “aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación”; “el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar” o “el lugar donde residen los cónyuges y sus hijos con habitualidad”»), concluye sosteniendo que, en suma, es la «vivienda afecta a cubrir las necesidades de todos los miembros de la familia y no sólo de uno de ellos».

A la habitabilidad, actualidad, habitualidad y ocupación haremos referencia más sosegada en apartados posteriores. En el siguiente epígrafe trataremos la identificación entre vivienda familiar y domicilio conyugal, así como otros emparejamientos habituales, con la intención de fijar, en la medida de lo posible, el alcance de todas las expresiones jurídicas empleadas en multitud de ocasiones como referidas a la misma realidad.

## 2.2. Delimitación de otras figuras afines

El Código Civil, que no ofrece una definición de vivienda familiar, utiliza diversos términos para referirse a una misma realidad: domicilio conyugal (arts. 70 y 105), domicilio familiar (arts. 82.1, párr. 2.º *in fine* y 93, párr. 2.º), vivienda (art. 90.1.c), vivienda familiar (arts. 91, párr. 1.º, 103.2.ª y 1357), vivienda habitual (arts. 1320 y 1321), residencia habitual (art. 1406), hogar familiar (art. 1362.1.ª, párr. 2.º). Para el sentir mayoritario de la doctrina, en términos generales, todas estas normas no aluden a cosas distintas<sup>25</sup>.

25. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2005, p. 385; CUENA CASAS, «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, op. cit., p. 277; ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda*

Con todo, algunos autores han efectuado una labor de precisión quirúrgica para delimitar las múltiples expresiones empleadas por nuestro texto legal base, para, generalmente, llegar a la conclusión antes apuntada. Empezando por *hogar familiar*, se trata de una noción omnicomprendensiva que incluye a la vivienda familiar, a la vivienda habitual y al domicilio conyugal. Recurriendo al *Diccionario de la lengua* (actuales acepciones 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>), hogar familiar es tanto la casa como el domicilio, e incluso la familia como grupo de personas emparentadas que viven juntas. De hecho, podría considerarse como la expresión genérica, susceptible de asociarse a cualquiera de las otras, aunque estas revistan mayor especialidad<sup>26</sup>. Hogar familiar es una expresión más social que jurídica, es solo una manera de llamar al domicilio en determinadas circunstancias que carece, en sí misma, de trascendencia. Hogar se refiere tanto al domicilio conyugal y/o domicilio familiar como la vivienda familiar, esto es, al espacio físico (habítaculo) como a la localización del matrimonio-familia<sup>27</sup>.

Tampoco los conceptos de *domicilio conyugal* y *vivienda familiar* presentan una coincidencia absoluta, aunque hay autores que parecen identificarlos<sup>28</sup>. En cuanto al domicilio (de las personas naturales), nuestro Código Civil lo define como «el lugar de su residencia habitual», a efectos del «ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles», y sin perjuicio del que pueda determinar la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 40 CC). Por otra parte, y por lo que se refiere al domicilio conyugal, de acuerdo con el artículo 70 del CC, «Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia». Este acuerdo

---

*familiar*, op.cit., p. 195; GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., pp. 45-46; GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., p. 110; LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Fundación Registral (Cuadernos de Derecho Registral), 2012, p. 25; MONTERO AROCA, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales. La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch (col. «abogacía práctica», n.º 22), 2002, p. 11; ORDÁS ALONSO, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2018, p. 72, por citar solo a algunos. De hecho, sostiene TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2003, pp. 30-31, que «incidir en la diferenciación entre domicilio, vivienda habitual de la familia, e incluso domicilio conyugal y domicilio familiar tendrá poca, sino nula, relevancia práctica».

26. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 193-194.

27. GETE-ALONSO Y CALERA, comentario al art. 70, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 350.

28. CHAPARRO MATAMOROS, *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, op. cit., pp. 72-73; GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., p. 109; MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005, pp. 44-47.

entre los cónyuges, como se ha indicado, es una manifestación del principio de igualdad jurídica (art. 68 CC) y de su obligación de vivir juntos (art. 68 CC)<sup>29</sup>.

Siguiendo la exposición de GETE-ALONSO y CALERA<sup>30</sup>, «Entre domicilio conyugal y vivienda familiar se ofrece la relación de ser ésta la base territorial de aquél, el lugar físico (habitáculo) en el que aquel se asienta. Domicilio conyugal y vivienda familiar, no obstante, no son una misma cosa siempre, aunque coincidan cuando el matrimonio se encuentra en una situación normal. La expresión, y regulación acerca de la “vivienda familiar” que se ha introducido en el actual sistema lo es más en función de una situación anormal del matrimonio, que como punto de referencia del domicilio conyugal». Todos los preceptos —añade— que se dedican a la vivienda familiar parten de su permanencia cuando puede que no exista un domicilio conyugal (separación, divorcio). El domicilio conyugal se relaciona también con el domicilio familiar, pero sin que coincidan siempre. El domicilio determina el lugar de cumplimiento de todas las obligaciones y ejercicio de los derechos, en una doble esfera:

- i) Respecto de terceros, el domicilio es el lugar en el que convive el matrimonio y, en su caso, la familia; determina su localización a los efectos generales (art. 40 CC). En este sentido, cumple la función de unificar, frente a terceros, el domicilio individual de cada miembro de la unidad familiar.
- ii) En la matrimonial, el cumplimiento del deber de convivencia va unido al domicilio conyugal y es en este en el que se desarrolla y puede exigirse. Lo mismo puede decirse de los demás derechos-deberes personales que integran la situación conyugal, aunque algunos de ellos, por su carácter general al estar basados en principios morales o sociales, no sean susceptibles de una localización concreta (por ejemplo, el de respeto o ayuda mutua).

La relación patrimonial entre los cónyuges, surgida a raíz del matrimonio, también se asentará en el domicilio. Pero el domicilio no solo afecta a la relación personal o patrimonial entre los cónyuges, ya que, asimismo, se extiende, de manera necesaria, a la situación familiar creada por ellos. En otras palabras, domicilio conyugal y domicilio familiar suelen coincidir, y el dato de esta coincidencia lo proporciona la ley al señalar el criterio que debe presidir la decisión del juez en caso de discrepancia: el interés de la familia.

---

29. GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 45. En esta dirección se pronuncian igualmente HERRERO GARCÍA, comentario al artículo 1320, en Paz-Ares Rodríguez / Díez-Picazo y Ponce de León / Bercovitz / Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, op. cit., p. 587 y MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., p. 52.

30. Comentario al artículo 70, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, op. cit., pp. 348-349.

Dice ESPIAU<sup>31</sup> que, aunque la vivienda familiar constituya la sede del domicilio de los cónyuges, ello no significa que pueda establecerse una relación de identidad entre ambos conceptos. El domicilio cumple una función de localización y, si bien, por ello, se concreta en un determinado ámbito espacial, este es variable y en ningún caso comporta la existencia de un vínculo o relación jurídica entre la persona y el lugar en el que se la localiza. La vivienda, por el contrario, es un objeto patrimonial, susceptible de titularidad y posesión, que puede constituir la sede del domicilio. Por eso,

«el de “domicilio conyugal” es un concepto distinto y más amplio que el de “vivienda familiar”, aunque coincidan en cuanto a la consideración de esta última como sede de aquél. Si bien toda “vivienda familiar” constituye la sede del “domicilio conyugal” y, por serlo, se la califica precisamente como “familiar”, no siempre y necesariamente el “domicilio conyugal” se localiza en una vivienda y, por tanto, en la denominada “vivienda familiar”. La “vivienda familiar” es, simplemente, el inmueble en el que se localiza el “domicilio conyugal”; o, mejor, es la sede del “domicilio conyugal” cuando éste se concreta en un inmueble».

Por su parte, GARCÍA CANTERO<sup>32</sup> sostiene que, normalmente, la vivienda familiar coincidirá con el concepto jurídico de domicilio. No obstante, «conviene deslindar ambas figuras en atención a la diferente finalidad que cumplen. Por de pronto el domicilio tiene una función principalmente *ad extra* en las relaciones con los terceros, para realizar pagos y cobros, para recibir notificaciones, etc., por lo cual, en último término, podría sustituirse o reemplazarse por un buzón o un apartado de correos. En cambio, aunque no se excluyen estas funciones externas, lo fundamental en la vivienda y mobiliario familiares son las funciones *ad intra*, de convivencia entre sus miembros, de cobijo y alimentación, de asistencia y formación. El domicilio legal no puede faltar nunca, la vivienda legal sí, y, aunque exista, ser diferente del domicilio». Sin embargo, la doctrina, abrumadoramente, entiende que la vivienda familiar constituye siempre domicilio conyugal. Resulta difícil concebir que la vivienda de una familia no sea el domicilio de la misma<sup>33</sup>; todo domicilio conyugal es familiar<sup>34</sup>, y, por ello, no es pensable una vivienda familiar que no sea o, en situaciones de crisis matrimonial, haya sido domicilio conyugal, y ello con independencia de que la sede este este último pueda serlo asimismo la localidad en la que aquella se

31. *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, op. cit., pp. 36-37.

32. «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., pp. 71-72.

33. SANTOS BRIZ, «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., p. 211.

34. GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., p. 112.

ubica<sup>35</sup>. De hecho, se afirma sin vacilación que no debiera tener la consideración de vivienda familiar aquella que no es sede de domicilio conyugal fijado de común acuerdo (por ejemplo, la familia vive en la casa de la sierra y el domicilio conyugal está en el centro de la ciudad de Madrid). Tanto es así que en el artículo 105 del CC parece que se utiliza el término domicilio conyugal como sinónimo de vivienda familiar<sup>36</sup>.

Ahora bien, si tienen que coincidir ambos términos, solo será en las situaciones normales de matrimonio. En efecto, las expresiones domicilio conyugal y familiar no siempre son sinónimos, puesto que, sobrevinida la crisis matrimonial, ya no puede hablarse de “vivienda conyugal”, dado que los cónyuges ya no conviven en ella<sup>37</sup>. Ambos conceptos pueden disociarse, como ocurre en las fases de crisis matrimonial, por la salida permanente de uno de los cónyuges del hogar de la familia, destruyendo el domicilio conyugal, pero no el familiar, que subsiste con el otro cónyuge y los hijos<sup>38</sup>. En el caso de que se ponga fin al matrimonio por nulidad, separación o divorcio, se transformaría en “domicilio familiar”, término más correcto técnicamente hablando<sup>39</sup>.

---

35. ESPILAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, op. cit., p. 21.

36. CUENA CASAS, «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuena Casas (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, op. cit., p. 281. Para esta autora, la trascendencia que frente a terceros tiene el régimen jurídico de la vivienda familiar aconseja esta solución, y que el concepto no pueda mutar en función de cuál será el lugar de residencia efectiva de los cónyuges. La objetivación del concepto de vivienda familiar como sede del domicilio conyugal o con el que lo hubiera sido antes de emerger la crisis matrimonial permitiría su mejor constancia en el Registro de la Propiedad (dada la necesidad de constancia del domicilio, art. 59 del Reglamento Hipotecario) y garantizar de manera efectiva la protección que se pretende con el artículo 1320 del CC de proteger a la familia. De lo contrario, el concepto de vivienda familiar, y con él, su estatuto particular, muta en función de circunstancias fácticas, lo que dificulta sobremanera su tutela. Para evitar cualquier distorsión tuitiva provocada de hacer depender el concepto de datos empíricos y realistas, debe existir —a juicio de la citada profesora— de una presunción a favor de la coincidencia entre el concepto de vivienda familiar acreedora de un régimen especial y el concepto de domicilio conyugal (*ibid.*, pp. 281-283).

37. GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., pp. 45-46.

38. ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, op. cit., p. 385; CUENA CASAS, «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuena Casas (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, op. cit., p. 279; GETE-ALONSO Y CALERA, comentario al art. 70, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, op. cit., p. 202; ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 198 y 202; O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1986, pp. 179-180.

39. GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., p. 110.

No es definitorio del domicilio conyugal el que sea único, ya que los cónyuges pueden acordar varias residencias secundarias —para el disfrute de los periodos veraniegos, por ejemplo— o incluso domicilios independientes para cada cónyuge en poblaciones distintas cuando sus obligaciones profesionales o de otra índole así lo exijan. En efecto, aun existiendo domicilio conyugal fijado por la pareja, o en su caso por el juez, cada cónyuge puede tener, por necesidades de cualquier tipo, un domicilio propio y distinto que puede suponer, incluso, una vivienda totalmente equipada en la que habite muchos meses al año, pero ello no supone en modo alguno infracción de la norma que obliga a la convivencia ni negación de la calidad conyugal del domicilio común, mientras las ausencias del cónyuge que tiene residencia separada, o los dos en su caso, se hallen justificadas por la dedicación profesional o hábitos consentidos por el otro, y siempre que se pueda decir que los cónyuges viven juntos al conservar entre ellos el *honor matrimonii* y la voluntad de formar una familia<sup>40</sup>.

Por lo que se refiere al concepto de *residencia habitual*, se sostiene que es prácticamente coincidente con el de domicilio y de vivienda, pues el domicilio es precisamente el lugar de residencia habitual (art. 40 CC)<sup>41</sup>.

---

40. LACRUZ BERDEJO / SANCHO REBULLIDA / LUNA SERRANO / DELGADO ECHEVERRÍA / RIVERO HERNÁNDEZ / RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil*, t. IV: *Familia*, op. cit., p. 70.

41. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., p. 195.

### 3. CONSTITUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

#### 3.1. Afectación

Junto a un elemento objetivo, esto es, el patrimonio tangible constituido por el espacio o habitáculo y su mobiliario, ha de darse también otro subjetivo, constituido por el acto de afectación o voluntad de sus moradores de otorgar a esos componentes materiales la condición de su vivienda familiar. El nacimiento o constitución de la vivienda familiar, por tanto, tiene lugar cuando los cónyuges, y acaso sus hijos, se instalan en un espacio o recinto de su elección de forma permanente. Es, en expresión de LACRUZ BERDEJO<sup>42</sup>, «SU familiarización», o, en términos de la STS 726/2013, de 19 de noviembre, la presencia de «una voluntad de permanencia» (FJ 2.º).

La naturaleza de esa determinación de la voluntad, entiende ELORRIAGA DE BONIS<sup>43</sup>, es una cuestión de hecho que no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminadas a tal fin, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan o la regulen. Podría pensarse —sigue explicando dicho autor— en la constitución formal o solemne del hogar familiar, es decir, que por una vía diferente a la simple ocupación del local se constituyera lo que en el hecho debiera ser el hogar familiar. Así, los cónyuges podrían acordar en capitulaciones matrimoniales cuál sería la residencia habitual de la familia. Igual ocurriría si, a falta de acuerdo conyugal sea el juez el que determine cuál será el domicilio conyugal, en virtud de lo previsto en el artículo 70 del CC.

Al margen de la afectación espontánea (cuando los cónyuges se instalan en determinado espacio y allí establecen de hecho su hogar habitual sin necesidad de acto o declaración formal de destinación), para LUCINI CASALES<sup>44</sup>, la asignación formal del carácter familiar a una vivienda puede situarse en tres planos distintos: judicial, legal y convencional:

- a) *Judicial*. En los casos de ruptura matrimonial, la necesidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges supone que el carácter de tal aflora formalmente en la sentencia judicial.
- b) *Legal*. Frente a la regla general del artículo 1.357, párr. 1.º del CC, según el cual «Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial», se alza el párr. 2.º del propio artículo, con arreglo al cual «Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto

---

42. «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., p. 28.

43. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 187-188.

44. «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 596, 1990, pp. 90-91.

de los cuales se aplicará el artículo 1.354», en virtud del cual «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». Estos artículos, sin embargo, dejan en el aire la cuestión básica de saber cuándo estamos en presencia de una vivienda familiar que permita la aplicación excepcional del artículo 1.354. A resolver tal cuestión viene el artículo 91.3 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (en adelante, RH), según el cual «La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal». En conclusión, según el autor mencionado, este consentimiento y la subsiguiente nota marginal tiñen de formalismo a la atribución del carácter familiar de la vivienda.

- c) Convencional. Aún resalta más el formalismo de tal caracterización si tenemos en cuenta el acto de destinación a posteriori que prevé el artículo 91.2 del RH, según el cual el posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad no alterará la inscripción a favor de éste, si bien en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado, se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.

Expuestas estas dos opiniones, las de ELORRIAGA DE BONIS y LUCINI CASALES, nos vemos en la obligación de efectuar una matización al primero y unas críticas al segundo. En cuanto a la matización, ciertamente ha de existir un *animus* de los cónyuges, o, en su caso, convivientes, de que la vivienda tenga la consideración de asentamiento permanente de la familia, pero esa intención ha de estar respaldada en un título jurídico que habilite la posesión de la vivienda, ya sea, como se ha dicho, en virtud de un derecho real (propiedad o cualquier otro de disfrute), ya sea de un derecho personal de uso (contrato de arrendamiento, por ejemplo).

Respecto a las críticas, pese a la articulada fundamentación jurídica, no podemos compartirla. La sentencia no constituye en absoluto un acto de asignación formal del carácter familiar a una vivienda, puesto que presupone la existencia de una previa vivienda familiar, cuyo uso, ese sí, es atribuido por la autoridad judicial a uno u otro cónyuge. Un reproche similar puede hacerse a la asignación legal. Debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una vivienda privativa de uno de los cónyuges, ya que fue adquirida a plazos antes de iniciarse la sociedad de gananciales, que se convierte en vivienda familiar en un momento posterior a ese inicio del régimen económico de gananciales, pero como fue completado o continuado el pago con dinero ganancial, es preciso determinar la cuota que corresponderá a la sociedad, lo que deberá efectuarse mediante acuerdo de los cónyuges que conste en nota marginal. Es decir, nuevamente nos encontramos con una previa vivienda que tiene carácter familiar, y que tal condición no viene atribuida ni por el acuerdo conyugal ni por la nota marginal, porque uno y otra solo tienen por finalidad fijar la cuota indivisa sobre la vivienda que haya de tener carácter

ganancial porque ha sido adquirida en parte con dinero de tal procedencia. Pero, se insiste, los cónyuges ya han efectuado el correspondiente acto de afectación, al margen del Registro. Y el mismo razonamiento desfavorable ha de merecer la afectación convencional. La norma del artículo 91.2 del RH no dice que la constancia registral mediante notas marginales altere el carácter familiar que ya tiene la vivienda; se refiere exclusivamente a condición de ganancial o privativo del dinero con el que se ha terminado de pagar la vivienda.

Legitimados para afectar un lugar o espacio y su mobiliario a vivienda familiar lo están únicamente los cónyuges, no otros miembros de la familia, aunque intervengan en la adquisición del bien o lo donen. Por más que los padres o ascendientes de los futuros esposos hagan una donación de un piso bajo condición de que lo empleen como vivienda familiar, serán los donatarios los que, en última instancia, decidan libremente cumplir la condición o cambiar el destino. Y lo mismo si los hijos ya mayores pretenden afectar un bien de su propiedad a hogar de la familiar, ya que la última palabra corresponderá a los padres<sup>45</sup>.

Por lo demás, coincidimos con aquellos autores que señalan que la constitución de la vivienda no parece provenir de un negocio jurídico, y menos de un negocio patrimonial, sino de una actitud refleja, consecuencia del matrimonio y, más concretamente, del cumplimiento del deber de hacer vida común, lo que, en definitiva, se traduce en que no es necesaria una manifestación expresa por los miembros de la pareja para que la vivienda adquiera la condición de familiar<sup>46</sup>.

### 3.2. Ocupación

Obviamente la vivienda familiar, como su nombre sugiere, ha de estar ocupada por la familia. De hecho, puede no resultar suficiente, a nuestro entender, con el *animus*; es precisa la ocupación entendida como instalación de los cónyuges en la vivienda. De lo contrario, dice ELORRIAGA DE BONIS<sup>47</sup>, no podría pretenderse la protección del artículo 1320 del CC, que razona sobre una vivienda real y concreta, y no sobre una pensada, imaginaria

---

45. GARCÍA CANTERO, «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., p. 78.

46. GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., p. 108; LACRUZ BERDEJO, «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., p. 28; LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., pp. 36-37; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 190-191.

47. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., p. 189.

o proyectada. GARCÍA CANTERO<sup>48</sup> distingue según que haya o no constitución expresa de la vivienda y ajuar familiares: en el primer caso, la declaración de voluntad no ha de ser acompañada por el requisito fáctico de la utilización; en el segundo, en la constitución fáctica, la falta de utilización puede inducir fácilmente una voluntad extintiva, por lo que (deducimos nosotros), resultará conveniente la ocupación para despejar cualquier duda al respecto.

Como ya hemos reiterado, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que legitime su disfrute, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio<sup>49</sup>.

---

48. «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., p. 79 n. 13.

49. BERROCAL LANZAROT, «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 734, 2012, p. 3476; LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., p. 42.

## 4. CARACTERES DE LA VIVIENDA FAMILIAR PROTEGIDA POR LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL

En este apartado ofrecemos unos breves apuntes acerca de los requisitos o presupuestos cuya concurrencia se ha señalado necesaria para poder hablar de vivienda familiar hasta el mismo día de la ruptura o crisis matrimonial. Son, en definitiva, aquellos elementos que debe —o se dice que debe— reunir un bien para calificarlo de vivienda familiar protegible por la específica normativa del Código Civil, ya en situación de crisis matrimonial (art. 96) ya en contexto de normalidad de la unión conyugal (art. 1320).

### 4.1. Familiar

La vivienda ha de ser familiar. Puede parecer una obviedad, pero deja de serlo si se piensa en el trasfondo problemático que contiene, ya que afecta, nada menos, que al concepto de familia.

Al objeto de desglosar y tratar, siquiera brevemente, el término familiar, haremos referencia a dos cuestiones básicas para entender cómo abordan este sensible tema la doctrina científica y los tribunales.

#### 4.1.1. Amplitud del término «familiar»

La primera, en la que no hay unanimidad entre los autores, se refiere a la amplitud de los miembros comprendidos en la familia a los efectos del artículo 1320 del CC. Para algunos autores, «no puede identificarse familiar con cónyuge, pues el término familia, familiar, guarda en su interior un contenido mucho más amplio y extenso que el término conyugal o matrimonial». Este requisito de la vivienda «implica que sea toda la familia como unidad la que ocupe dicha vivienda»<sup>50</sup>. «Tanto la vivienda como el mobiliario deben tener un *uso familiar*; parece, por tanto, que no solo de la familia en su conjunto, sino de cualquiera de sus miembros en particular, siempre que su titularidad corresponda alguno de los cónyuges»<sup>51</sup>. Para otros, en cambio, «lo preponderante, más que el concepto de familia, es el de cónyuges. El viudo no está necesitado de recurrir a la autorización judicial supletoria para enajenar su vivienda privativa, aunque sea la ocupada habitualmente por su familia. La vivienda ha de ser, pues, la de los cónyuges»<sup>52</sup>.

La cuestión no es baladí, porque la solución dada a multitud de supuestos cotidianos en la realidad de nuestras familias varía enormemente según la postura adoptada. ¿Qué

50. BELDA SÁENZ, «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, p. 338.

51. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º: *Derecho de familia*, v. 1.º: *Relaciones conyugales*, Madrid: Reus, S.A., 1994: 12.ª ed. (revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez), p. 381.

52. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Notas sobre la vivienda habitual de la familia. (En turno de rectificación)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 553, 1982, p. 1607.

sucede con las familias sin hijos, cada vez más frecuentes, por otra parte? ¿Qué de la separación de hecho por mutuo acuerdo de los cónyuges, ocupando cada uno una vivienda? ¿En caso de abandono, es vivienda familiar la abandonada? Y así pueden sucederse los interrogantes. Veamos con brevedad los supuestos más frecuentes.

- a) *Vivienda ocupada por cónyuges sin hijos*. Es evidente que la vivienda ocupada por el matrimonio, aun sin descendencia, es vivienda familiar sujeta a las prescripciones del artículo 1320 del CC, y más hoy por hoy, cuando, como afirma LACRUZ BERDEJO<sup>53</sup>, «la “familiaridad” se aproxima, sobre todo, a la “conyugalidad”». Por tanto, si uno de los cónyuges pretende disponer de la vivienda familiar, deberá recabarse el consentimiento del otro cónyuge.
- b) *Vivienda ocupada por algunos familiares*. Los supuestos pueden ser múltiples: cónyuge viudo y sus hijos, únicamente los hijos o estos en convivencia con otros ascendientes o descendientes, etc. En estos casos, la vivienda familiar no queda amparada por el régimen especial del artículo 1320 del CC porque, sencillamente, no hay vivienda ocupada por una familia con los dos cónyuges, presupuesto para que puede aplicarse el mecanismo protector del referido precepto. O no hay matrimonio o falta uno de los cónyuges, y, por consiguiente, no puede obtenerse el consentimiento dual.
- c) *Cónyuges separados judicialmente, divorciados o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo*. Según explica CARCABA FERNÁNDEZ<sup>54</sup>, la disolución del matrimonio no lleva consigo la extinción del concepto de familia, pero sí entraña la inaplicabilidad del artículo 1320 del CC. Si la disolución es por muerte, el derecho sobre la vivienda se transmite según las normas sucesorias del Código Civil o de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y si la disolución se produce por nulidad, divorcio o separación judicial, ya desde la interposición de la demanda, rigen los artículos 90, 96 y 103 del CC. Por tanto, el doble consentimiento del artículo 1320 CC es sustituido por el doble consentimiento del artículo 96.3 del CC. Luego, en expresión de ELORRIAGA DE BONIS<sup>55</sup>, «la tutela comienza con la ocupación de la vivienda como hogar del matrimonio, continúa en su desarrollo ordinario, prosigue en los procesos de separación, nulidad y divorcio, por vía del convenio regulador o acuerdo conyugal, o por las medidas previas o provisionales y sigue a través de las medidas definitivas de asignación del uso de la vivienda a uno de los cónyuges».

---

53. «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., p. 29.

54. «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», op. cit., p. 1140.

55. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 220-221.

d) *Cónyuges separados de hecho*. Se trata, sin ninguna duda, del supuesto más problemático, básicamente porque la separación de hecho no altera de forma directa los efectos del matrimonio y, por tanto, la vivienda sigue siendo familiar y sujeta a la protección del artículo 1320 del CC. Los autores que han tratado este tema con cierto detenimiento han diferenciado distintos supuestos, a partir de las circunstancias en que se produce la separación, a fin de mitigar en lo posible las injustas consecuencias a que lleva la aplicación indiscriminada del artículo 1320 del CC. Así, la propia CARCABA FERNÁNDEZ<sup>56</sup> distingue primeramente según que el matrimonio separado tenga o no hijos. De tenerlos, la vivienda continuará siendo familiar si albergó la familia unida, en especial si continúa ocupándola el grueso familiar más numeroso y significativo. No habiéndolos, incluso cuando el que permanece en la vivienda no es el titular de la misma, cabe estimar que esta es hogar familiar, pues así parece deducirse del artículo 96 del CC. No obstante, la autora reconoce que, para ser justos, debe distinguirse si el que abandonó el hogar es o no el propietario y si el abandono fue voluntario o forzoso:

- Si el que abandonó el hogar es el propietario privativo, al subsistir el *status* de vivienda familiar, es lógico que se aplique el artículo 1320 del CC, ya que si no al cónyuge propietario privativo que abandona el domicilio conyugal, incumpliendo con lo dispuesto en el artículo 68 CC, se le primaría sobre el que cumple el deber de convivencia, sujeto este al artículo 1320 del CC y el otro no.
- Si el que abandonó la vivienda lo hizo por ser insostenible la convivencia conyugal y es el “maltratado” o actuante de buena fe, y el que queda en el domicilio conyugal es el propietario privativo, este, para disponer, necesitará autorización judicial. Pero como no siempre es fácil demostrar la buena fe del abandonante, entiende esta autora que la solución en los casos de separación de hecho ha de ser unitaria, no exigiendo el consentimiento del abandonante no titular en ningún caso, y sustituyendo dicho consentimiento por la autorización judicial, lo que entra plenamente en la letra del artículo 1320 del CC.

ORDÁS ALONSO<sup>57</sup> considera también necesario discriminar entre abandono voluntario y abandono motivado por las circunstancias de la ruptura de la pareja; y, a este propósito, realiza unas precisiones, que pasamos a resumir:

- En aras de probar que el abandono es forzado, resulta oportuno solicitar medidas cuanto antes, pues, de lo contrario, y salvo que medien denuncias, ¿cómo se prueba por quien abandonó la vivienda dos o tres años atrás que lo hizo motivado por la crisis de convivencia que atravesaba el matrimonio y no de manera voluntaria?

56. «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», op. cit., pp. 1440-1441.

57. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., pp. 80-83.

- No cabe apreciar la existencia de un abandono voluntario, con las consecuencias que de ello se derivan, si la salida de la vivienda familiar se produce en cumplimiento de una resolución judicial.
- La vivienda familiar no pierde tal carácter cuando su abandono tiene como origen la existencia de violencia de género.
- Por el contrario, si la que fue vivienda familiar ha sido abandonada por uno de los miembros de la pareja de forma voluntaria, habrá perdido tal consideración.
- Con todo, la realidad es muy variada y ciertamente hay supuestos en el límite entre lo que puede o no calificarse como abandono voluntario.
- En definitiva, cuando uno de los miembros del matrimonio ha abandonado la vivienda en la que discurrió la convivencia, el criterio a tener en cuenta a la hora de calificar esta como familiar y, en consecuencia, sometida a un especial régimen jurídico, no es otro que el carácter voluntario o no de dicho abandono, unido al tiempo transcurrido entre la salida y la petición de atribución de su uso, ya que en modo alguno procederá la aplicación del artículo 96 CC cuando se ha producido la desafección del mismo.

Para determinar si una vivienda familiar ha perdido o no tal carácter, apunta GALLARDO RODRÍGUEZ<sup>58</sup>, el juez atiende a dos criterios: las razones del abandono (si fue voluntario o involuntario), y el transcurso de tiempo desde que se produjo el abandono hasta la petición de la atribución de la vivienda. De este modo, si el periodo de abandono es corto, pasajero o transitorio, se entiende que no existe desafección de la vivienda familiar ni renuncia del derecho de uso. Por tanto, que uno o ambos cónyuges abandonen la vivienda familiar tras la crisis matrimonial no significa que haya perdido el carácter familiar, ni supone una anticipada renuncia del uso, porque lo corriente es que, cuando se produce esta situación, uno de los cónyuges abandone la vivienda para evitar tensiones.

Por el contrario —continúa explicando esta autora—, si el abandono ha sido voluntario y definitivo, la vivienda perderá su carácter de familiar. Si son los dos cónyuges los que abandonan la vivienda de forma definitiva, habrá dejado de ser familiar respecto a los dos, por lo que el juez no podrá atribuir a ninguno de ellos la vivienda aplicando el artículo 96 del CC, sino que la adjudicación del uso de la misma deberá resolverse conforme a las normas relativas a la titularidad de los bienes y derechos. Si el abandono definitivo se ha producido por uno solo de los cónyuges, la cualidad de familiar puede mantenerse respecto al otro y atribuirse el uso de la vivienda conforme al citado artículo 96 del CC. La excepción se halla en los casos en los que el abandono ha sido ajeno a la voluntad del cónyuge, como cuando ha sido motivado por una situación de violencia.

---

58. *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 47.

Defiende ELORRIAGA DE BONIS<sup>59</sup> que estas distinciones, y otras propuestas, no revisten de base y utilidad. No tienen base porque es irrelevante para determinar si la vivienda en la que permanece uno de los cónyuges es o no familiar. Poco importa que el abandono del hogar haya sido voluntario, forzado o libremente consentido por ambos esposos. Si uno de los cónyuges abandona el hogar sin la oposición del otro, y este último permanece en la vivienda con los hijos habidos en el matrimonio, no se comprende cómo es posible que el hogar pierda la connotación de familiar. Por otra parte, las distinciones no son eficaces por cuanto conducen en casi todos los casos al mismo resultado:

- Si el cónyuge propietario de la vivienda la abandona voluntariamente, y en ella permanece el otro, con o sin hijos, el hogar no deja de ser familiar, no solo porque en él continúe viviendo el resto de la familia, sino también porque el artículo 1320 del CC podría ser fácilmente eludible: bastaría para ello que el propietario hiciera abandono de la vivienda conyugal para destruir la nota de familiaridad que afecta al bien, y luego podría disponer con entera libertad de los derechos que ostenta sobre aquel. De aquí que en estos casos el abandonante precise del consentimiento del otro cónyuge para disponer de tales derechos.
- Si el cónyuge propietario, forzado por presiones psicológicas o maltrato físico, abandona la vivienda, la cuestión no parece cambiar, puesto que el hecho cierto es que la familia, o al menos el otro cónyuge, permanece en la vivienda y el abandono, aunque forzado, tampoco le priva el carácter de familiar.
- Si el que abandona es el cónyuge no propietario, y lo hace forzado por el otro, esta vivienda no pierde su condición de familiar, pues la situación es semejante a la del primer supuesto.
- El caso más delicado es el del cónyuge no propietario que abandona voluntariamente el hogar de la familia, dejando en ella al otro cónyuge dueño solo o en compañía de sus hijos, pues no sería posible atribuir una doble intención al que continúa en el hogar, lo que obligaría a entrar en un sinnúmero de situaciones posibles, y en muchos casos se desembocará en el carácter familiar de dicha vivienda, con lo que el titular de los derechos sobre la vivienda requerirá del consentimiento del otro cónyuge para su disposición.

Ni que decir tiene, como apunta MARTÍN MELÉNDEZ<sup>60</sup>, que si son ambos cónyuges los que abandonan la vivienda, habrá dejado de ser familiar respecto a los dos, de modo que a ninguno de ellos será de aplicación el régimen del artículo 96 del CC,

59. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 222-223.

60. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., pp. 59-60. Así lo entiende también PINTO ANDRADE, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., p. 47.

debiendo seguir la vivienda el destino que le corresponda según las normas generales relativas a la titularidad de los bienes y derechos.

Por los que se refiere a los criterios seguidos por las Audiencias Provinciales, podemos destacar los siguientes:

- Si hay abandono definitivo de la vivienda familiar por uno de los cónyuges, la cualidad de familiar podrá mantenerse respecto del otro, si permanece en la misma, y atribuirse el uso de la vivienda aplicando el artículo 96 del CC<sup>61</sup>.
- Cuando no hay domicilio familiar sobre el que al amparo del derecho de familia pueda disponerse, las normas vigentes en la materia son las del derecho civil de propiedad y derechos reales<sup>62</sup>.
- Se exceptúan los supuestos en los que la vivienda es abandonada por uno de los cónyuges, generalmente la mujer, por hechos ajenos a su voluntad, como cuando viene sufriendo malos tratos del otro cónyuge<sup>63</sup>.

Como se advierte, la casuística lleva a una interminable lista de problemas, por lo que no nos extraña que se haya intentado simplificar la solución acudiendo a un único criterio delimitador: «disgregada la pareja, no cabe ya hablar de vivienda habitual»<sup>64</sup>.

No hay ninguna duda, por el contrario, en que el lugar al que se desplace el cónyuge abandonante, solo o con hijos, no constituye vivienda familiar, porque para ello se precisa que haya servido de habitación a los cónyuges en alguna época del matrimonio, lo que no sucede en este caso.

#### 4.1.2. *Vivienda familiar de las uniones de hecho*

La segunda cuestión se refiere a la vivienda de uniones de hecho. Es evidente que la vivienda en la que tiene lugar la convivencia extramatrimonial constituye vivienda familiar, dándose en ella los caracteres señalados en la doctrina y jurisprudencia para la vivienda familiar del matrimonio y con las mismas matizaciones. Ahora bien, si se trata de determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la especial normativa que el Código Civil dedica a la vivienda familiar en sus artículos 96 y 1320, se entiende que corresponde

61. SAP de Murcia (Secc. 1.ª) 243/2002, de 24 de junio (FJ 2.º) y 259/2005, de 14 de septiembre (FJ 2.º); Madrid (Secc. 24.ª) 451/2007, de 28 de marzo (FJ 1.º); Barcelona (Secc. 12.ª) 20/2010, de 21 de enero (FJ 3.º); Valencia (Secc. 10.ª) 261/2010, de 29 de abril (FJ 2.º).

62. SAP de Toledo (Secc. 2.ª) 276/2011, de 2 de noviembre (FJ 5.º).

63. SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1.ª) 226/2008, de 12 de mayo (FJ 2.º).

64. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Notas sobre la vivienda habitual de la familia. (En turno de rectificación)», op. cit., p. 1608.

tan solo a la familia matrimonial<sup>65</sup>. De hecho, la familia, tal y como se encuentra regulada en sus aspectos patrimoniales en el Código Civil, descansa en el vínculo matrimonial<sup>66</sup>.

Es cierto que la literalidad de las normas constitucionales en juego (básicamente el art. 39, apartados 1 y 2) pueden dar pie a interpretar el concepto de familia en un sentido más amplio, comprendiendo tanto la familia matrimonial como la no matrimonial. Sin embargo, el modelo de familia legal diseñado en la Constitución se basa en el matrimonio respecto del cual es posible una discriminación positiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la CE, y, en consecuencia, también prevista para ella el régimen de protección que el Código Civil dispensa a la vivienda en los artículos 96.3 y 1320. Ello sin perjuicio de los deberes inherentes a la patria potestad o de la obligación de alimentar a los descendientes que corresponda a las parejas de hecho con hijos, o a la protección, en su caso, que se puede dispensar a este núcleo familiar al margen del matrimonio a través de los artículos 142 y ss. del CC (obligación de alimentos) y 392 y ss. también del CC (comunidad de bienes)<sup>67</sup>.

Cabe preguntarse si es posible la aplicación analógica de los referidos artículos 96.3 y 1320 del CC a las parejas no casadas, para el supuesto de no haber previsto sus integrantes pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Y la respuesta predominante en la actualidad es la negativa. Al respecto, cabe decir, como explica GARCÍA MAYO<sup>68</sup>, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de las parejas de hecho, en general, y la atribución del uso de la vivienda en tales casos, en particular, ha experimentado una importante evolución. Ha pasado de afirmar su semejanza con el matrimonio, y la aplicación analógica de las normas establecidas para este, a negar la referida semejanza y, con ella, la analogía que, no hace tanto tiempo, promulgaba. En España, a nivel estatal, solo algunas normas se refieren a la realidad de la pareja de hecho para reconocerle ciertos efectos que la equipara al matrimonio. En este sentido, no se han regulado las consecuencias, personal y económicas, de la ruptura de la pareja de hecho, razón por la cual el Tribunal Supremo, con acentuadas vacilaciones en su criterio, se ha debido pronunciar a fin de dar solución a las cuestiones que le han sido

---

65. BELDA SÁENZ, «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», op. cit., pp. 338-339; BERROCAL LANZAROT, «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», op. cit., p. 3476; CARCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», op. cit., p. 1439; ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 225-227; GARCÍA CANTERO, «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., pp. 75-77.

66. TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, op. cit., p. 27.

67. BERROCAL LANZAROT, «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», op. cit., p. 3477.

68. «Capítulo 7. El tratamiento de la vivienda familiar en las uniones de hecho», en Chaparro Matamoros (dir.), *Las uniones de hecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 269-282, a quien seguimos en estos breves apuntes.

planteadas. Algunas sentencias resolvieron el problema mediante la aplicación por analogía —*legis o iuris*— de las normas sobre el matrimonio a las parejas no casadas. Así, por ejemplo, las STS 1085/1996, de 16 de diciembre —sobre, precisamente, la atribución del uso de la vivienda en las parejas de hecho—, 700/2001, de 5 de julio y 749/2002, de 16 de julio —referidas al artículo 97 del CC, sobre pensión compensatoria— o 327/2001, de 27 de marzo —relativa a la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica—. No obstante, como se ha dicho, ya es unánime la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que niega esa analogía entre el matrimonio y las uniones de hecho y, por ello, que deban equipararse en sus efectos.

En la materia que nos interesa ahora, la primera vez que tuvo ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre el problema de la vivienda de las uniones de hecho fue con la STS 1085/1996, de 16 de diciembre (FJ 7.º), en la que el recurrente denuncia la infracción de la jurisprudencia relativa al enriquecimiento injusto en orden a la fundamentación jurídica de la instancia para justificar el pronunciamiento relativo al uso de la vivienda que se confiere a la actora. El Tribunal Supremo descarta tal argumentación que sirve de soporte al expresado pronunciamiento, al entender que fue, más bien, el desamparo en que quedó la actora como consecuencia del fracaso y ruptura de su convivencia con el demandado. A ello se añade que el enriquecimiento injusto no se puede traer ahora al recurso como un *novum* en favor del recurrente, no solo por ser improcedente como tal cuestión a tratar en el ámbito del recurso, sino porque, en ningún caso, la conducta del demandado, causa de aquel desamparo, puede beneficiarle. No cabe, tampoco, apoyarse en el artículo 43 del CC (incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio) para basar la condena al uso y disfrute de la vivienda familiar, propiedad del recurrente, pues tal interpretación supondría forzar los límites del expresado precepto, cuya ratio no presupone la convivencia como un hecho anticipado al matrimonio, sino que la contempla, implícitamente como un hecho futuro. En cambio, el Alto Tribunal entiende que el problema debe tratarse como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación a la convivencia *more uxorio*. Efectivamente, como tiene dicho la jurisprudencia de la propia Sala, las uniones matrimoniales y las uniones *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes, y, como consecuencia de ello, no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras (como es el caso de los regímenes económicos matrimoniales), a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía, como sucede en el caso que se le ha planteado en relación con la vivienda: teniendo en cuenta las finalidades de la vivienda familiar (reducto donde se asienta y desarrolla la persona, refugio elemental para la satisfacción de sus necesidades primarias y protección de su intimidad), las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que justifican aquellas valen también en este último caso.

Por su parte, la STS 212/1998, de 10 de marzo (FJ 3.º y 4.º), parte del dato objetivo de que la convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. Se trata de evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica. Para colmar esta laguna, «es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el Ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo». Después de citar algunas resoluciones en las que se reconocen efectos jurídicos a las uniones de hecho en atención a la debida protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho, concluye decidiendo, en esta línea de argumentación, que «La sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 del Código civil y la doctrina jurisprudencial pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en este caso protección referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de aparcamiento asignada a la vivienda».

A partir de la reforma operada por Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, con la que se permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, se profundizó el rechazo a la analogía entre matrimonio y unión paramatrimonial. De hecho, como proclama la STS 611/2005, de 12 septiembre (FJ 3.º), «hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias». Esta es la razón por la que debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio, «ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad». Así, considera el Tribunal Supremo que resultaría paradójico imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.

La posición mantenida hasta ese momento por el Tribunal Supremo en materia de vivienda de la unión de hecho, cambia radicalmente con la STS 240/2008, de 27 de marzo (FJ 3.º). Esta resolución tiene como presupuesto fáctico la extinción de una unión de hecho debido al fallecimiento de uno de sus miembros, propietario de la vivienda donde convivían. Los sucesores de la finada instan al otro componente de la pareja a abandonar la vivienda por no ostentar ningún título. En la instancia, y en lo que nos compete ahora, desestima la demanda porque la esencia del precario es la posesión por mera tolerancia y se ha acreditado que la posesión por el demandado tiene un título distinto de aquella. En

cambio, en sede de la Audiencia Provincial, se estima el recurso de apelación ya que el demandado no había probado la concurrencia de un título que le autorizara para seguir en la posesión de la vivienda, ni la existencia de un condominio con la causante, y lo único que había quedado acreditado es que la vivienda en cuestión era de propiedad exclusiva de la causante. Esta decisión se fundamenta en la doctrina del Tribunal Supremo que establece que la mera convivencia de hecho no genera ninguna consecuencia económica ni permite presumir que exista comunidad de bienes, a no ser que concorra un pacto expreso o unos hechos concluyentes que evidencien de forma inequívoca la voluntad de ambos convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos, lo que no se probó, al contrario, lo que había quedado demostrado fue la independencia económica entre ambos y la separación de los patrimonios. El componente supérstite de la unión recurre la sentencia dictada en apelación al entender que ha infringido la jurisprudencia sobre unión de hecho y más concretamente, las sentencias de 10 marzo 1998 y 16 diciembre 1996, a las que hemos aludido *ut supra*.

El motivo es desestimado, fundamentando que las sentencias que se consideran infringidas se refieren todas ellas al supuesto de la ruptura de las relaciones de convivencia de hecho y a los efectos que va a producir entre los convivientes; en estas situaciones, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que se trata de una situación no regulada, pero no prohibida, en la que, en defecto de pacto entre los convivientes, deben aplicarse los principios generales del derecho. En cambio, en el presente litigio no se produce ninguna de las condiciones que permiten la aplicación de dicha doctrina, porque el problema no se plantea entre los convivientes, sino entre el conviviente supérstite y los herederos de la conviviente premuerta, que falleció sin haber otorgado testamento ni favorecer de ningún modo al superviviente. Por ello —continúa argumentado la Sala— no puede considerarse que el recurrente ostente ningún título que le permita mantener la posesión de la vivienda propiedad de la premuerta.

Además, niega la posibilidad de aplicar por analogía la normativa contenida en la Ley de Arrendamientos Urbanos. A tal efecto argumenta que si bien es cierto que el artículo 47 de la Constitución protege el derecho a la vivienda y que este es uno de los argumentos utilizados en la STC 222/1992 para declarar inconstitucional la anterior legislación sobre arrendamientos urbanos, que no preveía la subrogación del conviviente supérstite en el título de arrendatario, la situación del recurrente tampoco puede equipararse, porque simplemente carece de título y se encontraba en la vivienda como prearista. Así mismo, la jurisprudencia que el propio recurrente cita como infringida impide la aplicación por analogía de las reglas del régimen económico matrimonial de los gananciales, puesto que declara que «[...] debe rechazarse la aplicación analógica de los regímenes económico matrimoniales, puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de las formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter económico [...]»<sup>69</sup>.

69. Esta doctrina se consolida con las STS 690/2011, de 6 de octubre (FJ 3.º) y 130/2014, de 6 de marzo (FJ 2.º).

En el ámbito de la denominada jurisprudencia menor, sobresale la SAP de Madrid (Secc. 21.ª) 162/2021, de 3 de junio (FJ 5.º y 6.º), que, por su interés, pasamos a extraer con el conveniente detalle. Primeramente, analiza la doctrina constitucional al respecto, para destacar que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. Por un lado, el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), a diferencia de la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. Por otro, el vínculo matrimonial genera, por obra de la ley, una pluralidad de derechos y deberes que no se producen de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Esta diferenciación implica que no exista un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora al mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza. Por tanto, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica. Esto no significa que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todo caso compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en el artículo 14, pues el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectada, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial.

Acto seguido, con abrumante cita de jurisprudencia, la Audiencia Provincial se centra en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de aplicar, por analogía (art. 4.1 CC), a las uniones *more uxorio* las normas jurídicas reguladoras de la unión matrimonial. Como falta la identidad de razón entre la unión de hecho y la unión matrimonial, la aplicación analógica a estas uniones extramatrimoniales de las normas establecidas para las matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas. Por tanto, para resolver los conflictos que puedan derivarse de una convivencia extramatrimonial, tendrán que aplicarse las normas jurídicas generales que disciplinen esa concreta controversia.

Así resume las razones por las que no debe aplicarse por analogía a la unión de hecho el régimen jurídico del matrimonio:

- a) La aplicación analógica a las uniones extramatrimoniales de la normativa matrimonial constituiría una flagrante violación del principio de la libertad individual, que constituye uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). Si en una sociedad democrática los ciudadanos son libres para elegir la forma en la que desean articular su convivencia, constituiría una estafa para la libertad individual si, después de optar por la unión extramatrimonial, se les aplicara la regulación

jurídica de la unión matrimonial, por cuanto se les impondrían unos efectos jurídicos que, en su momento, los convivientes no han querido. Máxime hoy en día que, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren en absoluto contraer matrimonio con sus consecuencias.

- b) Como no existe expreso mandato legal en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros (especialmente países sudamericanos) en los que la legislación declara de aplicación a las uniones extramatrimoniales las normas reguladoras del matrimonio, cabe deducir que la voluntad del legislador ha sido la de no aplicar, con carácter general, la normativa matrimonial a las uniones extramatrimoniales.
- c) Esa voluntad del legislador se concluye también a partir de las reformas introducidas en el Código Civil. Después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, en nuestra legislación se han introducido una serie de preceptos en los que se declara de aplicación a las uniones extramatrimoniales unos puntuales y concretos efectos de las uniones matrimoniales. Por el contrario, al reformarse el Código Civil, en cuanto a la regulación jurídica del matrimonio (arts. 42 a 107) y del régimen económico matrimonial (arts. 1325 y 1444), en el año 1981 (por las leyes 11/1981 de 13 de mayo y 30/1981 de 7 de julio) no se previó la aplicación a las uniones extramatrimoniales de los efectos que se fijaban para las matrimoniales.
- d) En el ámbito geográfico de nuestro entorno, la mayoría de la doctrina científica es contraria a la aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas reguladoras del matrimonio.

Por último, en cuanto al régimen jurídico de la unión de hecho, la sentencia analizada considera que entre los convivientes extramatrimoniales pueden establecerse toda clase de relaciones jurídicas, a las que deberá de aplicarse la normativa jurídica reguladora de la concreta relación jurídica que hubiera surgido entre ellos. Pero una vez cesada la convivencia extramatrimonial, se plantea la posible pretensión que pueda deducir uno de los convivientes contra el otro, en base a la previa existencia de una convivencia extramatrimonial. Y esta cuestión ha sido resuelta por la doctrina jurisprudencial, reduciendo a dos las posibles pretensiones que pueda deducir un conviviente contra el otro:

- 1.<sup>a</sup> *Bienes adquiridos durante la convivencia extramatrimonial.* Respecto de los bienes adquiridos por ambos convivientes habrá una comunidad de bienes y los adquiridos por uno solo de los convivientes serán de la propiedad exclusiva del conviviente que lo haya adquirido. Para que un bien adquirido durante la convivencia extramatrimonial por uno solo de los convivientes deba ser considerado, tras la ruptura de la pareja, común de ambos convivientes debe concurrir una voluntad de los convivientes en tal sentido, manifestada a través de un pacto expreso o tácito, deducido de hechos concluyentes o inequívocos de la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos onerosamente durante la duración de la unión de hecho.

2.<sup>a</sup> *Indemnización del perjuicio que causa a uno de los convivientes el cese de la convivencia extramatrimonial.* Sería plenamente válido y eficaz, en base a lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil, el pacto por el que los convivientes extramatrimoniales establecieran una indemnización para el caso de cese de la convivencia extramatrimonial. En ausencia de pacto, en principio y con carácter general, el cese de la convivencia extramatrimonial no debe dar lugar a indemnización alguna entre los convivientes, pues del mismo modo que la pareja comenzó la convivencia libremente, al margen del matrimonio, también la ruptura debe ser libre sin ataduras económicas<sup>70</sup>.

En el supuesto que enjuicia la Audiencia Provincial de Madrid, entiende que no hay pacto expreso de hacer común de los convivientes la vivienda unifamiliar, como tampoco pacto tácito porque durante la convivencia extramatrimonial cuando los convivientes han querido que algunos bienes adquiridos durante la convivencia figurasen como proindiviso por mitad así lo han hecho constar. Y cuando esa no ha sido su voluntad, figurando a nombre de una solo de los convivientes, no puede revertirse esa voluntad, tras el cese de la convivencia, para convertirla en un bien común de ambos convivientes.

Después de este repaso a la evolución de la jurisprudencia, pese a la acumulación de argumentos y justificaciones para negar la aplicación analógica indiscriminada del artículo 96 del CC, queda un resquicio para que pueda entrar en juego dicho precepto. A fin de comprobar cuándo puede suceder esto, debemos distinguir dos supuestos. Como regla general no cabe en absoluto la aplicación analógica del artículo 96 del CC para decidir quién se quedará con el uso de la vivienda una vez finalizada la convivencia de hecho, y, como excepción a dicha regla, solo cuando la pareja tenga descendencia común aún dependiente (menores de edad, dependientes económicamente o con discapacidad) habrá posibilidad a su aplicación.

Así es, si los exconvivientes carecen de descendencia común dependiente, es claro que la mera convivencia *more uxorio* no es título jurídico legítimo que obligue a una u otra solución en lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja. Dependerá, ante todo, de que haya un acuerdo, previo o con ocasión de la ruptura, expreso o tácito, estándose a lo en él dispuesto. En el caso de que la vivienda donde habitaba la pareja fuese cotitularidad de ambos, acaecida la ruptura, los dos tendrían, en proporción a sus respectivas cuotas, derecho al goce de la finca, que podrán repartirse del modo en que cabe hacerlo tratándose de cualquier comunidad. A falta de acuerdo, la ley otorga, a cualquier copropietario, opciones para poner fin a la comunidad de bienes, como pueden ser la venta por cada uno de su cuota,

---

70. En alguna normativa autonómica, por el contrario, se reconoce una posición prácticamente idéntica entre matrimonio y unión de hecho. Así el artículo 234-3.2 del Código Civil de Cataluña, incluido en el capítulo dedicado a la convivencia estable en pareja, dispone que «En materia de disposición de la vivienda familiar, se aplica lo establecido por el artículo 231-9», que establece un régimen similar al artículo 1320 del CC. El artículo 234-8, por su parte, regula la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de extinción de la pareja estable.

con el posible ejercicio de retracto por el otro (art. 1522 CC), así como la acción de división de la cosa común (art. 400 y ss. CC). Si sobre la vivienda se comparte un derecho de naturaleza personal, como es el caso del alquiler por los miembros de la pareja, también habrá que atender a lo pactado y, en su defecto, al régimen común correspondiente. Lo que no cabe es la aplicación del artículo 96 del CC.

En el caso de que la titularidad de la vivienda familiar corresponda en exclusiva a uno solo de los convivientes, salvo que dicha titularidad fuese arrendaticia, en cuyo supuesto el otro conviviente tendría alguna opción a subrogarse en el contrato de arrendamiento urbano de vivienda (arts. 12.4 y 16 LAU), todo dependerá, nuevamente, de que los exconvivientes lleguen a un acuerdo o que ya lo hubiesen pactado con anterioridad al cese de la convivencia. El juez, en un posible litigio, no puede imponerle una determinada solución al amparo del artículo 96 del CC.

En cambio, la situación da un giro radical de existir descendencia común. En este último caso, la jurisprudencia considera aplicable, por analogía, el artículo 96 del CC, de tal modo que, a falta de acuerdo, el uso de la vivienda familiar se atribuya a los hijos y al conviviente a quien se le otorgue la guardia y custodia, sea o no titular de la que fue vivienda familiar. Así se desprende, entre otras, de la STS 221/2011, de 1 de abril (FJ 3.º a 5.º). Como expresa la propia resolución, el recurso se plantea en una separación de dos personas que no han contraído matrimonio, discutiéndose, no los efectos económicos o de otro tipo que la finalización de la convivencia supone para los convivientes, sino la atribución del uso de la vivienda al menor, hijo de ambos; cuestión esta que habrá de ser resuelta fundamentalmente teniendo en cuenta el interés del niño.

La decisión que debe adoptar el Tribunal Supremo antes de resolver sobre el fondo del asunto es si puede aplicarse por analogía la norma del artículo 96 del CC, ya que la misma se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio o separación. Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 CC), pero las reglas de los artículos 156.5 y 159 del CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el artículo 92 del CC, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 también del CC. Ahora bien, en el caso enjuiciado, el criterio de semejanza no se produce en relación con la situación de los padres, que son meros convivientes y la convivencia no equivale a matrimonio, pero como la finalidad a conseguir es proteger el interés del menor, esta protección es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los artículos 14 y 39 de la CE. El artículo 96 del CC —continúa argumentando— establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art.

142 CC). «En consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC».

Para algunos autores<sup>71</sup>, con los que nos identificamos, el resultado al que llega esta resolución es correcto, justo, pero no tanto la hermenéutica que emplea. Si se impone la igualdad de trato y la no discriminación por razón de filiación, entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, debe cuestionarse por qué se habla de una aplicación por analogía del artículo 96 del CC. «Más bien se trata de una aplicación directa de dicha norma, que no se aplica por analogía (a lo más, por interpretación extensiva), sino directamente habida cuenta de que entre aquellas dos clases de filiación no hay semejanza o analogía, sino plena equiparación e identidad en su régimen (cfr., entre otros, los arts. 14, 39 CE y 108 CC)». El hecho de que el artículo 96 del CC, literalmente y por su ubicación, se refiera a los «cónyuges», no impide que su contenido normativo se extienda por lógica a las uniones de hecho, no porque en esta cuestión queden equiparadas a las parejas casadas, sino porque estas son consideradas en la referida norma, no como tales uniones en sí, en su relación interna como pareja, sino como progenitores, como padres del hijo cuyo hogar y régimen de guarda y visitas se ha de fijar.

## 4.2. Inmueble

Existe una línea de posicionamiento en la doctrina científica que defiende que la vivienda familiar ha de ser necesariamente un bien inmueble, basándose, más que en argumentos a su favor, en los supuestos inconvenientes que plantean los bienes muebles susceptibles de desplazamiento. Por ejemplo, afirma GARCÍA CANTERO<sup>72</sup> que surgen varios obstáculos que dificultan la aplicación del artículo 1320 a estos bienes, como la difícil identificación de tales alojamientos, su fácil vulnerabilidad y exposición a ser destruidas; o la casi imposibilidad de inscribir en un registro el carácter de alojamiento familiar.

ORDÁS ALONSO<sup>73</sup> fundamenta su posición en atención a las siguientes circunstancias. Según afirma, el motivo de adjudicar la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden es posibilitar que estos se mantengan en el mismo entorno en el que se encontraban con anterioridad a la crisis de pareja de sus progenitores. En este sentido,

---

71. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y GARCÍA MAYO, «Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura», en Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) / García Mayo (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Editorial Reus, S.A. (col. Jurídica General. Monografías), 2017, pp. 263-264.

72. «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., p. 74.

73. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., p. 75.

nada se garantiza atribuyendo el uso de una caravana al cónyuge no propietario de la misma y a los hijos sometidos a su custodia en la medida en que tal vehículo puede desplazarse de un lugar a otro a gusto del usuario. Además —añade—, no encuentra la razón a atribuir el uso de una tienda de campaña al cónyuge que tenga un interés más necesitado de protección. Si esa es su vivienda habitual y no un mero plástico que les permita dormir a cubierto en sus vacaciones o fines de semana, hablar de atribuir el uso a uno de los cónyuges privando de él a otro, quizá propietario o copropietario de la misma, carece de razón de ser. Por otro lado, se trataría de atribuir el uso de bienes que se deterioran con el uso. Si el hijo común —pone por caso— tiene dos años y restan por delante dieciséis de atribución del uso de la caravana o del barco, qué decir de la tienda de campaña. Y concluye: «Estas y otras consideraciones me llevan a exigir que la vivienda familiar cuyo uso se atribuye ex art. 96 CC sea un bien inmueble». Y no cualquiera, sino que habrá de ser una edificación destinada habitualmente a vivienda.

Según explica BERROCAL LANZAROT<sup>74</sup>, la redacción del artículo 1320 del CC exige que el inmueble que tenga la condición de vivienda familiar, sea precisamente una vivienda. De ahí que deban excluirse del concepto de vivienda los solares, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, locales de negocio, construcciones en ruinas..., en definitiva, a todo espacio que desde una perspectiva objetiva no pueda considerarse como destinado a servir de residencia o morada para las personas.

Estas opiniones no nos terminan de convencer plenamente por dos motivos. El primero, porque la interpretación literal (art. 3.1 CC) del artículo 1320 no permite deducir la exclusión de tales espacios —a excepción del solar, por razones obvias— de la regla del doble consentimiento para disponer de los derechos sobre ellos, aunque pertenezcan a uno solo de los cónyuges. El segundo, atiende a la finalidad de la protección. Bien mirado, las opiniones contrarias fundamentan el criterio determinante de la condición de vivienda en el material de construcción empleado, de un lado, y en una convención social, de otro. En efecto, basta que el habitáculo haya sido levantado con ladrillos o material semejante y que un ciudadano medio lo identifique como vivienda a partir de las nociones que, desde la infancia, se nos inculca sobre lo que debe ser la misma, para que tenga tal consideración. Y esta es una visión de corto alcance, ya que se basa en el empleo de materiales constructivos en auge en un determinado tiempo —más o menos largo—, por lo que puede quedar desfasada desde el mismo momento en que la ciencia proporcione otros medios más sostenibles y/o económicos. Comprobamos a menudo en reportajes y programas televisivos cómo van apareciendo habitáculos perfectamente habilitados para vivir cómodamente, contruidos con materiales hasta ahora insospechados y que están dando sus primeros pasos: bio-hormigón, cemento programable, paneles de fibras, bloques de plástico reciclado, impresión 3D, cristal...Y lo mismo sucede con la consideración social de lo que ha de ser vivienda, aspecto igual de voluble que el anterior, si no más. No hace tantas décadas, era corriente en nuestro país que las viviendas carecieran de estancias que son consideradas básicas en nuestra

74. «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», op. cit., p. 3473.

concepción actual. Pensemos en las antiguas viviendas de corralas o viviendas rústicas que, bastantes veces, carecían de aseos propios, haciendo sus veces la corrala o el patio. Pero sin llegar a tal extremo, nos basta, para constatar lo que queremos decir, con el nimio detalle del ineludible dibujo con el que, de pequeños, sorprendíamos a los nuestros en fechas celebradas, ofreciendo un retrato de la familia: papá, mamá, la hermanita o el hermanito, el artista, el perro y... la casa con una chimenea que arroja un hilo de humo y un frondoso árbol en un lateral. Hoy día millones de niños no tendrán esta idílica imagen del hogar familiar cuando han proliferado los edificios de gran altura. Insistimos en los ejemplos. Cada vez es más frecuente la instalación de placas solares y, a la vista del encrespado contexto internacional y de la crisis energética, no es arriesgado aventurar que persistirá y aumentará la demanda, hasta el punto que su presencia pasará a formar parte de la idea colectiva de vivienda.

Ante estos criterios tan volátiles, nosotros optamos por uno que atiende a las necesidades primarias que cumple la vivienda, cuales son proporcionar cobijo y facilitar la interacción social en sus distintas facetas<sup>75</sup>. Es una proposición casi propia de la bioantropología. El ser humano ha sentido la necesidad, desde tiempos inmemoriales, de concentrarse en espacios concretos (lugares de habitación, cuevas, asentamientos...) en los que refugiarse de los rigores del tiempo y de la acechanza de la fauna, pero también para el despiece de la caza o la molienda de los granos de cereal, el enterramiento de familiares o, sencillamente, disfrutar en intimidad de la compañía de los más próximos.

Pues bien, esas necesidades no han cambiado tanto; seguimos precisando de un cobijo donde resguardarnos de la lluvia y protegernos del rigor del sol, de un espacio cerrado para no dormir a la intemperie, de un habitáculo donde preparar nuestras ingestas, de un receptáculo donde convivir con nuestros seres más queridos sin intromisiones ajenas. Y para conseguir todo eso resulta del todo indiferente el material empleado en su construcción. Esas necesidades pueden ser cubiertas, en igualdad de satisfacción, en un chalé de postín, en el piso de un bloque de viviendas, en una caravana, en un yate, en una chabola, en una tienda de campaña o en cualquier sitio de configuración y material que esté por venir.

Por otra parte, si la caravana o la *roulotte*, incluso la tienda de campaña, ha constituido la vivienda familiar hasta la crisis matrimonial, no vemos por qué ha de cambiar tal configuración a propósito de la atribución de su uso en el marco de los procesos matrimoniales. Si era vivienda familiar antes, seguirá siendo vivienda familiar después. En su precipitado descarte, en atención al empleo de unos u otros elementos constructivos, y en el apunte de la movilidad de los bienes muebles, se aprecia una forma de entender la vivienda familiar limitada y peligrosa. Limitada porque aborda la cuestión en estrictos

---

75. Este aspecto de la vivienda ya fue apuntado por ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia y de la persona*, vol. 6: *Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, Barcelona: Editorial Bosch, S.A. 2007, p. 338: «El largo camino recorrido en la búsqueda de la comodidad y la eficacia y calidad de los servicios ha ido convirtiendo la vivienda en lugar de refugio, cuidado y objetivo primero de las aspiraciones de los ciudadanos».

términos materiales, obviando la finalidad espiritual de aquella, esto es, ignorando la voluntad o compulsión de los miembros de la familia de configurar el bien mueble, obviamente con un acondicionamiento mínimo que la hagan habitable, como lugar de alojamiento, como sede donde desarrollar la convivencia y ver satisfechas sus necesidades vitales básicas. Y para ello es indiferente que el bien sea susceptible de desplazarse porque, a lo sumo, podrá condicionar la localización del domicilio conyugal, pero no la vivienda familiar; da lo mismo que la caravana esté en un *camping* en un ambiente rural, que en un descampado o solar situado en una ciudad, puesto que lo fundamental es la función convivencial que proporciona el bien mueble y que como tal es aceptado por la familia; lo contrario conllevaría identificar vivienda familiar con finca registral, algo inaceptable. Como también es indistinto el grado de deterioro. Precisa de reformas o reparaciones tanto la *roulotte* como la vivienda como consecuencia del implacable e ineludible paso del tiempo; que sea antes o después, en función del material empleado para su fabricación o construcción, no afecta en nada al carácter vivienda familiar. Y es una concepción peligrosa porque deja sin protección a numerosas familias (cada vez más en épocas tan convulsas de continuadas, y cada vez más próximas, recesiones económicas); además, como ha quedado apuntado, de ignorar la autonomía de la voluntad de los cónyuges (cuando ella es la que decide) en configurar su modo de vida.

En definitiva, nuestro enfoque de la cuestión supera el grave inconveniente que supone descartar, a partir de ideas preconcebidas, los espacios que se han señalado como inidóneos, cuando, en realidad, cumplen la misma función que el prototipo de vivienda como bien inmueble; además de ser más flexible y, por ello, adaptable a las innovaciones que puedan ir surgiendo. Además, nos parece que la reticencia de la doctrina mayoritaria a considerar la posibilidad de que estos bienes muebles constituyan vivienda familiar obedece, más bien, a las dificultades de hacer efectivos los mecanismos de tutela de la misma, pero que en el fondo no existen razones para su exclusión.

### 4.3. Habitabilidad

Presupuesto este que se conecta con la dignidad de la vivienda. En efecto, nos encontramos con dos posicionamientos doctrinales contradictorios, según el alcance que pretenda darse al artículo 47 de la CE, cuyo texto dispone que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

Una parte de los autores defiende que resulta imprescindible que la vivienda familiar reúna unas condiciones mínimas de habitabilidad<sup>76</sup>. Se suele acudir al citado artículo

76. CARCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», op. cit., pp. 1435-1436; CHAPARRO MATAMOROS, *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, op. cit., p. 67; GALLARDO RODRIGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 48; LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., p. 27; SERRANO GÓMEZ, *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 12.

47 de la CE para concluir que, para que sea considerada vivienda, han de concurrir los requisitos de ser digna y adecuada, esto es, solo será tal si reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus diversas facetas de una manera honrosa. Esta es la razón de excluir los solares, cabañas, chozas, carromatos, tiendas de campaña, garajes, construcciones en ruinas, establos, almacenes, por no ser dignos ni adecuados para albergar a seres humanos. En cambio, habría que incluir aquellas otras moradas, como las viviendas motorizadas (*roulottes*, yates...), menos frecuentes, pero no inexistentes, que, sin constituir una vivienda convencional, sean dignas y adecuadas.

Otro sector de autores<sup>77</sup> se posiciona en el lado opuesto, al considerar que no es preciso que la vivienda familiar sea digna, por más que el artículo 47 de la CE se refiera a una vivienda de tal cualidad. No todas las personas tienen una vivienda digna, pero no por ello deja de ser vivienda y, por lo tanto, sometida al estatuto legal particular que caracteriza a esta<sup>78</sup>. No se desprende, ni del artículo 1320, ni de ningún otro del Código Civil, que la vivienda deba reunir condiciones de habitabilidad determinadas; la única exigencia de la norma es que el lugar esté destinado a vivienda, sin calificativo o distinción de ninguna especie<sup>79</sup>. Conclusión esta última que se confirma cuando se apela a un principio de justicia para extender la protección del artículo 1320 del CC a los bienes que, aunque sirvan de alojamiento a una familia, carecen de las condiciones de habitabilidad, pese a que no sea este el criterio predominante de la doctrina<sup>80</sup>.

77. ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, op. cit., pp. 381 n. 13, 389 y 390; BERROCAL LANZAROT, «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», op. cit., p. 3473; MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., p. 40; PLANES MORENO, «Capítulo XXI: La vivienda familiar», en Hijas Fernández (coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, Madrid: Editorial Colex, 2007, p. 852. ORDÁS ALONSO, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., p. 76, además, sostiene que no puede identificarse vivienda habitual con el cumplimiento de la normativa urbanística, y, así, los incumplimientos relativos, por ejemplo, al volumen de edificabilidad, en nada afectan a las condiciones de habitabilidad de viviendas construidas con evidente infracción de los preceptos urbanísticos al respecto. Opinión esta que parece entrar en contradicción con la opinión de TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, op. cit., p. 34, al sostener que «Desde un punto de vista lógico, la vivienda, en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deberá reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo».

78. CUENA CASAS, «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuena Casas (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, op. cit., p. 284.

79. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., p. 206.

80. MUÑOZ DE DIOS, «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código civil», op. cit., p. 223 n. 5. Autor que, además, considera que la habitabilidad de la vivienda familiar se da, no solo en las viviendas estables (cuando la familia se aloja en un lugar fijo, como, por ejemplo, un

Además, el hecho de que administrativamente pueda llegarse a decretar el desalojo de esos espacios, no justifica que antes de que eso suceda deba privarse a sus ocupantes de su derecho y no resolverse, desde el punto de vista jurídico privado, las cuestiones relativas a la vivienda. Otra cosa es que cause sonrojo a los poderes públicos tener que decidir sobre el alojamiento de personas que se encuentran en tales condiciones<sup>81</sup>. En efecto, una cosa es la inestabilidad del derecho de ocupación de la vivienda, supeditado a una eventual intervención administrativa que suponga su extinción, y otra la aplicación del régimen de la vivienda familiar dispensado por las leyes. La actuación administrativa podrá poner fin a la ocupación de una vivienda que no reúna las mínimas condiciones de habitabilidad, incluso poniendo fin así al derecho de uso judicialmente acordado, pero esta consecuencia derivará de una acción de derecho público y no de la voluntad de cualquiera de los cónyuges<sup>82</sup>.

Siguiendo esta línea de principio, no puede identificarse vivienda habitual con el cumplimiento de la normativa urbanística, y, así, los incumplimientos relativos, por ejemplo, al volumen de edificabilidad, en nada afectan a las condiciones de habitabilidad de viviendas construidas con evidente infracción de los preceptos urbanísticos al respecto<sup>83</sup>.

Se ha dicho también que la obtención de la cédula o permiso administrativo es un principio de prueba que juega a favor de la habitabilidad, pero no siempre resulta imprescindible, debiéndose valorar en cada caso si tal espacio cumple la finalidad de dar satisfacción a las necesidades primarias, como descanso, aseo, alimentación, etc.<sup>84</sup>.

En definitiva, el concepto de vivienda familiar es un concepto civil que es independiente de la calificación administrativa que pueda ostentar el espacio e incluso de la viabilidad administrativa para dedicarlo a vivienda. Por eso una determina vivienda familiar lo es aunque no haya obtenido reconocimiento administrativo de viabilidad para obtener la calificación administrativa de vivienda (cédula de habitabilidad)<sup>85-86</sup>.

---

piso, apartamento, chalé, etc.), sino también en las movibles (cuando la familia, por razón de su profesión, tenga que estar en un continuo desplazamiento y haya establecido su vivienda en una caravana, remolque, *roulotte*, etc.) (*ibid.*, pp. 222-223).

81. MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares* (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). *Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., pp. 40-41.

82. PLANES MORENO, «Capítulo XXI: La vivienda familiar», en Hijas Fernández (coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, op. cit., p. 853.

83. ORDÁS ALONSO, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., p. 76.

84. PINTO ANDRADE, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., p. 42.

85. LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., pp. 26-27.

86. En contra de la opinión dominante parece pronunciarse TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, op. cit., p. 34, al sostener que «Desde

Por nuestra parte, entendemos que no puede traerse a colación el carácter digno y adecuado de la vivienda a la que tiene derecho todo español porque, como hemos explicado *ut supra*, dicho precepto tiene un mero carácter programático y, por tanto, orientativo para la actuación de los poderes públicos, que, además, no oculta la triste realidad de que aún subsisten viviendas que no reúnen las condiciones ideales de habitabilidad que pudiera esperarse, lo que no las priva del carácter de vivienda para quienes las ocupan. Así pues, no parece que una vivienda, por incompleta que pueda parecer a los ojos de los observadores, deba ser excluida de la protección que otorga el artículo 1320 del CC<sup>87</sup>.

#### 4.4. Actualidad

La vivienda ha de ser la actual de la familia. Como señala la SAP de Ourense (Secc. 1.ª) 40/2014, de 17 de febrero (FJ 1.º), el concepto de vivienda familiar hay que referirlo a la situación previa de la ruptura conyugal, y, en consecuencia, no es posible atribuir la condición de vivienda familiar a aquellos lugares que con posterioridad a la ruptura conyugal uno de los cónyuges decida tomar como domicilio, al margen de que lo haga en compañía de los hijos menores cuya custodia le haya sido atribuida.

En efecto, según tiene reiteradamente afirmado el Tribunal Supremo, en el contexto de crisis matrimonial, vivienda familiar es aquella que se identifica con la que fue tal hasta la ruptura del matrimonio<sup>88</sup>. En otros términos, vivienda familiar es aquella que reúne los requisitos que vienen exigiéndose para su configuración como tal hasta el momento justo de extinguirse la unión conyugal.

El presupuesto de la actualidad se manifiesta especialmente conflictivo en los casos en que la familia tiene que desplazarse a otra vivienda hasta la finalización de las obras de construcción o de reforma de la que será o es ya vivienda principal. O cuando, por seguir el supuesto planteado por ÁLVAREZ ÁLVAREZ<sup>89</sup>, el matrimonio vende su vivienda familiar y con el dinero obtenido compra otra mejor, produciéndose la ruptura matrimonial después de la venta y la compra pero antes de la ocupación efectiva de la segunda vivienda.

Un sector de la doctrina<sup>90</sup> no admite como vivienda familiar el piso comprado por el matrimonio para vivir en él una vez concluya su construcción, como tampoco el terreno

---

un punto de vista lógico, la vivienda, en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deberá reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo».

87. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 206-207.

88. *Vid.*, entre otras, las STS 215/2016, de 6 de abril (FJ 3.º - 3); 42/2017, de 23 de enero (FJ 2.º - 1); 517/2017, de 22 de septiembre (FJ 3.º - 2); y 356/2021, de 24 de mayo (FJ 2.º).

89. *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, op. cit., p. 388.

90. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 216-217; GARCÍA CANTERO, «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en P.-J. Viladrich (coord.),

sobre el que proyectaron su edificación, si la familiar no hace efectivo su traslado, obviamente al finalizar el proceso constructivo.

En cambio, otros autores mantienen la postura contraria. Se ha llegado a afirmar que la vivienda en construcción o de nueva adquisición —que la doctrina excluye porque, al tiempo de producirse la crisis matrimonial, no era el lugar donde había venido desarrollándose la convivencia familiar de forma habitual—, si es la única de la que dispone la familia, con base en el carácter protector y asistencial del art. 96.1 del CC, deberá ser considerada como vivienda familiar<sup>91</sup>. También se ha considerado que las viviendas en obras o en construcción pueden ser objeto de atribución siempre que existiese intencionalidad por parte de la familia de constituir en la misma su futura vivienda familiar, ya que, si no llegaron a vivir en la misma, fue por causa sobrevenida a la crisis de matrimonio<sup>92</sup>.

En la jurisprudencia menor, encontramos resoluciones que se pronuncian sobre la condición de familiar de esas viviendas cuya construcción no ha finalizado o que han sido abandonadas ocasionalmente. La SAP de Jaén (Secc. 1.ª) 96/2005, de 28 abril (FJ 2.º), pese a la alegación del actor de que la vivienda nunca ha sido la vivienda familiar entre otras cosas porque todavía no está terminada, concluye que de la prueba practicada se desprende que esta casa estaba llamada a ser el nuevo domicilio de la familia, casa que se estaba construyendo desde hace 8 o 9 años y donde los cónyuges habían invertido todo su esfuerzo personal y económico. Por estas razones, el uso de la vivienda se debe de adjudicar a la demandada y a sus hijos, pues se considera que, por su ubicación,

---

*El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, op. cit., p. 73; HERRERO GARCÍA, comentario al artículo 1320, en Paz-Ares Rodríguez / Díez-Picazo y Ponce de León / Bercovitz / Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., p. 588; LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., p. 31; MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC)*. *Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., p. 58; MONTERO AROCA, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales. (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, op. cit., pp. 28-29.

91. CHAPARRO MATAMOROS, *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, op. cit., pp. 69-70; GIL MEMBRADO, *La vivienda familiar*, Madrid: Editorial Reus, S.A., 2013, p. 21, que se inclina por sostener que «en determinados casos, un criterio finalista al margen de la habitualidad o permanencia justificaría la atribución del carácter de vivienda familiar a otro inmueble», como, por ejemplo, no hacer peligrar el amparo que dispensa el art. 96 CC.

92. CARRERAS MARAÑA, «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda», en Larrosa Amante (dir.), *Derecho Inmobiliario: problemática actual*, t. I, op. cit., p. 52; GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 79; PLANES MORENO, «Capítulo XXI: La vivienda familiar», en Hijas Fernández (coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, op. cit., p. 858, que no considera vivienda familiar la que no hubiera llegado a serlo, salvo que hubiera sido adquirida con anterioridad a la ruptura de la pareja, con el objeto de cambiar la vivienda anterior y a costa del precio obtenido por la venta de aquella.

cerca de los colegios de sus hijos, como por su habitabilidad, es la idónea para que sea el domicilio familiar.

En la misma dirección se pronuncia la SAP de Málaga (Secc. 5.ª) 1080/2005, de 21 de octubre (FJ 2.º). La sentencia dictada en primera instancia estima parcialmente la demanda, declarando la separación del matrimonio y aprobando las medidas en relación con los hijos, la vivienda familiar y las cargas del matrimonio, pronunciamientos contra los que se alza en apelación el demandante; en lo que nos interesa ahora, el referido al uso de la vivienda conyugal a favor de la esposa y la hija menor. Considera el apelante que la resolución dictada no es ajustada a derecho por injusta, desproporcionada y carente de equidad, toda vez que los cónyuges establecieron, de común acuerdo, que el domicilio conyugal fuera la vivienda que la familia venía ocupando (una casa grande dividida en varias casas, en la que habitan los padres de la apelada y otra de sus hermanas, y que actualmente se encuentra en venta a una constructora que está interesada en el terreno, debido al mal estado de conservación, sobre todo el estado ruinoso de la vivienda, propiedad de los padres), y que el hoy apelante ocupara, al menos de forma provisional, una nueva vivienda recién adquirida, asumiendo todos los gastos derivados de dicha adquisición (hipoteca, comunidad de propietarios, suministros, etc.), por lo que resulta injusta la decisión que obliga al apelante a abandonar la vivienda que viene ocupando. Pues bien, razona la Audiencia Provincial que del examen de la documentación aportada resulta acreditado que la nueva vivienda fue adquirida por los hoy litigantes sin que en ningún momento haya sido ocupada por el núcleo familiar, pues consta en autos que la esposa del apelante sigue habitando en el que fue el domicilio conyugal, si bien resulta evidente que tal adquisición debió responder a un deseo del matrimonio de llevar una vida independiente, circunstancia que sin duda no se produjo al producirse el distanciamiento afectivo y la crisis matrimonial. Puesto que una de las medidas que debe adoptarse en aplicación del art. 91 del CC es la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar —sigue razonando la sentencia—, debe atribuirse tal consideración a la vivienda adquirida por el matrimonio, pues de lo contrario sí podría producirse una situación injusta y arbitraria, al obligar a los propietarios (los padres de la apelada) a mantener a esta y a su hija bajo su techo, privándoles de la posibilidad de disponer libremente de la vivienda mientras el esposo disfruta de otra de nueva construcción sin otras cargas que las derivadas del préstamo hipotecario. Además, puede ser cierto que el apelante haya sufragado cantidades para reparar la vivienda que constituyó el hogar familiar, si bien ello refuerza la tesis de la apelada de su deplorable estado, y en su caso podrá motivar las acciones de reintegro de que se considere asistido, pero nunca justificar la persistencia de una situación de interinidad que limita los derechos de los auténticos propietarios.

Por su parte, la SAP de Granada (Secc. 5.ª) 101/2007, de 9 de marzo (FJ 2.º), considera que tiene el carácter de vivienda familiar, aunque temporalmente se halla abandonado su uso con motivo de obras de reforma. Para llegar a tal decisión, la Audiencia Provincial entiende que «este uso no tiene que ser actual ni supone que siempre deba haber una identificación entre vivienda familiar y posesión o uso de la misma, pues cabe que la

vivienda familiar no este temporalmente usada a tal fin porque concurren circunstancias que no lo permitan, como pueden ser razones laborales, ejecución de obras de reforma o reconstrucción, enfermedad u otras, porque lo esencial es que sobre ella recaiga la voluntad del grupo familiar de servir de residencia al mismo».

En cambio, para la SAP de Barcelona (Secc. 18.ª) 239/2009, de 28 de abril (FJ 3.º), que no existe domicilio familiar propiamente dicho, sino un proyecto de domicilio familiar que no se ha llegado a consolidar, y ello porque ni siquiera se ha terminado de construir, constituyendo tan solo un proyecto de vivienda común, pero no la vivienda familiar efectiva.

Una solución diferente exige la vivienda que ya es familiar, pero desalojada temporalmente por los cónyuges y, en su caso, los hijos, hasta la conclusión de las obras de mejora o de acondicionamiento. Este abandono esporádico o puntual no hace perder a la vivienda su carácter de familiar, y, por tanto, quedará sujeta al régimen del artículo 96 del CC.

#### 4.5. Habitualidad

Viene exigiéndose cierta habitualidad como manifestación de la efectiva ocupación de la vivienda por la familia<sup>93</sup>, en el sentido de utilizarla de forma estable para las funciones que le son propias, esto es, como el lugar que proporciona habitación a la familia, un espacio propicio para la convivencia de sus integrantes, dependencias adecuadas para su alimentación y ocio. Lógicamente, la cuestión del carácter habitual se plantea cuando la familia tiene más de una vivienda, ya que si la familia dispone de un único inmueble no se cuestiona su habitualidad. Si la familia posee más de una, todas ellas pueden considerarse familiares, pero a efectos de protección del art. 1320 del CC, solo se protege a una, y a efectos de atribución de uso del artículo 96 del CC, solo se menciona una vivienda como vivienda familiar<sup>94</sup>.

¿Qué ha de entenderse por habitualidad? «No, desde luego, una residencia prolongada durante un espacio de tiempo. Se daría entonces el absurdo de que una persona que se traslada a vivir a una ciudad no adquiere domicilio hasta que no haya transcurrido un lapso de tiempo, consideración que repugna a la conciencia social»<sup>95</sup>. Esta habitualidad es entendida por como algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. Tan habitual es la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente.

93. Vid. la abrumadora bibliografía y jurisprudencia citadas por CHAPARRO MATAMOROS, *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, op. cit., p. 59 ns. 47 y 48.

94. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., p. 216; GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., pp. 50-51.

95. Díez-Picazo y Ponce de León / Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV: *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1995: 3.ª reimp. de la 8.ª ed., p. 285.

Efectivamente, no se prevé en la ley civil ningún plazo mínimo que, a modo de requisito constitutivo, otorgue a la vivienda la condición de familiar. Lo fundamental es, para que la familia permanezca en la vivienda con la intención de constituir en ella su hogar<sup>96</sup>. Ahora bien, a los efectos legales de protección de la vivienda, la habitualidad es determinante, por lo que las casas de recreo, las viviendas vacacionales, etc., en cuanto que no son utilizadas por la familia de forma habitual, quedan fuera de la protección otorgada por los diversos preceptos legales relativos a la cuestión<sup>97</sup>.

Algunos autores diferencian, a este propósito, entre *corpus* o elemento objetivo —equivalente a un asentamiento con carácter permanente— y *animus* o elemento subjetivo —entendido como intención de que tal asentamiento lo sea con tal carácter de permanencia—, y ofrecen unos efectos diversos según se den los dos o uno de ellos. Así MUÑOZ DE DIOS<sup>98</sup> considera que se requiere la concurrencia de los dos elementos, y al analizar los dos casos que pueden darse al faltar uno, llega a las siguientes conclusiones:

- a) *Corpus* sin *animus*. Es el supuesto de la familia que ocupa transitoriamente el piso de uno de los cónyuges mientras se termina de construir un chalé en el que piensan establecer su vivienda familiar. En este ejemplo el cónyuge titular podrá disponer libremente del piso, ya que no existe habitualidad, pues la familia no ocupa el piso con la intención de permanecer en él.
- b) *Animus* sin *corpus*. Es el caso (bizarro, según lo vemos nosotros, y en su 3.ª acepción, por cierto) de unos novios en el que uno de ellos tiene un piso de su propiedad y ambos realizan conjuntamente la compra e instalación de todo el mobiliario, con la intención de establecer en el mismo su hogar familiar. Contraen matrimonio y marchan después de la ceremonia a otra población, donde uno de los cónyuges tiene su destino provisional, sin haber pernoctado ninguna noche en el piso amueblado.

96. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, op. cit., pp. 382-383; BELDA SÁENZ, «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», op. cit., p. 337; BERROCAL LANZAROT, «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», op. cit., p. 3472; CUENA CASAS, «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, op. cit., p. 286; GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., pp. 49-50; LUCINI CASALES, «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», op. cit., p. 92; LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., p. 30; MUÑOZ DE DIOS, «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código civil», op. cit., p. 225; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Notas sobre la vivienda habitual de la familia. (En turno de rectificación)», op. cit., p. 1606; y ORDÁS ALONSO, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., p. 78.

97. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 588, 1988, p. 1589.

98. «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código civil», op. cit., pp. 225-226.

Pues bien, aquí no ha existido una ocupación material y efectiva del piso, pero el autor citado considera que se puede estimar que se ha producido una ocupación espiritual del mismo que le atribuye el carácter de vivienda habitual. Por consiguiente, el cónyuge titular no podrá disponer de dicho piso sin el consentimiento del otro cónyuge.

Esta visión ha sido muy criticada y, por ello, reinterpretada. Según entiende BERROCAL LANZAROT<sup>99</sup>, si la vivienda se habita de forma normal y permanente es porque se entiende que existe intención de hacerlo, es decir, el *animus* se deduce del propio *corpus*<sup>100</sup>. Al ser posible que la vivienda sea ocupada transitoria o provisionalmente y sea considerada también vivienda habitual mientras tal ocupación tenga lugar, no es necesario que concurren ambos elementos para que opere este requisito.

ELORRIAGA DE BONIS<sup>101</sup> advierte que la aplicación de esa forma de interpretar la habitualidad conlleva el peligro de desprotecciones no deseadas, citando específicamente el modelo de matrimonio que ocupa una vivienda en forma transitoria, a la espera de mudarse a otra ya construida pero no desocupada o no terminada, en cuyo caso tiene el *corpus* pero no el *animus*, por lo que el propietario podría disponer de ella libremente, ya que el piso no se ocupa con la intención de permanecer en él. Con ello se llega a una conclusión contraria al espíritu del art. 1320 del CC, ya que con ese mecanismo es posible que la familia sea privada del lugar donde vive, aunque sea de forma transitoria, pues concurre el grave peligro de que lo que en principio fue transitorio se prolongue por mucho más tiempo del deseado. Cree este autor (y nosotros con él) que la vivienda transitoria ha sido mal entendida, puesto que la familia puede vivir habitualmente en un lugar aunque lo haga en forma transitoria o provisional, o con la esperanza de trasladarse a otro lugar, y ello no autoriza a que uno de los cónyuges pueda disponer unilateralmente de la que en ese momento se ocupa.

Siguiendo esta misma dirección, si quisiéramos compaginar la literalidad y significación de los términos latinos citados y evitar, al mismo tiempo, la situación indeseada de desprotección, podría decirse que, incluso en la vivienda transitoria, se da el *animus*, solo que condicionado o expectante. Mientras los cónyuges habitan la vivienda propiedad de uno ellos, a la espera de que se les haga entrega de la vivienda definitiva, hay un *animus* de tener como vivienda habitual esa que ocupan provisionalmente, aunque sea con la intención evidente de sustituirla por otra, porque, en efecto, ¿quién asegura el tiempo que finalmente permanecerán en esta otra vivienda? Por eso, y porque durante ese tiempo, más o menos largo, los cónyuges, y con ellos si acaso los hijos, desarrollan en la vivienda provisional todas las actividades encaminadas a asegurarse su habitación,

99. «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», op. cit., p. 3472.

100. Expresión que es reproducida por GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 50.

101. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., p. 189.

convivencia, intimidad y alimento, dicha vivienda provisional ha de quedar igualmente sujeta al régimen de protección del art. 1320 del CC.

El Tribunal Supremo, por su parte, insiste en la habitualidad de la ocupación de la vivienda para poder considerarla familiar, lo que lleva a la STS 726/2013, de 19 de noviembre (FJ 2.º), a negar tal cualidad a la vivienda que un matrimonio estableció en Sevilla, a partir de los siguientes condicionantes fácticos: ambos cónyuges desarrollan una actividad profesional vinculada al transporte aéreo de pasajeros, pues mientras que el esposo es piloto y tiene su domicilio y su centro de trabajo en Madrid, la esposa es azafata de otra compañía aérea y tiene su base de trabajo en Barcelona, aunque por determinación expresa de ambos cónyuges el domicilio familiar se fijó en Sevilla. En contextos de crisis matrimonial, argumenta el Alto Tribunal, el art. 96 del CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden y que esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir perjuicios a los hijos. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, y la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso el tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien. Uno de los factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges es 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. Este es el caso. El domicilio en el que convive la menor no constituye la residencia habitual de la unidad familiar, al contrario, la vivienda sirve más para preservar de forma residual o secundaria los intereses de los progenitores que los de la menor puesto que, aunque por determinación expresa de ambos, el domicilio familiar se fijó en Sevilla, ninguno de ellos convive habitualmente en ella, ya que por razones de trabajo lo tienen en Barcelona y Madrid.

Obviamente, no desaparece la habitualidad cuando la familia, puntual o periódicamente, no ocupe la vivienda familiar, por ejemplo, por desplazarse a residencias de verano, hoteles, casas rurales, etc., para disfrutar de ambientes y lugares distintos de aquel que constituye su morada permanente. Incluso cuando el desplazamiento es efectuado a vivienda familiar de otras personas que conforman, a su vez, distinta familia. Pensemos los supuestos de visitas a familiares o amigos, durante un tiempo, más o menos largo, pero siempre limitado<sup>102</sup>. El traslado a otra vivienda del matrimonio seis meses antes del proceso matrimonial es un aspecto que no comporta mayor trascendencia en cuanto se produce en una época temporalmente coincidente con la crisis familiar, en que es

102. SAP de Zamora (Secc. 1.ª) 127/2017, de 5 de mayo (FJ 3.º).

natural que alguno de los esposos se ausente del domicilio familiar sin esperar a una resolución judicial que lo autorice expresamente<sup>103</sup>.

#### 4.6. Convivencia

Del examen de la jurisprudencia se desprende que nuestros tribunales, para llegar al concepto jurídico de vivienda familiar, acuden a la norma del artículo 68 del CC, para concluir que es la vivienda en la que los cónyuges cumplen con el derecho y deber de convivencia<sup>104</sup>. Ciertamente a tal comprensión se suele añadir otros aditamentos —lugar donde los cónyuges comparten las responsabilidades domésticas<sup>105</sup>, sede física de las actividades sociales y económicas de la familia<sup>106</sup>, refugio elemental que sirve a la satisfacción de las necesidades primarias de la persona (descanso, aseo, alimentación, vestido...) y protección de la intimidad<sup>107</sup>, etc.—, pero el núcleo de la definición lo constituye la mencionada convivencia, en justa correspondencia con su importancia en la configuración de la institución matrimonial, como el deber conyugal por excelencia, el que caracteriza más claramente a un matrimonio bien avenido. Además, esa convivencia ha de tener una vocación de continuidad y habitualidad<sup>108</sup>. Solo cuando existe una verdadera convivencia en tales términos pueden cumplirse en toda intensidad los restantes deberes conyugales. Pese a que no es imprescindible para que exista matrimonio, la convivencia implica un ánimo de llevar a cabo una comunidad de vida material y espiritual, que es exigida como uno de los bienes esenciales del propio matrimonio<sup>109</sup>.

103. SAP de Murcia (Secc. 1.ª) 281/2004, de 5 de octubre (FJ 1.º). En el mismo sentido, entre otras, las SAP de Asturias (Secc. 6.ª) 316/2004, de 4 de octubre (FJ 2.º); Murcia (Secc. 5.ª) 294/2007, de 16 de octubre (FJ 2.º); y Barcelona (Secc. 12.ª) 455/2009, de 30 de junio (FJ 4.º).

104. STS 340/2012, de 31 de mayo (FJ 3.º) y 726/2013, de 19 de noviembre (FJ 2.º); SAP de Barcelona (Secc. 12.ª) de 18 de mayo de 1999 (FJ 1.º); Asturias (Secc. 1.ª) 2/2004, de 7 de enero (FJ 2.º); Las Palmas (Secc. 5.ª) 587/2005, de 17 de noviembre (FJ 3.º); Madrid (Secc. 22.ª) 465/2012, de 22 de junio (FJ 2.º); Asturias (Secc. 6.ª) 296/2013, de 4 de noviembre (FJ 2.º); Huelva (Secc. 2.ª) 90/2017, de 15 de febrero (FJ 1.º), entre otras.

105. SAP de A Coruña (Secc. 5.ª) 146/2009, de 16 de abril (FJ 2.º).

106. SAP de Valladolid (Secc. 1.ª) 134/2004, de 16 de abril (FJ 4.º).

107. STS 1085/1996, de 16 de diciembre (FJ 7.º). A esta resolución se remiten la STS 212/1998, de 10 de marzo (FJ 3.º) y las SAP de Granada (Secc. 5.ª) 483/2018, de 21 de diciembre (FJ 3.º); León (Secc. 2.ª) 266/2020, de 8 de octubre (FJ 4.º); Lugo (Secc. 1.ª) 13/2022, de 12 de enero (FJ 1.º); Cádiz (Secc. 5.ª) 175/2022, de 2 de marzo (FJ 1.º), por citar algunas de las más recientes.

108. STS 641/2018, de 20 de noviembre (FJ 2.º - 5), y las que cita.

109. RAGEL SÁNCHEZ, «Capítulo 6. Efectos personales del matrimonio», en Yzquierdo Tolsada / Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I: *Derecho de familia y Derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 678-679.

La doctrina, en la misma dirección que la jurisprudencia, habla de base física del derecho-deber de convivencia<sup>110</sup>, de aquella en la que con carácter estable se desarrolla o desarrollaba en un pasado no muy lejano la convivencia entre los cónyuges o convivientes e hijos si los hubo<sup>111</sup>, de lugar de residencia habitual común de los cónyuges (art. 40 CC), en el que se cumple el deber de convivencia<sup>112</sup>, o de lugar donde periódicamente y con asiduidad desarrolla la vida diaria la familia<sup>113</sup>, por citar solo algunos ejemplos.

---

110. O'CALAGHAN MUÑOZ, *Código civil comentado y con jurisprudencia*, 2006: 5.ª ed., p. 123.

111. PÉREZ MARTÍN, *Tratado de Derecho de familia*, t. I: *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, vol. I: *Aspectos sustantivos*, Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 432.

112. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, comentario al artículo 70 en Cañizares Laso / de Pablo Contreras / Orduña Moreno / Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I: *Título preliminar - De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I - De las personas. Libro II - De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (Arts. 1 a 608)*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 446.

113. GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 47.

## 5. SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

### 5.1. Locales comerciales o espacios dedicados a una actividad profesional

La exigencia de convivencia para que la vivienda adquiera el carácter de familiar parece excluir de tal condición a los locales comerciales y los espacios interiores de la propia vivienda destinados al ejercicio de una actividad profesional. Respecto a los primeros, los locales comerciales, dice PÉREZ MARTÍN<sup>114</sup> que, aunque la dinámica de la construcción en régimen de propiedad horizontal impide por lo general que un local comercial pueda estar unido a una vivienda, existen supuestos en los que dicho local forma parte integrante de esta, y puede darse la circunstancia de que en él uno de los cónyuges, o ambos, desarrollen una determinada actividad laboral.

Si el local comercial es independiente de la vivienda familiar, no forman parte del concepto de vivienda familiar<sup>115</sup>.

En cuanto a los segundos, nos encontramos con los casos de las viviendas mixtas, en las que una parte inseparable del inmueble está dedicada al desarrollo de una actividad empresarial o profesional. Los criterios empleados para resolver esta cuestión, como resume BERROCAL LANZAROT<sup>116</sup>, son los de accesoriidad, que exige determinar si la vivienda o la actividad empresarial o profesional es la principal; y la posibilidad o no de poder segregarse ambos espacios, llegado el caso.

De esta manera, MARTÍN MELÉNDEZ<sup>117</sup> sostiene que si el local tiene carácter mixto, por desarrollarse en él habitualmente la convivencia familiar y además ejercerse la profesión de uno de los cónyuges, no por ello dejará de considerarse vivienda familiar y aplicársele las normas a ellas referentes, si bien, siempre que sea posible, deberá segregarse la parte dedicada al ejercicio profesional<sup>118</sup>.

No obstante, se observa una corriente doctrinal tendente a minimizar el criterio de accesoriidad y maximizar la finalidad protectora de la normativa específica. Para

---

114. *Tratado de Derecho de familia*, t. I: *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, vol. I: *Aspectos sustantivos*, op. cit., pp. 434-435.

115. GARCÍA PRESAS, *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Madrid: Editorial Reus, S.A., 2019, p. 22, con apoyo de la STS 284/2012, de 9 de mayo, a la que se hará referencia más adelante.

116. «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», op. cit., p. 3474.

117. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., p. 41.

118. Sigue esta línea de pensamiento CARCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», op. cit., p. 1437, al entender que el desarrollo de actividades extradomésticas no desnaturaliza el concepto de vivienda habitual si, aplicando un criterio de accesoriidad, es posible segregar la parte destinada a tales actividades.

ELORRIAGA DE BONIS<sup>119</sup> la lógica de razonamiento del criterio de accesoriedad es incuestionable, mas no así sus conclusiones, que se apartan del espíritu del artículo 1320 del CC por las dos siguientes consideraciones: (i) la norma no efectúa distinción alguna en la materia, por lo que cualquier precisión que se pretenda en este sentido excede el contenido del precepto; y (ii) lo protegido es la vivienda de la familia, sin importar si es grande o pequeña, si es o no utilizada con fines comerciales; lo que se quiere evitar es que la mala voluntad de uno de los cónyuges pueda dejar al resto de la familia sin un lugar donde vivir, y dicho objetivo no se cumple si se permite que se enajene el estudio, despacho o negocio en el que vive la familia, aunque dicha habitación sea accesoria a una actividad principal. Por tanto, sea o no principal la vivienda, o funcione o no en ella un despacho u oficina profesional, debe ser amparada. Según CUENA CASAS<sup>120</sup>, en estos supuestos de inmuebles de naturaleza mixta, no resulta apropiado aplicar la regla de la accesoriedad, que implica determinar con carácter previo qué actividad es la principal. Teniendo en cuenta la finalidad tuitiva de la familia que inspira la normativa en materia de vivienda —sigue afirmando—, el hecho de que en el inmueble coexista con la finalidad de vivienda otra actividad, no excluye dicho bien del estatuto jurídico particular que la ley asigna a la vivienda familiar.

En las resoluciones de los tribunales se observan varios criterios cuya ponderación determinará la decisión acerca de la utilización de partes integrantes de la vivienda familiar por el cónyuge que ha de abandonarla, básicamente, la existencia o no de conflicto en la familia y la posibilidad de que el negocio pueda instalarse en otro lugar sin gran perjuicio para el titular de la actividad profesional.

Así, la SAP de Barcelona (Secc. 18.ª) de 9 de mayo de 2000 (FJ 2.º), cuando debe resolver acerca de la petición del marido de atribuirle el uso de la vivienda porque en ella tiene su actividad profesional (una consulta médica), por lo que disponer de la finca le era vital para el ejercicio de su profesión, además de que el traslado del despacho a otro edificio podía acarrearle graves perjuicios, la pérdida de pacientes, o el coste de instalación, rechaza la solicitud porque no ha quedado acreditado qué dependencias de la vivienda precisa para la actividad profesional, qué instrumental de difícil o imposible traslado se encuentra en el mismo, qué días y horas tiene consulta abierta, si dispone de personal auxiliar para atender a los clientes, qué volumen o número de pacientes viene a atender en cada día de consulta, qué perjuicio irreparable o de difícil o muy costosa reparación le pueda acarrear el traslado, etc., y, por otra parte, viene a reconocer que también trabaja vía internet, para lo cual no hace falta disponer de consultorio. Atribución que, en todo caso, ha de atender a otro interés que el del apelante, cual es el de cubrir las necesidades habitacionales del hijo y al tiempo minorar los efectos traumáticos que de la ruptura se derivan permitiendo que el menor continúe residiendo

119. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 208-29.

120. «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, op. cit., pp. 284-285.

en el que hasta la fecha de la crisis familiar era su entorno habitual y en el que debe intentarse que continúe creciendo.

Por su parte, la SAP de Madrid (Secc. 24.ª) 1016/2001, de 18 de octubre (FJ 4.º), ante la petición del marido apelante de que se le atribuya el uso del despacho situado en la planta baja del que fue el domicilio conyugal, habida cuenta que es una parte de la casa totalmente independiente del resto de la vivienda, y que es el lugar donde siempre ha desarrollado su actividad intelectual y profesional, dotado de miles de volúmenes, conviene no ser merecedor de favorable acogida, «dado que ello podría dar lugar a enfrentamientos entre los distintos miembros de la familia, en especial entre los cónyuges, habida cuenta que el uso del domicilio conyugal ha sido atribuido a la madre y a los hijos que quedan en su compañía».

En la SAP de Pontevedra (Secc. 1.ª) 39/2008, de 23 de enero (FJ 3.º), el debate se circunscribe a los pronunciamientos de instancia que resuelven la atribución a la esposa del uso y disfrute del domicilio conyugal, y de la explotación de la taberna ubicada en el bajo de la vivienda en cuestión. Para resolver, la Audiencia ha de valorar si, atendidas las circunstancias, existe un interés más necesitado de protección que sugiera la atribución del uso y, en caso afirmativo, durante cuánto tiempo. Pues bien, teniendo en cuenta, de un lado, el hecho reconocido de que, a raíz de ciertas desavenencias entre ambos cónyuges, la esposa dejó el domicilio familiar y se instaló transitoriamente en el piso de un hermano, donde aún reside hasta el día de hoy, mientras el marido permanecía en la vivienda conyugal, sin que el negocio de la taberna haya abierto sus puertas desde aquella fecha; y, de otro lado, los ingresos de los respectivos cónyuges (921 €/mes en el caso del marido y 300 €/mes en el de la esposa), «no hay duda de que existe un interés más necesitado de protección, representado por la demandante y que aconseja atribuir el uso y disfrute de la vivienda a esta última, tanto porque sus ingresos no alcanzan al 50% de los de su esposo como porque ello permitirá continuar explotando el negocio y allegando recursos para atender sus necesidades; atribución que, precisamente al no existir hijos convivientes, no tiene carácter indefinido, sino que se prolongara en tanto tras se procede a liquidar la sociedad de gananciales».

Sobre este tema resulta de interés la decisión aportada por la STS 78/2012, de 27 de febrero (FJ 3.º y 4.º), en la que, adelantando lo que será objeto de análisis más detenido en un posterior apartado, se decide sobre la atribución del uso de la vivienda, no al cónyuge con quien quedan los hijos, sino al progenitor que desempeña en ella una profesión liberal, con despacho abierto en la propia vivienda.

Según se narra en el resumen de hechos probados, en la sentencia de separación se atribuyó el uso y disfrute del piso común al esposo en razón de que desempeñaba en dicho piso su actividad profesional como abogado y que los ingresos que obtenía, eran los únicos de la familia por lo que un pronunciamiento distinto no haría más que contribuir a la inestabilidad y deterioro económico de la misma, con grave peligro para los cónyuges y, en particular, para su hijo menor. Esta medida fue confirmada en una sentencia del

propio juzgado en procedimiento de modificación de medidas y también en la sentencia que decretó el divorcio. Posteriormente, la exmujer demandó a quien fue su cónyuge en solicitud de la división de la vivienda y de la plaza de garaje, que les fueron adjudicadas *pro indiviso* en la liquidación de la sociedad de gananciales. Pidió que se la adjudicara el marido y subsidiariamente, para el caso de que este no admitiera la valoración y no se quedara con la vivienda, se sacara a pública subasta. En la contestación a la demanda, el marido no se opuso a la división de la cosa común, siempre que se mantuviera el derecho de uso judicial del artículo 96 del CC, que le fue atribuido en las sentencias de separación y de divorcio. La sentencia del juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia estimó parcialmente la demanda de división, declarando la procedencia de la extinción del condominio existente sobre la vivienda; cesando el *proindiviso*, mediante subasta pública o venta extrajudicial, con admisión de licitadores extraños, si ninguno de los litigantes-condueños conviniere en su adjudicación indemnizando al otro en un 50 % de su valor. En cuanto al derecho de uso, sostiene la sentencia del juzgador *a quo* que debe estar originado en el artículo 96 del CC y seguir cumpliendo la función de servir de hogar familiar, pues de no ser así, ninguna traba jurídica existirá para su libre disposición o división al faltar la razón de ser de la misma cual es la tutela de la situación familiar provocada por la crisis matrimonial. En el caso enjuiciado, la atribución del uso no tuvo que ver con ningún pacto entre cónyuges, ni fue atribuido al hijo, ni se consideró el interés del marido como el más necesitado de protección, porque se le otorgó al tener allí su despacho profesional, y por ello procede la acción de división.

El exmarido recurrió esta sentencia en apelación, que fue revocada por la Audiencia Provincial al considerar que no es posible acceder a la división de la vivienda sin respetar el derecho de uso que le corresponde a aquel en función de lo declarado en la sentencia de divorcio. Esta resolución también es recurrida, solo que ahora por la exmujer y, lógicamente, en casación, por dos motivos: (i) la casa que constituyó el hogar familiar se adjudicó al marido en la sentencia de divorcio, no en virtud del artículo 96 del CC, porque el hijo está viviendo en otro lugar, sino porque era el despacho profesional del marido y con la finalidad de que pagara la pensión de alimentos a su esposa e hijo; y (ii) por violación de los artículos 400 y 96 del CC y que no se ha tenido en cuenta que el menor no se encuentra en el hogar familiar. El marido tiene allí su despacho profesional y la adjudicación es temporal y nunca puede constituir un abuso de derecho.

Por tanto, el Tribunal Supremo debe resolver la compatibilidad entre la acción de división y el derecho de uso de la vivienda familiar. A este propósito, después de recordar la consabida regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la división y que el derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el artículo 400 del CC que el pacto entre los condóminos y, aun así, con las limitaciones que el propio precepto establece, el Alto Tribunal concluye que no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que obliguen a reconsiderar su mantenimiento.

Para llegar a tal conclusión resume la doctrina conforme a la que «el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros», y, «En consecuencia, la acción de división del piso mantendrá el derecho del ex marido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio y su derecho es oponible a terceros».

## 5.2. Trasteros y garajes

La realidad no siempre se muestra tan fácil de discernir como parece desprenderse de las opiniones doctrinales. Puede afirmarse, en línea de principio, que los trasteros y garajes tendrán la consideración de integrantes de la vivienda familiar cuando sean anejos de la misma, bien porque dichos espacios están incluidos en la propia vivienda unifamiliar, bien se trate de un piso en régimen de propiedad horizontal con garaje en el sótano, o trastero en este o en la planta superior, figurando inscritos en el Registro de la Propiedad como una sola finca<sup>121</sup>, bien cuando esos elementos están anexos a la vivienda familiar de forma tan conexa, dependiente e intercomunicada que hacen inviable un aprovechamiento independiente, como habitualmente ocurre en las viviendas unifamiliares<sup>122</sup>, o bien cuando la existencia del trastero o garaje esté configurada como elemento común del edificio con atribución individualizada del uso de una parte de dicho elemento<sup>123</sup>. Tanto es así que hay quien entiende que, en estos supuestos en los que no cabe un aprovechamiento independiente, la atribución del uso de la vivienda

121. GARCÍA PRESAS, *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, op. cit., p. 23; MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., p. 42; MONTERO AROCA, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales. (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, op. cit., p. 25, respecto de los cuartos trasteros; PINTO ANDRADE, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 43-44; PLANES MORENO, «Capítulo XXI: La vivienda familiar», en Hijas Fernández (coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, op. cit., p. 853.

122. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, op. cit., p. 389; BELDA SÁENZ, «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», op. cit., pp. 336-337; GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 55; GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., p. 122; MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., pp. 55-56; MONTERO AROCA, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales. (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, op. cit., p. 24, respecto de los garajes; MORENO VELASCO, «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», en *Diario La Ley*, n.º 7105, Secc. Tribuna, 2 de febrero de 2009, año xxx (recurso en línea: laleydigital [La Ley 157/2009]), pp. 2-3.

123. LUCINI CASALES, «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», op. cit., p. 95.

lleva implícita la atribución de todas las dependencias de la misma no susceptibles de utilización separada, por lo que ni siquiera sería necesario aludirles en la sentencia<sup>124</sup>.

Así lo entiende también la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales<sup>125</sup>.

Por el contrario, se suscitan múltiples dudas en contextos de crisis matrimonial respecto del uso de trasteros y garajes que pueden afectar a la regla general de que siguen la misma suerte que la vivienda familiar, que es el bien principal al que sirven. De esta manera, no serán considerados elementos integrantes de la vivienda familiar cuando se acredite alguna circunstancia que permita entender que el trastero o garaje son susceptibles de utilización independiente, por ejemplo, porque no están unidos funcionalmente a la vivienda familiar o constituyen fincas física y registralmente diferenciadas. Otro criterio empleado con frecuencia por los tribunales es el de la necesidad de su uso para el correcto desempeño de la función que se atribuye a la propia vivienda familiar, cual es el de facilitar la convivencia de la familia, o, en su caso, hijos y cónyuge en cuya compañía queden, de forma que, si esos otros elementos nada aportan a ese fin, o puede prescindirse de los mismos sin menoscabo de ningún tipo, podrá atribuirse un uso disgregado y autónomo del domicilio conyugal.

Veamos cómo nuestros tribunales deciden, generalmente en el seno de procedimientos matrimoniales, cuándo los garajes o trasteros deben o no considerarse inescindibles de la vivienda familiar, así como los argumentos empleados.

La SAP de Soria (Secc. 1.ª) 167/2004, de 19 de noviembre (FJ 2.º), debe decidir, como una de las cuestiones suscitadas por medio del recurso de apelación, la atribución, por la sentencia de instancia, del uso a la esposa y a los dos hijos mayores de edad que quedan en su compañía en la vivienda conyugal del almacén-garaje situado en la planta baja del edificio, que pertenece al marido a título privativo y en el que se han venido depositando diversos géneros del negocio de zapatería del que es titular este. Las circunstancias, así planteadas, tienen el viso de conducir a una estimación del recurso, si no fuera porque uno de los hijos precisa de una silla de ruedas para desplazarse, y la propia silla de ruedas y algunos de los artefactos que requiere para sus desplazamientos (en concreto una pequeña motocicleta adaptada) se guardan en ese espacio. La Sala no puede asumir los argumentos de la parte apelante sobre la posibilidad de habilitar algún espacio en el portal del edificio (perteneciente a los dos cónyuges) para el depósito de la silla de ruedas y para la instalación de un punto de luz desde el que cargar las

---

124. MONTERO AROCA, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales. (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, op. cit., p. 24. No obstante, conviene hacer referencia a esas dependencias, aunque su destino esté implícito en la decisión sobre el uso de la vivienda familiar, puesto que, debido al enconamiento entre las partes, característico de los procedimientos matrimoniales, se evitaría toda suerte de peticiones de aclaración y recursos.

125. SAP de Islas Baleares (Secc. 4.ª) 388/2010, de 20 de octubre (FJ 4.º); Ciudad Real (Secc. 2.ª) 250/2010, de 28 de octubre (FJ 2.º); Alicante (Secc. 4.ª) 131/2012, de 3 de abril (FJ 2.º); Barcelona (Secc. 18.ª) 598/2014, de 15 de septiembre (FJ 4.º), a título de ejemplos.

baterías de la silla de ruedas, ya que sería preciso, además, delimitar una zona para el depósito de los demás elementos empleados por el hijo para sus desplazamientos (la pequeña motocicleta adaptada, por ejemplo), y no hay constancia de que el portal del inmueble permita depositar cómodamente todos estos elementos. A ello se añade otra razón adicional para atribuir a la esposa el uso del garaje-almacén del edificio, ya que debe tenerse por un hecho plenamente acreditado que en dicho garaje se estacionan normalmente todos los vehículos automóviles de la unidad familiar (incluyendo el turismo propiedad de la esposa), por lo que resulta especialmente apto para introducir al hijo con movilidad reducida en uno de estos vehículos cuando debe desplazarse en automóvil, particularmente en aquellas ocasiones en las que ha sido necesario un desplazamiento urgente (al hospital, por ejemplo). La alternativa a la utilización del garaje-almacén a esos efectos consistiría en introducir al hijo en el vehículo automóvil desde la vía pública, lo que resulta notablemente más difícil e incómodo, toda vez que la calle en la que se ubica el edificio en el que está la vivienda familiar es muy estrecha y peatonal. Todo ello sin perjuicio de que, al ser el almacén-garaje bastante amplio, pueda seguir siendo usado por el marido y compatibilizar su utilización por la esposa.

El criterio del aprovechamiento independiente subyace en la decisión adoptada por la SAP de Cádiz (Secc. 4.ª) 18/2005, de 8 de febrero (FJ 3.º). En ella se dice que el último motivo del recurso planteado se basa en que la sentencia de instancia deja indebidamente sin efecto la atribución a la esposa del uso del trastero familiar. La Audiencia desestima el motivo porque la recurrente, que sostiene que lo utiliza ella y sus hijas para guardar numerosos objetos, no describe ni siquiera uno de tales objetos ni la utilidad que de los mismos pudiera derivarse, cuando, por el contrario, es notorio que en la generalidad de las casas se almacena una serie de cosas cuya existencia, salvo mínimas excepciones en razón de su valor afectivo, llega a olvidarse. Por tanto, ha de entenderse que, como declara la sentencia de instancia, el trastero —que, al igual que el garaje, es susceptible de proporcionar beneficios a la familia—, no es utilizado por la demandada recurrente y sus hijas.

Para la SAP de Barcelona (Secc. 12.ª) 459/2005, de 5 de julio (FJ 2.º), únicamente puede atribuirse el uso de las plazas de aparcamiento en supuestos tales como los afectantes a las edificaciones unifamiliares en las que el garaje o aparcamiento forma parte integrante del inmueble, de forma tan conexa, dependiente e intercomunicada, que hace inviable su aprovechamiento independiente por el cónyuge a quien no se le concedió la utilización del hogar familiar. De ahí que, en el caso enjuiciado, desestime el motivo impugnatorio porque la vivienda que en su día fue familiar y las plazas de aparcamiento tienen entradas independientes, pudiendo por tanto ser aprovechadas de forma indistinta por las partes. Por consiguiente, «es adecuado a derecho el pronunciamiento de la sentencia apelada, en cuanto no establece especial declaración de uso de tales plazas de aparcamiento, debiendo estarse a la fase de liquidación del régimen económico matrimonial o de división de las cosas de propiedad común».

En cambio, para la SAP de Teruel (Secc. 1.ª) 95/2006, de 30 de mayo (FJ 4.º), un inmueble unifamiliar debe de ser considerado como un todo unitario, y aunque la vivienda

propiamente dicha se ubique en una sola de sus plantas, los anexos a la misma, aun cuando no constituyan zonas habitables, se integran en el concepto de vivienda, formando con ella un todo unitario, que no debe de ser desmembrado, salvo que concurren circunstancias excepcionales.

En la SAP de Cuenca (Secc. 1.ª) 251/2006, de 28 de noviembre (FJ 2.º), el recurrente alega que la cochera se puede independizar del resto de la casa por cuanto tiene salida directa a la calle, disintiendo de la apreciación judicial de instancia por la que considera que la pretensión del recurrente no obedece a una verdadera necesidad sino comodidad que debe ceder ante el interés superior de la paz familiar. La Audiencia estima el motivo, por cuanto (i) es hecho acreditado que el recurrente venía destinando la cochera como almacén de los materiales y herramientas propios de su profesión; (ii) la cochera se puede independizar mediante la colocación de un sistema de cierre que impida la comunicación con el resto de la vivienda; y (iii) no existe dato ni indicio objetivo alguno del que pueda inferirse que la utilización puede provocar situaciones de enfrentamiento personal. Así pues, concluye que la utilización de la cochera, hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal, es perfectamente atendible y está justificada por cuanto se evita, de este modo, que el esposo tenga que sufragar el alquiler o compra de un local y, de esta manera, cumplir adecuadamente a las obligaciones económicas establecidas en la sentencia.

La SAP de Cádiz (Secc. 4.ª) 158/2008, de 8 de febrero (FJ 3.º), confirma el cese de la atribución a la esposa e hijas del matrimonio del uso del trastero familiar, y ello porque el trastero, al igual que el garaje, no es utilizado por la demandada recurrente y sus hijas, además de que es susceptible de proporcionar beneficios a la familia. En efecto, si la plaza de garaje o el trastero no son utilizados por el cónyuge custodio, puede atribuirse su uso al otro cónyuge que lo precise y le dé uso, o, incluso, alquilarse para la obtención de ingresos adicionales que pueden destinarse a la satisfacción de gastos comunes.

De utilidad directa habla la SAP de A Coruña (Secc. 6.ª) 113/2008, de 1 de abril (4.º): el trastero «se considera anejo a la vivienda y de él se puede obtener una utilidad directa por sus ocupantes, por lo que su uso debe ser atribuido a madre e hijas. En cambio, dado que éstas carecen de automóvil y que la plaza de garaje es privativa del esposo en tanto que la adquirió junto con la vivienda, se le atribuye a él su uso».

Según consta en la narración fáctica de la SAP de Valencia (Secc. 10.ª) 729/2009, de 26 de noviembre (FJ 2.º), la sentencia de instancia atribuye a la madre y al hijo menor de los litigantes, el uso y disfrute del domicilio familiar, trastero y garaje anejos, conminando al padre, si no lo ha verificado ya, a retirar del trastero anejo al garaje sus ropas y enseres personales. Dicha sentencia fue recurrida en apelación por diferentes motivos; en lo que nos interesa ahora, por la atribución del uso del trastero anejo al garaje de la vivienda familiar a la esposa. La apelación fue desestimada por la Audiencia Provincial al considerar que no se ha acreditado suficientemente el desgaje en la atribución del trastero y su uso al recurrente, puesto que en él contiene las herramientas

de su trabajo de pulidor, permita un uso «perfectamente independiente del garaje y de la vivienda». Además, encontrándose en el garaje de la vivienda «puede ser un nido de conflictos entre ambos», más la improcedencia —añade— «deriva del hecho de ser un trabajador por cuenta ajena y, en consecuencia, no tener justificación alguna el que sus instrumentos de trabajo se encuentren depositados en el trastero ganancial».

Por su parte, la SAP de Granada (Secc. 5.ª) 523/2009, de 6 de noviembre (4.º), confirma la sentencia de instancia por la que se atribuía a la apelante el uso de la vivienda familiar y al otro excónyuge el uso de la plaza de garaje, lo que fundamenta en atención a que, pese a que el garaje está muchas veces unido funcionalmente a la vivienda familiar al facilitar la vida familiar, no consta en los autos que realmente sea necesaria esta medida, cuando la esposa no acredita que sea titular o usuaria de un vehículo en el momento de la interposición de la demanda, ni que tenga carné de conducir. La esposa debería haber probado que ella necesita realmente el garaje para dejar el vehículo lo más próximo a la vivienda familiar (por ejemplo, porque tiene que desplazarse continuamente por razones laborales o porque el colegio está ubicado en lugar lejano). En caso contrario, no se puede conceder sin más el garaje sólo porque está en el mismo edificio donde está la vivienda familiar.

Se deduce de esta argumentación, pues, que si llegare a acreditarse que el garaje no está unido funcionalmente a la vivienda familiar (pongamos por caso porque son varias las plazas de que dispone, y no se utilizan todas ellas, o porque el cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda no precisa del garaje), puede obtenerse su uso por el que abandona la vivienda familiar.

En un contexto más general, la SAP de Valencia (Secc. 6.ª) 44/2007, de 30 de enero (FJ 2.º y 3.º), al resumir la fundamentación de la sentencia de instancia dictada en un juicio de desahucio por precario, parte de la definición de la vivienda familiar como «el espacio que, en cada caso concreto es utilizado por una familia como morada, es decir, como núcleo básico de su convivencia y donde se desarrollan sus quehaceres cotidianos más íntimos y privados», sin olvidar que «la atribución de tal uso también se extiende a los objetos de uso ordinario en ese espacio existentes, es decir, se incluye también el denominado ajuar doméstico o familiar». Por tanto —sigue argumentando el juzgador a quo—, «el ámbito objetivo de este derecho abarca la totalidad de las dependencias que son utilizadas a tal fin, así como los elementos afectos al uso común allí existentes, siempre y cuando sean necesarios y útiles para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar». Reconoce que, en relación con este extremo, se han planteado problemas concretos en cuanto a la inclusión de ciertas dependencias, como trasteros, plazas de aparcamiento, garajes, terrazas y terrenos adyacentes utilizados para jardín o recreo. Aunque lo normal es que tales instalaciones y terrenos estén afectas al fin indicado y, por ende, formen parte integrante del citado concepto, ello no es óbice para que en ocasiones queden fuera del mismo, bien porque así lo hayan acordado las partes en el convenio regulador, bien por quedar acreditada la independencia y autonomía de tales instalaciones respecto a ese fin.

Al resolver el recurso, la Audiencia Provincial hace suyos los razonamientos de la sentencia recurrida. Ahora bien, en el litigio objeto de la decisión no puede mantenerse que el uso del garaje esté amparado por la sentencia de divorcio, puesto que, además de que el juez que la dictó ya decidió que no era así, resulta de la distinta titulación jurídica y registral que corresponden a la vivienda y a la plaza de garaje, que no se halla incluida, ni siquiera como anexo, en la descripción de aquella, ni fue objeto de petición ninguna en el juicio de divorcio.

Así se desprende también de la SAP de Barcelona (Secc. 13.ª) 326/2008, de 26 de mayo (FJ 2.º), que directamente y sin más razonamiento, concluye que no se considerará que la vivienda y el garaje constituyen una unidad indivisible cuando se trate de fincas jurídica y físicamente distintas, siendo fincas registrales independientes, sin que conste que en el título constitutivo de la comunidad en propiedad horizontal se configurara la plaza de aparcamiento como un elemento anexo e inseparable del elemento privativo configurado por la vivienda<sup>126</sup>.

La misma esencia inspira la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 3.ª) 490/2010, de 10 de diciembre (FJ 2.º). La apelante (condenada en la instancia al desalojo de la plaza de garaje que viene ocupando en precario) alega, en esencia, la errónea valoración de la prueba y la vulneración del art. 96 CC, puesto que el uso que ha venido haciendo de la plaza de garaje litigiosa tiene como causa el acuerdo tácito de ambas partes por el bienestar de las dos hijas menores comunes, que esa plaza se encuentra en el mismo edificio en el que se ubica la vivienda familiar, comportándose las partes como si la indicada plaza fuera un elemento anejo a esa vivienda, habiéndosele atribuido por sentencia judicial el uso y disfrute de ésta, en cuanto fue hogar conyugal. Añade que el hecho de que la mencionada plaza de garaje constituya una finca registral independiente no obsta a esa consideración de anejo a la vivienda. Considera también errónea la valoración que el juzgador *a quo* da al interrogatorio del actor, ya que es ella quien se encarga de recoger a las menores del colegio, trasladarlas a las actividades extraescolares, etc., por lo que precisa de dicha plaza de garaje. El demandante apelado se opone al recurso negando que la plaza de garaje controvertida tuviera la condición de anejo de la vivienda que sirvió de hogar familiar, así como la alegación de que ambas partes lo hubieran considerado como tal en algún momento, como tampoco se recogió en la sentencia de divorcio al adjudicar el uso de esa vivienda a la ahora apelante. Además, niega también la necesidad del uso que de contrario se invoca.

---

126. Criterio el de la unidad registral que ha recibido justas críticas por la doctrina científica porque, como afirma ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, op. cit., p. 389, «es indiferente que la vivienda familiar constituya o no una finca registral, puesto que la determinación de cuál es y su concreto contenido es una cuestión de hecho y no de derecho». Además, según apunta MORENO VELASCO, «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», op. cit., p. 3, «atender a criterios registrales para determinar si un anejo es o no asimilable a la vivienda familiar es sumamente formal y es posible que, aun apareciendo como una sola finca registral, la cochera o el trastero sean susceptibles de un uso independiente y viceversa».

La Sala desestima la apelación porque no han quedado acreditados ninguno de los extremos alegados por la demanda apelante. Por tanto, y este es un factor a destacar, no se discute si el garaje es o no susceptible de aprovechamiento independiente, si es o no una finca física y registralmente distinta de la vivienda, sino que la clave radica en la falta de prueba de los factores que sí hubieran otorgado a la apelante su uso exclusivo: el acuerdo tácito, los actos demostrativos de la intención de las partes de conferir a la plaza de garaje la condición de anejo a la vivienda y el aprovechamiento de esa plaza por los desplazamientos precisos para la llevanza de la vida familiar. En la prueba, más bien su falta, está la sustancia de la decisión judicial.

La SAP de Palencia (Secc. 1.ª) 134/2012, de 21 de mayo (FJ 2.º), además de insistir en los datos objetivos de que la plaza de garaje y el trastero son anejos a la vivienda y están situados en el mismo inmueble, razones por las que resulta ajustado que el uso de la vivienda conlleve también el uso de los anejos, destaca otros dos factores, quizá más decisivos que los anteriores, en cuanto que adaptados a los hechos circunstanciales: (i) para el recurrente resulta innecesario el garaje de la vivienda, puesto que se le ha adjudicado el uso de un chalet que también dispone de plaza de garaje, de trastero y de parcela, y, además, puede utilizar otras dos plazas de garaje en el lugar de trabajo donde radica el establecimiento que regenta; y (ii) atribuir el uso de la vivienda a la madre y al hijo y el garaje y el trastero al padre del menor, podría suponer una fuente inagotable de conflicto entre ellos vistas las relaciones existentes.

La SAP de Valencia (Secc. 10.ª) 759/2015, de 24 de noviembre (FJ 2.º), accede a la petición de la parte demandada de que se le asigne el uso del trastero de la vivienda familiar, al entender que «se trata de un anexo a la vivienda familiar, por lo que debe seguir, salvo circunstancias extraordinarias que no concurren en el presente caso, la misma suerte que el bien principal al que sirve, es decir, la propia vivienda, que ha sido asignada a la demandada, máxime, [cuando] no sólo lo usa el actor, sino que también la demandada lo usa para guardar sus propios objetos».

A modo de conclusión y resumen, sería posible defender, tal y como lo vemos nosotros, el uso separado del trastero o garaje si se cumplen estos requisitos, simultánea o separadamente según las circunstancias concurrentes valoradas por el órgano judicial decisor: (i) que exista un acuerdo tácito o expreso entre los interesados, debidamente acreditado en el proceso; (ii) que, por su configuración o situación, el trastero o garaje sea susceptible de aprovechamiento independiente por el cónyuge a quien no se le concedió la utilización del hogar familiar; es decir, que se trate de un trastero o garaje no adosado a la vivienda o, forzando la interpretación, que, estándolo, permita el acceso desde el exterior y el bloqueo del acceso interior con una sencilla obra; (iii) que el cónyuge que tiene atribuido el uso de la vivienda no precise de su utilización, para lo que se deberá tener en cuenta el primordial interés de los hijos en cuya compañía queden; (iv) que el otro cónyuge pruebe tener necesidad de su uso; y v) a fin de evitar cualquier conflicto, los excónyuges mantuvieron una relación cordial si la cercanía entre la vivienda y los espacios citados aumentara las posibilidades de encuentro.

### 5.3. Pluralidad de viviendas

Es posible la existencia de dos o más viviendas habituales cuando están tan separadas en el espacio que se encuentran en poblaciones diferentes, y ello porque el término «familia» se puede referir no solo al uso de la vivienda por la familia en su conjunto, sino también por cualquiera de sus miembros en particular, siempre que su titularidad corresponda al menos a uno de los cónyuges y esté indistintamente al servicio de la familia. El hecho de que las circunstancias particulares de la familia hagan que ese inmueble no esté permanentemente ocupado por toda ella no le priva de su carácter, pues, dado que la ley no lo prohíbe, nada impide que haya dos o más viviendas<sup>127</sup>. Nos referimos, por tanto, a aquellos supuestos en que la familia desarrolla su actividad vital en varios inmuebles, de manera que todos ellos se ocupan de forma permanente y estable, como es caso, nada extraordinario, de que uno de los cónyuges se desplace por motivos laborales y regrese, por ejemplo, los fines de semana<sup>128</sup>. El hecho de que el artículo 1320 del CC emplee el singular no parece que excluya de modo absoluto la posibilidad de varias viviendas habituales<sup>129</sup>. Se produce, en estas circunstancias, una extensión del hogar apareciendo, por ende, una vivienda familiar simultánea subsumida en el artículo 96 del CC<sup>130-131</sup>.

Esta situación de facto, en la que la familia tiene dos o más viviendas, es prevista normativamente en los artículos 7 y 27 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, cuando el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes. De este modo «es posible *ex lege data* y a efectos

127. CARCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», op. cit., p. 1438.

128. GIL MEMBRADO, *La vivienda familiar*, op. cit., p. 22.

129. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º: *Derecho de familia*, v. 1.º: *Relaciones conyugales*, op. cit., pp. 381-382.

130. GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar*, op. cit., p. 114.

131. En contra se posicionan SERRANO GÓMEZ, *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 12 y GARCÍA PRESAS, *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, op. cit., p. 21, al entender que no cuenta con la calificación de vivienda familiar, por no cumplir el requisito de habitualidad, aquella que solo utiliza uno solo de los cónyuges, pero no el núcleo familiar conjuntamente. Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Capítulo 9. La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en Martínez de Aguirre Aldaz (coord.) / de Pablo Contreras / Pérez Álvarez, *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia*, op. cit., p. 212, resulta dudosa la existencia de más de una vivienda habitual, en cuanto dudoso es que la familia necesite verdaderamente las dos viviendas para satisfacer sus necesidades vitales más inmediatas. En cualquier caso —concluye este autor— la decisión habrá de ser prudencial, a la vista de las circunstancias concretas de la familia.

de la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que los cónyuges moren en un inmueble determinado, y los hijos en otro»<sup>132</sup>.

Cuestión distinta es si, ante la pluralidad de viviendas ocupadas, todas ellas reciben el mismo régimen de protección (reiteramos: la limitación a la facultad de disponer de los derechos sobre la vivienda y muebles de uso ordinario ex artículo 1320 del CC y la eventual atribución del uso a uno de los cónyuges en los casos de crisis matrimonial ex artículo 96 del CC). La respuesta que se ha dado en la doctrina es contradictoria. En efecto, mientras para ORDÁS ALONSO<sup>133</sup>, no reunirá la condición de vivienda familiar el piso habitado únicamente por uno de los cónyuges, por motivos laborales, en lugar distinto de donde reside la familia, pero sí deberá tener tal consideración si están indistintamente al servicio de cualquier miembro de la misma; para TAMAYO CARMONA<sup>134</sup> parece poco probable que concurren diferentes viviendas familiares, tanto desde un punto de vista técnico como práctico. Técnicamente, por la interpretación estricta que impone el artículo 4.2 del CC a las normas excepcionales, en este caso, limitativas de derechos —facultad de disposición—; prácticamente, por la dificultad de establecer un mecanismo efectivo de protección de varias viviendas familiares, sin que suponga la inmovilización de todos los inmuebles que resulten ocupados, sea por un cónyuge, sea por el cónyuge y los hijos *in potestate*. De ahí que sea adecuado introducir el elemento de la *principalidad* de la vivienda. El régimen de protección se reserva en exclusivo a la vivienda principal. Y ello, como argumenta CUENA CASAS<sup>135</sup>, no solo con base en una interpretación literal de las normas protectoras de la vivienda familiar, que siempre se refieren en singular a una sola vivienda, sino por un criterio de interpretación teleológico fundado en el espíritu y finalidad de tales normas protectoras.

Varios son los criterios que pueden emplearse para determinar qué vivienda de entre varias, obviamente ocupadas por diferentes miembros de la familia, ostenta la condición de vivienda principal<sup>136</sup>:

- a) *Criterio económico*. Será aquella de las dos o más viviendas que tenga un mayor valor económico.

---

132. TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, op. cit., p. 27.

133. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., p. 77.

134. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, op. cit., p. 32.

135. «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, op. cit., p. 288.

136. A partir de MUÑOZ DE DIOS, «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código civil», op. cit., p. 229.

- b) *Criterio de la antigüedad*. Será vivienda principal la originaria, es decir, aquella en la que convivieron los cónyuges y los demás miembros de la familia hasta que se desplazaron a otra u otras por razón de estudios, trabajo, etc.
- c) *Criterio mayoritario*. Será la vivienda en la que convivan un mayor número de miembros de la familia.
- d) *Criterio laboral*. Será aquella vivienda en la cual habiten el cónyuge o los cónyuges cuyo trabajo constituya la fuente de ingresos de la familia, ya que aquí radica, además, el domicilio legal y, posiblemente, el fiscal, etc.

Este sistema tiene un serio inconveniente, porque la diversidad de situaciones que puede concurrir a la hora de decantarse de forma excluyente por alguno de los criterios apuntados hace poco eficaz el sistema de elección. Por ello, resulta más acertado considerar que estos son indicios que pueden determinar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuál de todas las viviendas puede considerarse como principal y quedar sometida al régimen especial de protección de la vivienda familiar<sup>137</sup>.

Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA<sup>138</sup>, «En estos casos, poco frecuentes, con carácter igualitario o muy parejo en el tiempo, habrá que considerar una de ellas con carácter preferente. La existencia de hijos del matrimonio normalmente dará una pauta preferencial a través del lugar donde éstos se eduquen y acudan a centros de estudio».

PLANES MORENO<sup>139</sup>, en orden a la aplicación de lo dispuesto en el art. 96 del CC, estima que el concepto de vivienda familiar debe ir unido al de domicilio conyugal, según se desprende de lo dispuesto en el art. 105 del CC al decir que «No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal...». Por tanto, teniendo en cuenta que, según el artículo 40 del CC, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y que el domicilio conyugal, dada la obligación de los cónyuges de vivir juntos (art. 68 CC), será el lugar de residencia habitual de ambos cónyuges, lo que caracteriza a la vivienda como la principal de la familia es la nota de la conyugalidad, en el sentido de constituir la vivienda habitual de carácter principal de los cónyuges.

Dicho esto, no le falta razón a ORDÁS ALONSO<sup>140</sup> cuando afirma que, pese al principio de unicidad de la vivienda familiar, es posible que las circunstancias concurrentes conduzcan a una conclusión distinta. Propone varios ejemplos: el de los padres que por su trabajo

---

137. TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, op. cit., p. 33; ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., p. 231.

138. *Derecho de familia y de la persona*, vol. 6: *Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, op. cit., p. 347.

139. «Capítulo XXI: La vivienda familiar», en Hijas Fernández (coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, op. cit., p. 856.

140. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., pp. 84-85.

residen en el medio rural, donde tienen su vivienda, pero que viajan frecuentemente a la ciudad donde habitan en otro inmueble en el que residen sus hijos por motivos de estudios; o el de las familias que poseen un piso en la ciudad y una casa en un pueblo cercano a la misma, permaneciendo en la ciudad de lunes a viernes al mediodía en los periodos escolares y el resto del año en el campo, y si el tiempo acompaña no se trasladan a la vivienda de la ciudad hasta bien entrado octubre y regresan al campo en mayo; o el del matrimonio con dos hijos en el que uno de los progenitores tiene una vivienda en otra ciudad en la que reside por motivos laborales, y, llegado uno de los hijos a edad universitaria, es admitido para cursar la carrera elegida en la universidad de la ciudad en la que reside su padre, trasladándose a vivir en el inmueble que hasta entonces ocupada solo este cónyuge. Son todos ellos supuestos que, cuando menos, inducen a dudar de cuál sea la vivienda familiar y a afirmar que en la práctica es perfectamente posible la existencia de dos viviendas que reúnan los requisitos expuestos y puedan ser calificadas de viviendas familiares. No obstante, reconoce dicha autora que tal posibilidad choca con la doctrina jurisprudencial de que, en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar<sup>141</sup>.

#### 5.4. Segundas residencias de ocio

Incluimos en este apartado aquellos inmuebles que pertenecen a ambos cónyuges, o a uno de ellos, y que están destinados a un uso temporal de la familia, durante los fines de semana o vacaciones, y, por definición, de mero recreo o esparcimiento de sus componentes.

Se trata, sin duda, de una cuestión muy discutida y que ha dado lugar a dos corrientes interpretativas. La primera, de carácter mayoritario, que defiende que el juez no puede decidir sobre las otras viviendas que no tienen el carácter de familiar porque los términos del artículo 96 del CC no dan margen a tal pronunciamiento. La explicación la encontramos, a título de ejemplo, en la SAP de Madrid (Secc. 24.ª) 203/2009, de 24 de febrero (FJ 4.º):

Las medidas que deben ser adoptadas en sede del proceso de familia respecto a la vivienda familiar, se refieren esencialmente a aquella finca en la que el matrimonio y los hijos, durante la convivencia, hayan establecido por voluntad propia como residencia familiar. Es a ésta vivienda a la que se refiere el Código Civil en su art.

141. En Cataluña se evita este problema al disponer su artículo 233-20.6 que «La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos». Esta regla, explica CUENA CASAS, «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, op. cit., p. 289, no altera el concepto de vivienda familiar, sino que permite que el uso no recaiga sobre la misma, sino sobre otra residencia, lo cual es bien distinto que admitir que pueda libremente mutar el concepto de vivienda familiar en función de la convivencia efectiva.

96 cuando se establece que debe recaer un pronunciamiento expreso en las sentencias dictadas en los procesos de familia respecto a su destino. El resto de las propiedades comunes que posean los cónyuges, han de ser sometidas, tras la ruptura de la convivencia, a los principios generales que propician y favorecen la liquidación de la sociedad de gananciales, por cuanto la función económica y social que debe cumplir el patrimonio familiar únicamente puede concebirse desde el presupuesto de la convivencia. Es por ello por lo que, por regla general, no procede en sede del pleito matrimonial hacer pronunciamiento alguno sobre atribución o distribución de usos de otras segundas residencias, [...], sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>142</sup>.

Entre los autores que siguen este posicionamiento, se llega a afirmar que no puede considerarse como vivienda familiar, y por tanto no tendría su especial régimen de protección, las denominadas segundas viviendas de recreo, de fin de semana, de temporada o de veraneo; es decir, «para el resto de viviendas que pudiera tener el matrimonio, ya sean comunes o privativas, no les será aplicable el régimen previsto para la vivienda familiar, y se las dará el destino que corresponda a su calificación»<sup>143</sup>. Estas segundas viviendas han de seguir el curso que les corresponda, según su titularidad y el régimen económico por el que se hubiera regido el matrimonio<sup>144</sup>. Ahora bien, cuando los cónyuges inician el procedimiento matrimonial, si existe acuerdo entre los cónyuges, pueden convenir lo que estimen oportuno en el convenio regulador sobre el destino de esas viviendas de ocio, y el juez podrá, o no, aprobar dicho acuerdo. En cambio, a falta de acuerdo, o si el juez no lo aprueba, el tribunal asignará el uso de la vivienda familiar atendiendo a los criterios dispuestos en el art. 96 del CC. Como el citado precepto no prevé la atribución de otras viviendas distintas a la familiar, la solución, respecto de esas segundas residencias, la han proporcionado la doctrina y la jurisprudencia<sup>145</sup>. Los cónyuges, consiguientemente, pueden pactar en convenio o en acuerdo parcial todo lo que estimen pertinente con relación a los inmuebles que sean propiedad de uno de ellos de modo privativo o de la sociedad de gananciales, pero a falta de acuerdo la decisión judicial impuesta solo puede referirse a la vivienda habitual. El juez, a petición de alguna de las partes, puede tener que pronunciarse respecto de otros inmuebles, pero ello no será

142. *Vid.* también, entre tantas otras, las SAP de Madrid (Secc. 22.ª) de 13 de julio de 2001 (FJ 4.º); Valencia (Secc. 10.ª) 580/2002, de 7 de noviembre (FJ 2.º); Pontevedra (Secc. 2.ª) 93/2003, de 3 de abril (FJ 1.º); Murcia (Secc. 1.ª) 281/2004, de 5 de octubre (FJ 1.º); Madrid (Secc. 24.ª) 200/2007, de 12 de febrero (FJ 3.º); Toledo (Secc. 2.ª) 198/2007, de 14 de mayo (FJ 2.º); Asturias (Secc. 5.ª) 102/2008, de 9 de mayo (FJ 1.º) y (Secc. 7.ª) 628/2008, de 5 de diciembre (FJ 2.º); Cantabria (Secc. 2.ª) 347/2010, de 28 de abril (FJ 2.º - 1).

143. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, op. cit., p. 387.

144. MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares* (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). *Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., p. 72.

145. GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 64.

como consecuencia de la aplicación del artículo 96 del CC, sino con referencia a la administración de los bienes comunes o respecto de pensiones alimenticias o compensatorias. Estos pronunciamientos sobre otros inmuebles, amparados en extrañas excusas son, en el fondo manifestaciones de mero voluntarismo judicial, del deseo de “arreglar” situaciones que quedan fuera de los previstos legalmente y de un afán de “justicia material” que excede con mucho de la función jurisdiccional. Se ha dicho, por este camino, que el artículo 96 del CC es un obstáculo meramente formal que debe ser superado, sumándose así a una manera de entender la aplicación del derecho en el caso concreto que linda el delito de prevaricación, pues se acaba por hacer, no lo que la ley permite o impone, sino lo que el juzgado quiere, su voluntad<sup>146</sup>. Finalmente, tanto por su carácter no habitual, o al menos *infrahabitual*, como por la accesoriedad de las necesidades que esta segunda vivienda viene a satisfacer, debe quedar excluida de la calificación de familiar<sup>147</sup>.

Es, desde luego, como resalta PÉREZ MARTÍN<sup>148</sup>, una interpretación restrictiva del citado precepto que parte de la consideración de la vivienda familiar como aquella donde, de manera permanente y estable, y como centro de su convivencia íntima, han venido habitando los esposos e hijos hasta el momento de producirse la crisis matrimonial. Por tanto, la segunda vivienda cumple una función ajena a la de propio y verdadero domicilio para incardinarse dentro de la mejor cobertura del tiempo de ocio, circunstancia que impide el pronunciamiento judicial, ya que el artículo 96 CC no hace referencia a ella, y consiguientemente, al no incluirse entre las medidas que deben ser adoptadas por acuerdo de los cónyuges o, en su defecto, por el juez, no parece en principio que la sentencia deba pronunciarse al respecto.

La segunda de las posturas aboga por el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la atribución del uso de otras viviendas, distintas de aquella que tiene la condición familiar, que pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial. Para ZARRALUQUI

---

146. MONTERO AROCA, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales. (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, op. cit., pp. 37 y 40. Esta última opinión merece ser comentada, y es que puede parecer una exageración decir que los tribunales lindan la prevaricación cuando, con pleno conocimiento del texto y significado de la ley, deciden según su libre parecer, pero después de leer la SAP de Valencia (Secc. 10.ª) 538/2009, de 9 de septiembre (FJ 8.º), en la que el tribunal, después de jactarse de conocer la normativa vigente y la problemática de su aplicación a casos no expresamente previstas por la misma, decide hacerlo supuestamente en aras de garantizar la equidad y el derecho a disfrutar de la propiedad. Juzgue el lector por sí mismo.

147. LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., pp. 30-31.

148. *Tratado de Derecho de familia*, t. I: *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, vol. I: *Aspectos sustantivos*, op. cit., pp. 434-435.

SÁNCHEZ-EZNARRIAGA<sup>149</sup>, el pleito matrimonial debería tener por objeto la resolución de todos los temas afectados por la ruptura. Con independencia de la titularidad de estos bienes, debe reconocerse su existencia, su utilización conjunta de la familiar y de que la fractura de la unidad de los cónyuges ocasiona un problema en esa utilización, así como en el levantamiento de las obligaciones que le son inherentes. «Dejar de resolver estos temas constituye una grave omisión, que deja la puerta abierta a un sinnúmero de insensateces y problemas». Aquel pronunciamiento se fundamenta en atención a diversos argumentos, debiéndose estar al análisis particularizado de cada caso valorando el servicio que cada vivienda presta a la familia.

Entre esos argumentos nos encontramos con los siguientes<sup>150</sup>:

- a) Evitar que el cónyuge tenga que alquilar una vivienda disponiendo de otra vacía propiedad de los cónyuges<sup>151</sup>.
- b) Una interpretación amplia de lo que debe considerarse por domicilio familiar, entendiendo como tal a todo el que usa la familia<sup>152</sup>.

---

149. *Derecho de familia y de la persona*, vol. 6: *Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, op. cit., p. 348.

150. A partir de MORENO VELASCO, «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», op. cit., pp. 4-6.

151. Según la SAP de Sevilla (Secc. 2.ª) 273/2007, de 4 junio (FJ 1.º y único), «parece razonable y beneficioso para toda la familia», que teniendo los cónyuges una vivienda de Marbella, que durante una época la familia la utilizó como vivienda familiar, y existiendo otra en Sevilla, «pueda aquella utilizarse para que el Sr. [...] no tenga otro gasto que implicaría si tuviera que pagar la renta de otra vivienda, pues con ello se le permite tener una posición económica más holgada que facilita y facilitará el pago de las pensiones a las que tiene que hacer frente». Esta resolución hace referencia además a la posibilidad de evitar «roces que podrían producirse en un posible uso compartido de la misma; en esta situación y a pesar de que no tenga la condición de domicilio familiar, es razonable en evitación de conflictos y en atención a lo previsto en el art. 96 del Código Civil, conceder el uso temporal de esa vivienda al Sr. [...], hasta que se produzca la liquidación de la sociedad legal, con un plazo máximo de uso de tres años desde la presente resolución». En términos similares se pronuncian las SAP de Valencia (Secc. 10.ª) 73/2002, de 7 de febrero (FJ 2.º) y Cádiz (Secc. 7.ª) 142/2005, de 26 de mayo (FJ 4.º).

152. Así lo entiende la SAP de Málaga (Secc. 6.ª) 492/2004, de 15 de junio (FJ 3.º), al sostener que «la denominada segunda vivienda sin duda alguna ha de considerarse domicilio familiar pues aun cuando su uso se limite a los fines de semana y tiempo de vacaciones, pues esa es su finalidad, continúa contemplándose como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar». Lo mismo se deduce de la SAP de Asturias (Secc. 5.ª) 422/2007, de 20 de noviembre (FJ 2.º), en la que puede leerse lo siguiente: «Por lo que se refiere al uso de las viviendas concedido en la recurrida, ciertamente el art. 96 del Código Civil sólo prevé la medida referida en cuanto al uso del domicilio familiar, que en este caso es el de Turón, no obstante, dada la circunstancia de que ante la situación de prejubilación del actor los esposos pasaban días en una y otra vivienda, no se ve obstáculo al mantenimiento de la medida acordada al respecto en la recurrida, si bien se limita el uso al momento de la liquidación de la sociedad, concretamente al momento de la adjudicación de los bienes». En

- c) Una interpretación conjunta de los artículos 90 y 91 CC, de forma que debe entenderse que las medidas que han de adoptarse en la sentencia son, al menos, las previstas en el artículo 90 para el convenio regulador. De esta forma, el juez puede pronunciarse sobre la atribución del uso de una vivienda distinta de la conyugal<sup>153</sup>.
- d) Cobertura legal de la atribución del uso de la segunda residencia en el artículo 103.4.º, en relación con el artículo 91, concediendo su administración al cónyuge no beneficiado por la vía del artículo 96, todos ellos del Código Civil<sup>154</sup>.

---

este sentido, pueden consultarse también las SAP de Murcia (Secc. 5.ª) 177/2003, de 2 de junio (FJ 3.º) y Alicante (Secc. 4.ª) 361/2007, de 7 de noviembre (FJ 5.º), entre otras.

153. Un ejemplo lo hallamos en la SAP de Córdoba (Secc. 2.ª) 154/2007, de 25 de junio (FJ 6.º). En el recurso de apelación interpuesto, el recurrente denuncia un vicio de incongruencia en la sentencia de instancia, pues en su demanda solicitó autorización para ocupar un segundo inmueble que es propiedad en proindiviso de los litigantes y a cuyo uso por aquel se opone la demandada, sin que por el Juzgado de instancia se haya dado respuesta a tal petición. La parte recurrida aduce que no es este un pronunciamiento con cabida en el procedimiento matrimonial por no tratarse de la vivienda familiar. La Audiencia Provincial, aunque reconoce que «En un sentido estricto puede que así sea», sin embargo, entiende que «el catálogo de cuestiones relativas a las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la nulidad, separación o divorcio no se agota en las que contiene el artículo 90 del Código Civil, relativo al convenio regulador, debiendo entenderse que las medidas que han de adoptarse en sentencia, en defecto de éste, son asimismo “al menos” las que se mencionan en los artículos 91 y siguientes, en consonancia con el contenido mínimo del pacto conyugal regulado en el primero de tales preceptos, singularmente porque el asunto ahora debatido tiene su origen, precisamente, en la necesidad que se origina al recurrente como consecuencia íntimamente ligada a la decisión de otorgarle a su esposa el uso de la vivienda familiar, teniendo por ello un indudable carácter de relación personal y patrimonial derivada de forma directa de la ruptura matrimonial». Es más, la resolución acude a la analogía para aplicar el artículo 96 del CC: «Salvado así el escollo formal, la decisión de este tribunal no puede ser otra que la de acceder al referido uso en los términos previstos en el artículo 96 del Código Civil aplicable analógicamente, esto es, por un término prudencial que se fija en un año por cuanto que la negativa de la esposa incide, a falta de cualquier otro argumento distinto del consignado en su escrito de oposición al recurso, en un flagrante abuso de derecho del artículo 7.2 del Código Civil».

154. Para la SAP de Valencia (Secc. 10.ª) 298/2002, de 27 de mayo (FJ 2.º), «aunque el artículo 96 del Código Civil regula tan sólo la atribución del uso de la vivienda familiar habitual, no hay obstáculo para al amparo del artículo 91 del Código Civil, como pauta para la administración de los bienes gananciales, adoptar una resolución acerca del uso de esa segunda vivienda». En la SAP de Córdoba (Secc. 2.ª) 84/2008, de 30 de abril (FJ 2.º), puede leerse el siguiente argumento: «resulta en todo caso ajustado a derecho que en las medidas definitivas la Juzgadora a quo haya mantenido el mismo pronunciamiento que el adoptado en sede de medidas provisionales respecto a la vivienda otorgada a la esposa, puesto que ésta tenía cobertura conforme a lo previsto en el art. 103.4 del Código Civil acerca de las medidas de administración, uso y disposición de bienes gananciales hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales; y la facultad que a la Juzgadora le confiere el art. 91 del C. Civil como hemos dicho, permite mantener la misma, máxime cuando ha insistido en la limitación de uso “hasta la liquidación de la sociedad de gananciales”». Por su parte, la SAP de Huelva (Secc. 1.ª) 72/2008, de 25 de junio (FJ 2.º), admite que la sentencia debe ocuparse de la atribución de la vivienda familiar y no de otras, pero «puede

e) El «favor filii»<sup>155</sup>.

Unificando el dispar criterio de las Audiencias Provinciales, la STS 284/2012, de 9 de mayo (FJ 1.º y 2.º), fijó la siguiente doctrina: «en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar». Para entender esa decisión, conviene aclarar los antecedentes, y, con ellos, el problema de contradicción que se planteó en su momento: Los cónyuges, en noviembre de 1995, pactaron la disolución y liquidación de la sociedad

adoptar el juzgador en medidas provisionales conforme al art. 103 del CC, medidas en relación a la disposición de los bienes gananciales y el art. 91 también permite adoptar garantías en relación a los bienes que forman parte del haber ganancial, hasta la liquidación del régimen económico matrimonial», y ello porque «en este tipo de procedimientos no debe existir una interpretación rígida de la norma en el sentido que se pretende por la parte recurrente, dada la materia sobre la que se ha decidir y los intereses que están en juego, donde se mezclan tanto los personales como los patrimoniales, debiendo estar a las circunstancias del caso concreto». En definitiva, «debe permitirse una ponderada discrecionalidad del juzgador para resolver cuestiones relacionadas con los bienes del haber ganancial sobre los que pueda haber conflicto entre los cónyuges» hasta que se produzca la liquidación del haber ganancial. En términos parecidos se pronuncia la SAP de Las Palmas (Secc. 3.ª) 603/2008, de 1 de septiembre (FJ 3.º). Esta forma de entender es defendida por CABALLERO GEA, *Los procesos matrimoniales. Causas, hijos, pensiones, alimentos provisionales, embargos, tercerías, delitos, vivienda (atribución de uso, división, desahucios), tramitaciones*, Madrid: Dykinson, 1994: 2.ª ed., pp. 228-229. En contra se posiciona MONTERO AROCA, porque el artículo 103.4.ª CC se refiere a la atribución de la administración de los bienes comunes como medida provisional en el proceso matrimonial y el artículo 91 CC a las medidas que han de sustituir a las ya adoptadas, sin detenerse en las propias de la administración de bienes gananciales o comunes; en otras palabras, la posibilidad de decidir sobre la administración de los bienes gananciales o comunes no guarda relación con la medida del artículo 96 CC.

155. Así lo entiende la SAP de Illes Balears (Secc. 4.ª) 44/2011, de 17 de febrero (FJ 2.º), que, después de resumir las tres posturas que la doctrina científica y jurisprudencial mantienen en esta materia, afirma que «la Sala, en el marco del singular caso de autos, plenamente acertada la línea propuesta en primera instancia por el Ministerio Fiscal, favorable a la concesión del uso de la vivienda a favor del menor y su madre. Siendo, en las especialidades propias del presente caso, plenamente acorde al principio citado, también formulado como “favor filii”, el entender que, como presenta mayor credibilidad la tesis actora, relativa a que la vivienda de Boadilla del Monte estaba destinada a constituir el domicilio familiar de los hoy litigantes y su hijo cuando se establecieran en España, y pese a que no llegaron a consolidar dicha voluntad como consecuencia de la provisional residencia del padre en el lugar de trabajo y la ruptura de la pareja, sin embargo, habida cuenta de que el interés del menor es que la guarda y custodia la ejerza la madre, tal y como se estableció en la sentencia de instancia y no se apela, y ésta reside en España, concretamente en Madrid, donde también reside su familia, cabe concluir que presenta ejemplar acomodo al caso de autos la aplicación de la citada “postura ecléctica”, que permite atribuir tal condición de vivienda familiar a la de autos, en la medida en que está adscrita al servicio del conjunto familiar satisfaciendo del mejor modo el interés del menor. Por lo que considera la Sala que se debe atribuir el uso de dicha casa al hijo menor, ex art. 96 del Código Civil, en la medida en que es la vivienda que mejor sirve para atender a las necesidades del hijo en el presente y singular caso concreto, siendo el interés del menor el que debe presidir a la hora de adoptar tal decisión, no hallándose además la vivienda ocupada por el propietario».

de gananciales y el establecimiento entre ellos del régimen de separación de bienes, atribuyéndose a la esposa el piso que constituye la vivienda familiar y al esposo la propiedad de otro piso, que siguió siendo usado por la esposa para el ejercicio de su profesión de médico dentista, sin pago de renta alguna. En 2009, el esposo presentó demanda de divorcio, pidiendo, en lo que aquí interesa, que se le atribuyera el uso de la vivienda ocupada por su esposa como despacho profesional y que se la requiriera para su desalojo. La mujer pidió que se le otorgara el uso del referido local. La sentencia del juzgado de 1.ª instancia desestimó la demanda en este punto, ya que, teniendo en cuenta la situación económica de ambos cónyuges y con la finalidad de garantizar la estabilidad económica de los dos hijos comunes, consideró que lo más adecuado es otorgar el uso y disfrute de esa vivienda a la esposa, condicionando esta atribución a que lo siga destinando a clínica odontológica. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial, mantuvo la atribución, no obstante pertenecer privativamente al exesposo y no constituir domicilio familiar, ya que esta decisión se adoptó razonadamente, de manera excepcional, y la consideró ajustada a derecho al estar fundada en la concreta necesidad de asegurar los alimentos y el bienestar de los hijos. El marido interpuso recurso de casación alegando dos motivos, en esencia, infracción de los artículos 91, 96 y concordantes del CC, así como del artículo 1473 del CC, y existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Determinada la concurrencia de interés casacional y la identificación del mismo, el Tribunal Supremo examina el problema planteado por el recurrente, argumentando que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El artículo 91 del CC solo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el artículo 96 del CC, y el artículo 774.4 de la LEC repite la misma regla.

De aquí deduce el Alto Tribunal que «el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo».

Las razones para llegar a esta conclusión, dejando aparte la interpretación literal del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se ha aludido, son varias:

«1.ª La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre cónyuges.

2.ª La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del art. 806 y ss. LEC, en defecto de acuerdo previo.

3.ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurre en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el art. 103, 4.ª CC, que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes».

En consecuencia, el Alto Tribunal formula la doctrina apuntada, decantándose por la postura mayoritaria seguida en esta materia por la doctrina y las Audiencias provinciales<sup>156</sup>.

## 5.5. Heredades rústicas

Cabe preguntarse qué sucede con las casas o heredades rústicas a efectos de la protección del artículo 1320 del CC. De principio, no existe inconveniente en que tales bienes queden incluidos en dicha protección; eso sí, reducida a la vivienda en sentido estricto y no al terreno en que se encuentra construida, salvo que la disposición del

---

156. No obstante, con anterioridad a esta resolución, la STS 695/2011, de 10 de octubre (FJ 3.º - 5.º), estableció doctrina en un aspecto que puede resultar contradictorio, al menos en apariencia, con el tratado hasta ahora: el referido a la atribución del uso de la vivienda familiar cuando pertenece a terceras personas. En este caso, el matrimonio tenía su vivienda familiar en un piso de Boadilla del Monte, que es propiedad en un 67 % de los padres de su esposo y en un 33 % del propio esposo, habiendo sido cedido por aquellos en precario a su hijo. El uso de esta vivienda fue atribuido por el juzgador de instancia a la madre, con quien quedó la hija menor. Los cónyuges son copropietarios de una segunda residencia en Madrid. Pues bien, según argumenta el Tribunal Supremo la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, si sus propietarios la recuperan mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda. En supuestos concretos como este, «El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos». Pese a que algún autor ha considerado esta sentencia como una excepción al anterior pronunciamiento del Tribunal Supremo (GALLARDO RODRÍGUEZ, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 69), nosotros la concebimos mejor como complementaria, ya que las dos resoluciones, aunque presentan presupuestos fácticos concomitantes, se refieren a presupuestos distintos. La segunda resolución, pese a referirse a resoluciones anteriores, es consciente de ello, y de ahí que exprese que, en puridad, «no se trata de casos iguales, sino de la doctrina que debe aplicarse en aquellos supuestos en que están involucrados dos elementos jurídicos, como son que la vivienda sea propiedad de terceros y que el menor pueda disponer de una vivienda adecuada», a diferencia de la sentencia de 2012, que tiene por objeto de decisión residencias propiedad de uno o los dos cónyuges.

entorno hiciese inutilizable la vivienda<sup>157</sup>. Desde el momento que lo protegido es el lugar donde se habita, es claro que los terrenos que no sean imprescindibles para el uso, conservación y disfrute de la vivienda, no están sujetos a las restricciones dispositivas, pues en último término no constituyen vivienda y, consiguientemente, el propietario de los terrenos aledaños a la vivienda podrá disponer libremente de ellos, en la medida que no perjudique con ello el uso de la vivienda por parte de la familia<sup>158</sup>.

Con todo, hemos hallado alguna resolución que, tomando como presupuesto rector el interés de los hijos menores, no sigue la regla apuntada anteriormente. Este es el caso de la SAP de León (Secc. 2.ª) 9/2008, de 16 de enero (FJ 1.º). En la sentencia de instancia, junto con el divorcio, el juzgador atribuye el uso y disfrute de los terrenos y edificaciones anejas a la vivienda a las hijas menores y a la esposa. Apelado tal pronunciamiento, junto con otros, del juez *a quo*, la Audiencia Provincial señala que los terrenos y edificaciones inmediatos a la vivienda familiar, cuyo uso ha sido atribuido a las hijas menores y a la esposa en cuya compañía quedan, pueden entenderse como un elemento anejo y necesario para el adecuado disfrute de la misma en cuanto que dicho terreno ha venido siendo usado como zona de esparcimiento y de juego de las hijas y la edificación para guardar los vehículos, además de que su uso compartido con la vivienda se entiende como medio necesario para preservar la intimidad de la vida familiar de la esposa e hijos. Asimismo, no se ha acreditado que dichas dependencias hubieran venido siendo utilizadas normalmente para la explotación agrícola que desarrollan el esposo y sus hermanos ni sean estrictamente necesarias a tal fin.

## 5.6. Dependencias habitables anexas

Con relativa frecuencia, en especial en chalés dotados de amplios terrenos y propiedad, aunque no necesariamente, de familias de alto nivel adquisitivo, se levantan espacios cerrados para muy variados usos. Es el caso, por ejemplo, de la edificación, en uno de los extremos del jardín, suficientemente separada de la construcción principal pero comunicada con ella por un camino solado, para el único fin de proyectar películas. Y para hacer más confortable el momento de ocio, ese espacio puede venir acondicionado con una barra de bar, hileras de cómodos sofás y aseo. Otro prototipo es el espacio que los cónyuges levantan en el interior de su propiedad, con una dotación mínima de habitáculos, para que el hijo adolescente disfrute de intimidad (más bien para que su comportamiento tiranizado por las hormonas moleste lo menos posible a los demás integrantes de la familia).

Puede defenderse que estas dependencias son independientes de la vivienda principal, y precisamente por ello, no son merecedoras de la protección que dispensa el artículo

---

157. BELDA SÁENZ, «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», op. cit., pp. 337.

158. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., p. 210.

1320 del CC, pero, como atinadamente se ha dicho<sup>159</sup>, «una eventual disposición por parte del titular importaría el ingreso de extraños al hogar, resultado, obviamente, contrario al espíritu de los artículos 1320 y 96 del CC, que siempre tiene presente el interés familiar; nada puede ser más contrario a éste que el ingreso de extraños a la vivienda que rompen la necesaria convivencia y la más profunda intimidad de la familia».

No plantea ninguna duda la exclusión del concepto de vivienda familiar aquellos espacios o dependencias independientes habitados por personas ajenas a la familia, como jardineros o personal doméstico.

---

159. *Ib.*, *ibid.*, pp. 212-213.

## 6. DIVISIÓN MATERIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Puede suceder que la vivienda familiar, en términos de disponibilidad de espacio físico, fuera tan amplia que permitiera su división material en dos inmuebles distintos, con accesos independientes y totalmente acondicionados para un aceptable desarrollo de la actividad personal y familiar. En este caso se plantea la cuestión de si es factible la petición de división para, de esta forma, solucionar el problema de alojamiento a ambos cónyuges.

Deben distinguirse dos supuestos que abocan a soluciones diferentes. En cuanto al primero, si los cónyuges acuerdan en el procedimiento matrimonial esta división, en principio, ni el juez ni, en su caso, el fiscal, deberían poner trabas para su aprobación, puesto que, como afirma PÉREZ MARTÍN<sup>160</sup>, «esta solución es perfectamente admisible y permite que las relaciones paterno-filiales sean más intensas al estar más próximos los domicilios de ambos»<sup>161</sup>.

En el segundo, el contexto es precisamente el contrario: no existe pacto de los cónyuges. Como quiera que la legislación sustantiva atribuye al órgano judicial únicamente la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos y, en su ausencia, al cónyuge cuando su interés sea el más necesitado de protección, la mayoría de la jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales ha negado que el juez pueda acordar la división material de la vivienda familiar en una sentencia matrimonial o de cese de convivencia de una pareja de hecho, empleando diversos razonamientos que son sistematizados de la siguiente manera<sup>162</sup>:

- Acordar la división es rebasar las atribuciones que el art. 96 y concordantes del CC confieren al juez cuando le ordenan que resuelva sobre el uso de la vivienda familiar, además de resultar contraria a la naturaleza misma de la nueva situación familiar<sup>163</sup>.

---

160. *Tratado de Derecho de familia*, t. I: *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, vol. I: *Aspectos sustantivos*, op. cit., p. 461.

161. Por ejemplo, pudo haberse pactado en capitulaciones matrimoniales que el uso de la vivienda que había constituido el hogar familiar se atribuya a ambos esposos, y se faculte a cualquiera de ellos para proceder a su división física, conforme a la asignación concreta de dependencias que se especifica, al permitirlo la estructura del piso. Es el caso examinado en la SAP de A Coruña (Secc. 5.ª) 124/2006, de 4 de abril (FJ 4.º), solo que, en el proceso matrimonial, la esposa pretende la atribución del uso de la entera vivienda y la nulidad de la cláusula sobre el particular, lo que es desestimado en ambas instancias.

162. A partir de PÉREZ MARTÍN, *Tratado de Derecho de familia*, t. I: *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, vol. I: *Aspectos sustantivos*, op. cit., pp. 460-461.

163. SAP de Alicante (Secc. 4.ª) 648/2003, de 20 de noviembre (FJ 3.º); Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1.ª) 158/2012, de 2 de abril (FJ 4.º).

- Porque no se acredita pericialmente la susceptibilidad y viabilidad de la división separada e individualizada del bien inmueble, o la medida es, de hecho, impracticable<sup>164</sup>.
- Con independencia de cuál sea la realidad registral con respecto a los pisos que conjuntamente forman la vivienda, lo cierto es que ambos son un todo, unidos, y constituyen el domicilio familiar, de manera que la vivienda, comprendidas sus dependencias y anexos, se configura como un bien adscrito a las necesidades de alojamiento del núcleo familiar<sup>165</sup>.
- La cuestión es materia, en su caso, de la liquidación de la sociedad de gananciales o división de la cosa común<sup>166</sup>.
- Teniendo en cuenta la causa que originó la separación de los cónyuges, sería contraproducente la proximidad de estos dada la tensión existente entre ambos, ya que sería un semillero permanente de conflictos y discordias<sup>167</sup>.
- Habida cuenta de los gastos que puede presentar la ejecución de las pertinentes obras para la división, disponer de las mismas con coste a cargo de la sociedad de gananciales representaría adentrarse, en cierto modo, en la distribución del haber consorcial.
- No se ha acreditado la existencia de interés más necesitado de protección<sup>168</sup>.

Otro sector, minoritario, de Audiencias Provinciales admitía la división material de la vivienda al amparo del artículo 96 del CC, siempre que se acredite que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad y no exista relación conflictiva entre los interesados<sup>169</sup>.

Sin embargo, el posicionamiento mayoritario ha de cambiar a partir de la STS 262/2012, de 30 abril (FJ 3.º y 4.º), que acordó estimar la concurrencia de interés casacional en

164. SAP de Barcelona (Secc. 12.ª) de 13 de marzo de 2003 (FJ 2.º); Segovia (Secc. 1.ª) 34/2005, de 4 de marzo (FJ 1.º); Sevilla (Secc. 2.ª) 216/2007, de 9 de mayo (FJ 2.º); Albacete (Secc. 1.ª) 166/2008, de 20 de octubre (FJ 3.º).

165. SAP de Pontevedra (Secc. 6.ª) 524/2007, de 5 de octubre (FJ 4.º) y 34/2011, de 12 de mayo (FJ 2.º).

166. SAP de Cantabria (Secc. 3.ª) 455/2002, de 27 de septiembre (FJ 2.º); Almería (Secc. 3.ª) 73/2004, de 31 de marzo (FJ 2.º) y 158/2004, de 25 de junio (FJ 3.º); Sevilla (Secc. 2.ª) 216/2007, de 9 de mayo (FJ 2.º).

167. SAP de Alicante (Secc. 4.ª) 313/2000, de 5 de mayo (FJ 1.º); Valencia (Secc. 10.ª) 248/2005, de 21 de abril (FJ 2.º); Málaga (Secc. 5.ª), 904/2005, de 7 de septiembre (FJ 3.º); Sevilla (Secc. 2.ª) 216/2007, de 9 de mayo (FJ 2.º) y 26/2008, de 31 de enero (FJ 5.º); Pontevedra (Secc. 6.ª) 434/2011, de 12 de mayo (FJ 2.º).

168. SAP de Madrid (Secc. 24.ª) 345/2005, de 9 de mayo (FJ 1.º).

169. SAP de Cantabria (Secc. 2.ª) 484/2002, de 14 de noviembre (FJ 2.º); Valencia (Secc. 10.ª) 93/2003, de 18 de febrero (FJ 2.º); Madrid (Secc. 22.ª) 549/2010, de 26 de julio (FJ 2.º).

determinar si puede distribuirse físicamente un inmueble propiedad del marido para adecuar la vivienda familiar en una parte del mismo. El conflicto surge de la petición del marido de que se le atribuyera el uso de la planta baja de la vivienda familiar para instar allí su vivienda, que es la única cuestión objeto del recurso. Así razona el Tribunal Supremo para llegar a la decisión de otorgar la razón al recurrente:

- Recuerda, con cita de diversas resoluciones, la doctrina de que la disposición del artículo 96 del CC en relación con la atribución del uso del domicilio a los hijos comunes y al cónyuge que ostente su guarda y custodia, está establecida para proteger el interés de los menores, no en interés de ninguno de los cónyuges mientras los niños sean menores de edad, por lo que la división de un inmueble, a los efectos que se pretenden en el presente litigio, tiene como único límite esta protección.
- El artículo 96 del CC no resulta suficiente, en el plano objetivo, para resolver el conflicto planteado, sino que a través de la interpretación adecuada de las normas de acuerdo con la realidad del tiempo en que deben ser aplicadas, debe decidirse si existen intereses contrapuestos.
- La propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen, pero permite obtener una funcionalidad adecuada para satisfacer los intereses presentes en este caso, ya que al ser posible esta nueva distribución, se protege el interés de los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el artículo 33 de la CE, que reconoce el derecho de propiedad privada a nivel constitucional, como en el artículo 47 de la CE, que consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina jurisprudencial: «cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 del CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad».

Y esa doctrina ha sido aplicada por las diversas Audiencias Provinciales<sup>170</sup>, no sin discordancias en su interpretación, dando lugar a pronunciamientos dispares en lo que se refiere a los presupuestos de su aplicación. Efectivamente, la denominada jurisprudencia menor parece extraer requisitos que no se deducen de la sentencia del Tribunal Supremo, y que sí venían exigiéndose con anterioridad. Examinemos dicha doctrina con cierto detenimiento.

---

170. SAP de Asturias (Secc. 1.ª) 141/2013, de 3 de mayo (FJ 2.º); Cáceres (Secc. 1.ª) 70/2014, de 12 de marzo (FJ 3.º); Málaga (Secc. 6.ª) 305/2014, de 30 de abril (FJ 4.º); Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1.ª) 247/2015, de 20 de enero (FJ 3.º); Málaga (Secc. 7.ª, con sede en Melilla) 9/2015, de 13 de febrero (FJ 2.º) y (Secc. 6.ª) 98/2015, de 17 de febrero (FJ 2.º); Pontevedra (Secc. 1.ª) 294/2015, de 24 de julio (FJ 3.º); Córdoba (Secc. 1.ª) 495/2017, de 11 de septiembre (FJ 3.º).

La SAP de Cantabria (Secc. 2.ª) 119/2013, de 26 de febrero (FJ 3.º), rechaza el mantenimiento de la convivencia en el mismo domicilio porque «no existe prueba alguna relativa a la posibilidad de división material de la vivienda litigiosa sin alterar la necesaria independencia de quienes deciden vivir separados», introduciendo un nuevo criterio, además abierto y por ello inseguro, como el de la citada necesidad de garantizar la «independencia»<sup>171</sup>. Por su parte, SAP de Illes Balears (Secc. 4.ª) 241/2018, de 11 de julio (FJ 4.º), además de considerar que la medida no presenta viabilidad, acude a futuros conflictos entre los excónyuges: «no solo constituye una alteración no consensuada de la vivienda familiar que, como tal, no está prevista en el art. 96 del Código Civil, sino que resultaría contraria a la propia esencia del divorcio y la consiguiente ruptura de la relación familiar la imposición de un pronunciamiento judicial que, en contra de la voluntad de una de las partes [...], fuera propiciatorio de eventuales indisposiciones o enfrentamientos de la expareja, al promocionar una proximidad no deseada».

Así pues, nuevamente se hace referencia a la independencia que surge como consecuencia del divorcio.

La SAP de Asturias (Secc. 5.ª) 184/2013, de 25 de junio (FJ 2.º), tiene en cuenta para negar la división material que las unidades resultantes pudieran tener la correspondiente cédula de habitabilidad y la situación conflictiva existente no solamente entre los litigantes, sino entre las hijas del recurrente y este, habiendo obtenido una orden de protección la hija menor. Tales circunstancias ponen de relieve la inviabilidad, desde el punto de vista del interés del menor, de la pretensión de división<sup>172</sup>. La mencionada situación conflictiva es la determinante también del rechazo de la solicitud en la SAP de Huelva (Secc. 1.ª) 135/2013, de 12 de julio (FJ 3.º), ya que el esposo que se encuentra imputado en un proceso penal por violencia de género, y la sola existencia de una prohibición cautelar de aproximación impide acceder a la solución que postula acerca de la división material de la vivienda entre ellos. Para la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1.ª) 593/2014, de 2 de diciembre (FJ 3.º), debido a las malas relaciones existentes entre los litigantes, «se desaconseja la medida propuesta por el recurrente a efectos de preservar el mantenimiento de la necesaria armonía familiar y la evitación de posibles enfrentamientos entre las partes». Mediando una denuncia penal formulada contra el apelante por la demandante, por un presunto delito de violencia de género, que determinó que se dictara una orden de protección, la SAP de Cuenca (Secc. 1.ª) 66/2017, de 4 de abril (FJ 3.º y 4.º), entiendo desaconsejable la división de la finca en atención al conflicto parental. La SAP de Granada (Secc. 5.ª) 536/2019, de 22 de noviembre (FJ 2.º), hace suyas las argumentaciones del juzgador de instancia que llega a afirmar específicamente que «Uno de los requisitos imprescindibles para acordar la división material de la vivienda

171. En parecidos términos se pronuncia la SAP de Sevilla (Secc. 2.ª) 337/2015, de 22 de julio (FJ 4.º).

172. En el mismo sentido se expresa la SAP de Sevilla (Secc. 2.ª) 527/2013, de 18 de diciembre (FJ 2.º).

familiar es la inexistencia de conflictividad entre los cónyuges». En cambio, la SAP de Murcia (Secc. 4.ª) 79/2014, de 6 de febrero (FJ 2.º), siguiendo la doctrina jurisprudencial dictada por la STS de 30 de abril de 2012, sostiene que «La situación de conflicto entre los progenitores no es un dato a tener en cuenta, a no ser que afectara al interés de los menores». En el caso que enjuicia, el archivo de las actuaciones penales evidencia que no hay motivos acreditados para cuestionar que la solución adoptada implica un perjuicio para la menor; además que la extinción de la orden de alejamiento determina que no haya un impedimento legal para la solución acordada.

De esta última manera parecen entenderlo también las SAP de Huesca (Secc. 1.ª) 219/2014, de 23 de diciembre (FJ 1.º - 1), *a contrario sensu*, cuando afirma que la doctrina del Tribunal Supremo «no es aplicable al supuesto que nos ocupa, en tanto que no hay menores de edad cuyo interés superior deba ser tutelado mediante la solución de división o redistribución de la vivienda, por lo que persisten las razones expuestas en la sentencia apelada para no declarar la atribución compartida de la casa» y Madrid (Secc. 22.ª) 570/2022, de 30 de junio (FJ 2.º), al considerar que no hay quedado acreditada de forma cumplida la conflictividad que alega la recurrente para excluir al demandado del uso de la planta baja de la vivienda. «El hecho de que los cónyuges no mantengan una comunicación armónica no es relevante para privar del derecho de uso al ser una consecuencia lógica de la crisis matrimonial, sin que la falta de diálogo sea óbice para el desalojo, ya que el enfrentamiento no parece ser de un nivel superior al propio de la ruptura conyugal».

A la liquidación de la sociedad de gananciales sigue remitiéndose la SAP de Segovia (Secc. 1.ª) 54/2014, de 11 de abril, (FJ 3.º).

La SAP de Asturias (Secc. 5.ª) 217/2014, de 11 de septiembre (FJ 1.º), recurre al supuesto interés de la hija menor para denegar la petición del cónyuge no custodio de utilizar una de las plantas de la vivienda familiar para su alojamiento. El único motivo de recurso de apelación radica en el pronunciamiento de la sentencia de instancia que atribuye el uso de la vivienda familiar a la hija menor y a la madre en cuya compañía queda aquella. Solicita el apelante que, dado que la vivienda familiar es una vivienda con semisótano y dos plantas, sin perjuicio de que el uso de la vivienda familiar se conceda a la menor y a su progenitora, se le permita a él usar la planta de arriba, que tiene habitación y cuarto de baño, y ello con un carácter temporal hasta que se traslade por razones laborales a Ghana. Alega el recurrente que ningún perjuicio se causa con la atribución, y el beneficio resulta claro, porque él, en estos momentos, carece de medios económicos. A esta petición se opone la contraparte, quien manifiesta que no desea mantener la situación actual, en la que en la vivienda que fuera familiar están residiendo la menor, los dos progenitores y la pareja de la actora. El juzgador *a quo* rechazó la petición del ahora apelante argumentando que, aunque la vivienda puede ser susceptible de ser aprovechada de forma separada, no procede establecer la atribución pretendida, pues el título por el cual se encuentra allí el demandado no parece ser otro que un mero precario. La Audiencia Provincial, después de reproducir buena parte de los FJ 3.º y 4.º de la STS de referencia, concluye que «en el presente

caso no se ha acreditado que el interés de la menor haga aconsejable la adopción de la pretendida medida, que se considera puede dar lugar a enfrentamientos, dado que con independencia de las relaciones que puedan mantener los litigantes, no se puede ignorar que la actora está conviviendo con una nueva pareja, que el inmueble es de su propiedad y que se opone expresamente al uso pretendido».

Se trata, según estimamos nosotros, de una argumentación huera. En la instancia, según se desprende de la narración fáctica, no se discutió si la medida beneficiaba o perjudicaba el interés de la menor, sino el título por el que el progenitor no custodio justificaría su estancia en la que fue vivienda familiar; y en la apelación se hace referencia de pasada a posibles hostilidades entre los progenitores, de los que no se dice nada en los antecedentes de hecho, y se da prioridad a la voluntad obstativa de la madre, quien prefiere acaparar la vivienda para ella y su actual pareja. Poco de interés de la menor, y menos aún de interés del padre que, aunque no tiene cobertura en los estrictos y literales márgenes del artículo 96.1 del CC, el tribunal debió atender, para rechazar la solicitud, a razones de base legal y, por su puesto, debidamente desarrolladas y fundamentadas exclusivamente en el interés del menor, máxime cuando la estancia del padre sería temporal dado su proyectado traslado a otro país por exigencia del trabajo. No hay que olvidar que el Tribunal Supremo, como ha quedado expuesto, obliga a una interpretación del artículo 96 del CC según la realidad del tiempo en que debe ser aplicado y a no imponer el interés de los cónyuges (en este caso progenitores) sobre el propio de los hijos menores. Desde esta perspectiva, no parece que la medida pudiera perjudicar a la menor (no se explicita el tipo de relación mantenida con su progenitor) y tan respetable es el interés de la madre como el del padre, salvo que se quiere enfocar el asunto desde la protagónica condición jurídica de propietaria que ostenta la progenitora.

En contraste con la anterior resolución, resulta modélica la forma de razonar de la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1.<sup>a</sup>) 193/2015, de 15 de abril (FJ 7.<sup>o</sup>). Se interpone recurso de apelación dirigido, en lo que nos interesa, a combatir el pronunciamiento relativo al uso y disfrute del domicilio conyugal que la juez de instancia atribuye a los menores y a la esposa, sin perjuicio que, al ubicarse el domicilio en una finca de 8.000 metros cuadrados, y al existir dos viviendas independientes, se adjudique la vivienda que venía siendo ocupada por la esposa desde que se dictó el auto de medidas provisionales, al demandado que podrá ocuparla si a su derecho conviniera. La estimación del recurso se fundamenta en la valoración negativa, a partir de los datos proporcionados por el informe psicosocial, que la cercana convivencia del padre puede tener sobre los menores en el proceso de integración bajo la custodia de la madre, que pone de manifiesto la difícil relación que mantienen los progenitores manteniendo un estado latente de discrepancias, que entorpece el desarrollo armónico de los menores, por lo que la presencia del padre en la misma propiedad, podrá ser un elemento distorsionador del núcleo familiar. Por ello, aunque la propiedad sea de gran amplitud y disponga de dos viviendas, la atribución de una de ellas al padre no será compatible con un proceso de integración de los menores bajo la custodia de la madre, ni de la recuperación de una relación normalizada.

Además de la concurrencia contrastada de malas relaciones entre los cónyuges, la SAP de Málaga (Secc. 6.ª) 723/2014, de 28 de octubre (FJ 3.º), se basa en la «carencia probatoria de la presunta división y habitabilidad de las dos viviendas, carga probatoria que recae sobre el peticionario de la medida, sin que existan la más mínima constancia en las actuaciones acerca del cumplimiento de tales presupuestos»<sup>173</sup>.

Los razonamientos expuestos por la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1.ª) 472/2015, de 24 de septiembre (FJ 4.º), obligan a pensar, en un acto de condescendencia, que desestima la petición de división material por imposibilidad de realizarla, porque, en realidad, los motivos aducidos no pueden ser más indefinidos. Refiere que la vivienda familiar constituye un todo, integrando la azotea, parte de aquella donde pretende alojarse el recurrente, para, a continuación, decir que «lo que pretende el recurrente no es que se lea tribuya el uso de una dependencia ya separada y perfectamente delimitada, sino ejecutar obras para conseguir tal separación, menoscabando así la integridad de la vivienda, lo que en absoluto puede calificarse que es beneficioso para los menores, único interés que este Tribunal debe tutelar».

La pregunta que aparece inmediatamente es qué tienen que ver las obras con el interés de los menores. Es obvio que, salvo que se trate de dos viviendas diferentes y separadas, la habilitación de alguna de las plantas para su adecuación de cara al alojamiento de uno de los cónyuges, comportará generalmente el acometimiento de obras de mayor o menor importancia. Lo determinante es que la división material del inmueble sea lo más deseable para la protección del interés del menor y que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad. Ninguno de esos dos presupuestos es desvirtuado, con atendibles argumentos, por la Audiencia Provincial, ya que nada dice por qué no es beneficioso para los menores el supuesto menoscabo de la integridad de la vivienda, como tampoco sobre la imposibilidad de realizar la división.

---

173. En términos similares se pronuncia la misma Sección en las sentencias 181/2015, de 27 de marzo (FJ 2.º) y 721/2019, de 12 de septiembre (FJ 4.º); así como las SAP de Las Palmas (Secc. 3.ª) 665/2016, de 23 de diciembre (FJ 1.º) y A Coruña (Secc. 6.ª) 67/2022, de 4 de marzo (FJ 4.º - 3).

## 7. CONCLUSIONES

A tenor de lo dicho en este estudio, y siguiendo su estructura expositiva, resumimos en este apartado las principales líneas conclusivas que sobre el concepto y caracteres de la vivienda familiar pueden extraerse:

I. La práctica del foro demuestra que son habituales las demandas por las que se ejercita la acción de división de la vivienda familiar. A las particularidades propias de todo juicio divisorio, se añaden las propias del objeto sobre el que recaen —la vivienda familiar— debido a la conjunción de dos factores: su dimensión constitucional (art. 47 CE) y constituir la sede que proporciona a sus moradores el espacio necesario donde desarrollar su personalidad, en sus dos vertientes personal y social. Su régimen legal viene condicionado según se trate de la vivienda familiar en situación de normalidad del matrimonio (art. 1320 CC) y vivienda familiar en la situación de crisis conyugal (arts. 90, 91, 96, 103 y 104 CC). La vivienda de la pareja de hecho es, también, vivienda familiar, solo que la decisión de sus integrantes de excluir el matrimonio conlleva, entre otras repercusiones, que dicha vivienda no goce del régimen de protección que el Código Civil prevé en los preceptos citados, ya durante la vigencia de la pareja ya a su finalización.

II.1. La vivienda familiar ha sido definida de múltiples maneras, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Los conceptos ofrecidos, más o menos precisos, son meras aproximaciones desde el momento que el Código Civil no se pronuncia al respecto. Las propuestas ofertadas, pese a incidir en factores tan distintos como su dimensión constitucional, los elementos materiales relativos al lugar físico donde tiene su sede, el componente personal que disfruta de ese lugar o las finalidades que cumple, presentan todas ellas unos fundamentos comunes mínimos: se trata de un espacio que reúne unas condiciones materiales propicias para que un grupo concreto de personas (cónyuges, con o sin hijos, pareja de hecho) consiga la satisfacción de sus necesidades más básicas.

II.2. El Código Civil emplea una pluralidad de expresiones para referirse a una misma realidad: domicilio conyugal, domicilio familiar, vivienda familiar, vivienda habitual, residencia habitual, hogar familiar... La doctrina entiende que todas esas expresiones, aunque no presentan una identidad absoluta, aluden a la misma cosa. Seguramente son los conceptos de *domicilio conyugal* y *vivienda familiar* los que han exigido más atención a la doctrina en aras de su delimitación, para concluir que solo son sinónimos cuando existe una situación de normalidad matrimonial, porque sobrevinida la crisis matrimonial ya no puede hablarse de *vivienda conyugal*, dado que los cónyuges ya no conviven en ella, pero sí de *vivienda familiar*, por cuanto subsiste con el otro cónyuge y los hijos.

III.1. Para que pueda hablarse de vivienda familiar, no es suficiente con la presencia del elemento material, esto es, el espacio o habitáculo y su mobiliario, ya que ha de darse también otro subjetivo, constituido por el acto de afectación o voluntad de sus moradores de otorgar a esos componentes materiales la condición de su vivienda familiar. Es lo que la doctrina ha denominado «su familiarización», o la jurisprudencia «una voluntad de permanencia». Este elemento subjetivo es una mera cuestión de hecho, y, por tanto,

no exige negocio jurídico alguno. En efecto, concurrirá por el mero cumplimiento del deber de vivir juntos que proclama el artículo 68 del CC.

III.2. Además de la afectación, es precisa la ocupación entendida como instalación de los cónyuges en la vivienda como medio de superación de cualquier duda en aquellos supuestos en los que concurren el espacio (más o menos, mejor o peor) amueblado y la intención de los cónyuges (o integrantes de la pareja de hecho, en su caso) de tenerlo como vivienda familiar, pero que, por las circunstancias que sean, no han llegado a habitar en él. Para que la vivienda obtenga la calificación de familiar es indiferente el título jurídico que otorga el derecho a ocupar la vivienda, que puede ser un derecho basado en el régimen de propiedad o en cualquier otro, como el arrendamiento, el uso, el usufructo o el precario.

IV.1. Entrando en la cuestión de los caracteres configuradores de la vivienda familiar, y siempre desde la perspectiva de la especial protección que brinda el Código Civil, el primero que hemos estudiado es, precisamente, su condición de *familiar*, puesto que este término puede presentar distinta amplitud según la interpretación que del mismo se dé. Así es, en la doctrina encontramos dos posturas confrontadas, ya que para algunos autores el término *familiar* queda reducido a los cónyuges, mientras que para otros comprende toda la familia que ocupa la vivienda. Sea como fuere, se trata de un aspecto que, en los últimos tiempos, ha cobrado especial significación cuando proliferan modelos familiares que no encajan en el “tradicional” matrimonio con hijos. Así las cosas, defendemos que es vivienda familiar la ocupada por los cónyuges y su descendencia, así como por el matrimonio sin hijos. La problemática surge respecto de la vivienda abandonada por uno de los cónyuges. Las soluciones ofrecidas en la doctrina científica son variadas, aunque suelen partir de la distinción entre abandono voluntario o forzado y la existencia o no de hijos comunes, para concluir que, si en la vivienda queda uno de los cónyuges con los hijos habidos, sigue siendo vivienda familiar. A igual resultado llegan los autores cuando el motivo es debido al ejercicio de violencia o maltrato sobre el cónyuge que abandona. Obviamente, si abandonan la vivienda voluntariamente los dos cónyuges, deja de ser familiar para ambos.

Por otra parte, la vivienda en la que tiene lugar la convivencia extramatrimonial constituye vivienda familiar, dándose en ella todos los caracteres exigidos para que la vivienda quede protegida por el régimen normativo específico del Código Civil y con las mismas matizaciones. Ahora bien, aunque se den esos caracteres, queda fuera de su ámbito de aplicación, porque ese régimen está ideado tan solo para la familia matrimonial. Por ello, en un loable intento de evitar situaciones injustas, en las que los perjudicados son, fundamentalmente, los hijos, se ha intentado aplicar la normativa en cuestión mediante la técnica de la analogía. A este respecto, se aprecia una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pasando de afirmar la semejanza de las parejas de hecho con el matrimonio y la aplicación analógica de las normas establecidas para este, a negar la referida semejanza y, con ella, la analogía. No obstante, hay un caso en el que, por excepción, la jurisprudencia considera aplicable, mediante la referida técnica, el artículo 96 del CC: cuando existe descendencia común, pues entonces, a falta de acuerdo, el

uso de la vivienda familiar se atribuye a los hijos y al conviviente a quien se le otorgue la guardia y custodia, sea o no titular de la que fue vivienda familiar.

IV.2. Frente a quienes defienden que la vivienda familiar ha de ser necesariamente un bien *inmueble*, que parece ser la opinión mayoritaria en la doctrina, nosotros consideramos que de ningún precepto del Código Civil se desprende tal presupuesto, y, por tanto, pueden ser vivienda familiar: chozas, cabañas, establos, almacenes abandonados, remolques, caravanas y demás vehículos habilitados para hacer vida en ellos, tiendas de campaña, etc. La interpretación literal de los artículos 96 y 1320 no permite deducir la exclusión de tales espacios o bienes, con evidentes y obvias excepciones, como el caso del solar o terreno. La posición dominante al respecto fundamenta el criterio determinante de la condición de vivienda en el material de construcción empleado, de un lado, y en una convención social, de otro, lo que nos resulta insuficiente e inseguro, pues uno y otra pueden variar, y de hecho lo hacen, con inusitada volatilidad. De ahí que optemos por un concepto de vivienda que se fundamenta en su finalidad, que no es otra que proporcionar cobijo y facilitar la interacción social en sus distintas facetas, y esto lo proporciona cualquiera de los receptáculos mencionados, con independencia del material empleado en su construcción o fabricación.

IV.3. La *habitabilidad* de la vivienda guarda relación, como se deduce de su sentido filológico lingüístico, con su cualidad de habitable, esto es, que puede habitarse, y no con la dignidad a que hace referencia el artículo 47 de la CE. A este último respecto, debe entenderse más acertada la postura de aquellos autores que consideran que no resulta necesario que la vivienda familiar sea digna, ya que no se deduce de ningún precepto del Código Civil que la vivienda deba reunir concretas condiciones de habitabilidad; la única exigencia es que el lugar esté destinado a vivienda, sin calificativo o distinción de ninguna especie. Tampoco puede hacerse depender la calificación de familiar de la vivienda del cumplimiento de la normativa sobre urbanismo, como la obtención de la cédula o permiso administrativo, bien que su obtención constituye un principio de prueba a favor de la habitabilidad.

IV.4. Según jurisprudencia del Tribunal Supremo, la vivienda familiar, en las situaciones de crisis matrimonial es aquella que se identifica con la que fue tal hasta la ruptura del matrimonio. La *actualidad* de la vivienda familiar genera problemas interpretativos cuando la familia tiene que desplazarse a un piso alquilado o a la vivienda de familiares, por citar unos ejemplos, hasta la finalización de las obras de construcción de la que será vivienda familiar. Frente a un sector doctrinal, que entiende que ese habitáculo, en principio provisional, no constituye vivienda familiar, lo que sucederá cuando la familiar se desplace a la vivienda ya finalizada, nosotros nos posicionamos con aquellos autores que consideran que, pese a que la vivienda en construcción no cumple, en puridad, los requisitos tradicionalmente dispuestos para su calificación como familiar, si es la única de la que dispone la familia y concurre una intención por parte de los integrantes del grupo familiar de que constituya su futura vivienda, deberá ser considerada como tal. Y así se ha considerado en la denominada jurisprudencia menor.

IV.5. Como expresión de la efectiva ocupación de la vivienda por la familiar, viene exigiéndose una cierta *habitualidad*. La ley no prevé un plazo mínimo para otorgar a la vivienda la condición de familiar: tan habitual es la ocupada desde hace años como la habitada recientemente. Lo determinante es, pues, que la familia tenga la intención de utilizarla de manera estable y permanente en el ejercicio de las funciones que le son propias. No desaparece la habitualidad cuando la familia, puntualmente, no ocupa la vivienda familiar, por ejemplo, por desplazarse a residencias de verano, hoteles, casas rurales, etc., o cuando se traslada a la vivienda de familiares o amistades por razones de visita o compromisos sociales.

IV.6. A partir de los pronunciamientos de nuestros tribunales, se desprende que es vivienda familiar aquella donde los cónyuges cumplen con el deber de *convivencia* del artículo 68 del CC, y ello por la importancia de este deber conyugal, que sirve de presupuesto para el cumplimiento de los restantes deberes conyugales.

V.1. Los *supuestos dudosos*, que por eso generan más polémica en la doctrina y resoluciones contradictorias en los tribunales, son frecuentes —lo que resulta comprensible habida cuenta de la trascendencia del objeto sobre el que recaen y las consecuencias jurídicas que pueden implicar— y se suceden formando un ejemplario casi inabordable. De entre todos ellos, hemos seleccionado siete, al considerarlos los más relevantes, empezando por los *locales comerciales y los espacios dedicados a una actividad profesional*. Si de los primeros hay unanimidad en excluirlos del concepto de vivienda familiar, de los segundos se plantean más dudas. Son los casos de las viviendas mixtas, en las que una parte de las mismas, de forma inseparable, está destinada al ejercicio de una actividad profesional. Los autores acuden a diversos principios para determinar si esos espacios han de correr la misma suerte que el resto de la vivienda a la hora de determinarse la atribución del uso de la vivienda familiar: accesoriadad y, llegado el caso, posibilidad de segregación. No obstante, existe una corriente doctrinal, mucho más acertada a nuestro parecer, que prioriza la finalidad tuitiva de la normativa dedicada a la vivienda familiar, al considerar que el hecho de que en el inmueble coexistan dos finalidades —vivienda y ejercicio de una actividad empresarial o profesional— no excluye dicho bien del estatuto jurídico particular que la ley asigna a la vivienda familiar. Por lo que se refiere a nuestros tribunales, también se siguen diversos criterios, en resumen, la existencia o no de conflicto en la familia y la posibilidad de que el negocio pueda instalarse en otro lugar sin gran perjuicio para el titular de la actividad profesional.

V.2. En cuanto a los *trasteros y garajes*, puede afirmarse que serán considerados partes integrantes de la vivienda familiar cuando sean anejos de la misma, por estar incluidos en la misma, por tratarse de un piso en régimen de propiedad horizontal con garaje o trastero en el sótano o por presentar una conexión tal que imposibilita su aprovechamiento separado. En estos supuestos, tanto el trastero como el garaje siguen la misma suerte que la vivienda familiar, bien principal al que sirven. No obstante, no tendrán la consideración de elementos integrantes de la vivienda cuando concorra alguna circunstancia que permite deducir que son susceptibles de utilización independiente, por ejemplo, cuando no están unidos funcionalmente a la vivienda familiar o constituyen

fincas física y registralmente diferenciadas. Igualmente son excluidos cuando no aportan nada a la convivencia y satisfacción de las necesidades de los hijos y cónyuges en cuya compañía queden, siempre que pueda prescindirse del garaje o trastero sin menoscabo de ningún tipo.

V.3. Aun con opiniones en contra, pueden existir *distintas viviendas familiares*, aunque solo una de ellas será objeto del sistema de protección establecido en el Código Civil. Varios son los criterios apuntados en la doctrina para determinar qué vivienda, entre esa pluralidad, ostenta la condición de principal. Ninguno de esos criterios nos parece enteramente determinante, por lo que resulta más ajustado considerarlos indicios que, en el contexto de valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso, pueden ayudar a despejar el interrogante planteado en los términos expuestos.

V.4. Bastante polémica ha generado la consideración de las *segundas residencias de ocio*, entendiendo por tales aquellos inmuebles que pertenecen a uno o a ambos cónyuges, y que están destinados a un uso de la familia meramente de recreo y con carácter temporal, durante los fines de semana o vacaciones. Dos posicionamientos se observan al respecto. El primero, y mayoritario, entiende que el juez no puede pronunciarse sobre estas otras viviendas que no tienen el carácter de familiar ya que el artículo 96 del CC únicamente se refiere a la vivienda familiar. El segundo aboga precisamente porque los órganos judiciales resuelvan sobre todos los temas afectados por la ruptura matrimonial, y, entre ellos, el destino de la segunda vivienda que los cónyuges o la familia venía empleando con finalidad de recreo o de ocio. Distintos son los argumentos que se han esgrimido para defender esta segunda postura: aprovechamiento de los bienes de que se disponen, interpretación amplia del concepto de vivienda familiar, interpretación conjunta de los artículos 90 y 91 del CC que justificaría que el juez se pronuncie, al menos, sobre las medidas que ha de contener el convenio regulador, cobertura legal en virtud de la administración que prevé el artículo 103.4.ª del CC, y el criterio de favorecer a los hijos. El Tribunal Supremo, con el propósito de unificar la disparidad apreciable en las Audiencias Provinciales, fijó en su sentencia 284/2012, de 9 de mayo, la doctrina siguiente: «en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar».

V.5. Las *heredades rústicas* también son susceptibles de quedar protegidas según el sistema legal diseñado en el Código Civil, pero tal protección, como línea de principio, se limita a la vivienda en sentido estricto y no todo el terreno en que se encuentra construida, salvo que la disposición del entorno hiciese inutilizable la vivienda.

V.6. En cuanto a las *dependencias habitables anexas* a la vivienda principal, como las construidas en el jardín y dotadas de un mobiliario mínimo para, generalmente, otorgar cierta independencia vital a los hijos adolescentes, aunque pueda defenderse que, precisamente, por esa independencia, no son susceptibles de quedar incluidas en el artículo 1320 del CC, consideramos más adecuado al espíritu de dicho precepto que la disposición de ese espacio por su titular podría suponer la entrada de extraños al

hogar, lo que es totalmente contrario a la necesaria intimidad en la convivencia de la familia.

VI. Por último, se da la posibilidad, mediando acuerdo de los cónyuges en el seno del procedimiento matrimonial, para que se proceda a la *división material de la vivienda familiar*, con el objetivo de obtener así dos inmuebles distintos, con accesos diferenciados y debidamente acondicionados para el desarrollo y satisfacción de las necesidades habitacionales de cada uno de los cónyuges. A falta de acuerdo, las Audiencias Provinciales venían negando que el juez pudiera acordar la división material al considerar, entre otros factores, que con ello se rebasarían las atribuciones que el Código Civil, en el artículo 96, le confiere. Esta postura, dominante en la denominada jurisprudencia menor, cambia con la sentencia del Tribunal Supremo 262/2012, de 30 de abril, en la que se formula la siguiente doctrina: «cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 del CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad».

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2005.
- ANGUITA RÍOS, Rosa María, «El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja», en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* 14, julio 2011, pp. 109-128.
- BELDA SÁENZ, María del Carmen, «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, pp. 331-348.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 734, 2012, pp. 3458-3509.
- CABALLERO GEA, José Alfredo, *Los procesos matrimoniales. Causas, hijos, pensiones, alimentos provisionales, embargos, tercerías, delitos, vivienda (atribución de uso, división, desahucios), tramitaciones*, Madrid: Dykinson, 1994: 2.ª ed.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 588, septiembre-octubre 1988, pp. 1583-1626.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 582, septiembre-octubre 1987, pp. 1431-1459.
- CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda», en Larrosa Amante (dir.), *Derecho Inmobiliario: problemática actual*, t. I, Madrid: Consejo General del Poder Judicial – Centro de Documentación Judicial (Manuales de Formación Continuada, 50 -2009), 2010, pp. 33-250.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º: *Derecho de familia*, v. 1.º: *Relaciones conyugales*, Madrid: Reus, S.A., 1994: 12.ª ed. (revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez).
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel, «Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura», en Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) / García Mayo (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Editorial Reus, S.A. (col. Jurídica General. Monografías), 2017, pp. 239-276.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- CUENA CASAS, Matilde, «Capítulo 20. El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada / Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III: *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 275-442.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis / GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV: *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1995: 3.ª reimp. de la 8.ª ed.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A., 1995.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1992.
- GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1986, pp. 61-84.
- GARCÍA MAYO, Manuel, «Capítulo 7. El tratamiento de la vivienda familiar en las uniones de hecho», en Chaparro Matamoros (dir.), *Las uniones de hecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 269-296.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada, *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Madrid: Editorial Reus, S.A., 2019.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, comentario al art. 70, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid: Editorial Tecnos, 1984, pp. 346-354.
- GIL MEMBRADO, Cristina, *La vivienda familiar*, Madrid: Editorial Reus, S.A., 2013.
- GONZÁLEZ COLOMA, Gema, *Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2019.
- HERRERO GARCÍA, María José, comentario al artículo 1320, en Paz-Ares Rodríguez / Díez-Picazo y Ponce de León / Bercovitz / Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid: Secretaría General Técnica – Centro de Publicaciones, 1991, pp. 586-592.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1986, pp. 25-32.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis / SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO de ASÍS / LUNA SERRANO, Agustín / DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús / RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO / RAMS ALBESA, Joaquín José, *Elementos de Derecho civil*, t. IV: *Familia*, Madrid: Dykinson, 2010: 4.ª ed. (revisada y puesta al día por Rams Albesa).
- LUCINI CASALES, Ángel, «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 596, 1990, pp. 87-116.

- LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Fundación Registral (Cuadernos de Derecho Registral), 2012.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Capítulo 9. La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en Martínez de Aguirre Aldaz (coord.) / de Pablo Contreras / Pérez Álvarez, *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia*, Madrid: Colex, 2013: 2.ª ed., pp. 203-227.
- Comentario al artículo 70, en Cañizares Laso / de Pablo Contreras / Orduña Moreno / Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I: *Título preliminar – De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I – De las personas. Libro II – De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (Arts. 1 a 608)*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 446-447.
- MONTERO AROCA, Juan, *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008: 3.ª ed.
- MORENO VELASCO, Víctor, «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», en *Diario La Ley*, n.º 7105, Secc. Tribuna, 2 de febrero de 2009, año xxx (recurso en línea: laleydigital [La Ley 157/2009]), pp. 1-6.
- MUÑOZ DE DIOS, Mariano, «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. xxvii, 1987 (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 18 de abril de 1985), pp. 217-242.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código civil comentado y con jurisprudencia*, 2006: 5.ª ed.
- *Compendio de Derecho Civil 3: Derechos reales e hipotecario*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012.
- ORDÁS ALONSO, Marta, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2018.
- ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, Juan Antonio, «Constitución y vivienda familiar», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1986, pp. 35-58.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Tratado de Derecho de familia*, t. I: *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, vol. I: *Aspectos sustantivos*, Valladolid: Lex Nova, 2007.

- PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Barcelona: Editorial Bosch, S.A. (Col. Práctica Jurídica), 2011.
- PLANES MORENO, María Dolores, «Capítulo XXI: La vivienda familiar», en Hijas Fernández (coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, Madrid: Editorial Colex, 2007, pp. 851-904.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Capítulo 6. Efectos personales del matrimonio», en Yzquierdo Tolsada / Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I: *Derecho de familia y Derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 641-718.
- RAMS ALBESA, Joaquín José, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Editorial Tecnos (col. Semilla y Surco, Serie Derecho), 1987.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, «Notas sobre la vivienda habitual de la familia. (En turno de rectificación)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 553, 1982, pp. 1599-1626.
- SANTOS BRIZ, Jaime, «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en P.-J. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1986, pp. 211-256.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Editorial Tecnos (col. Jurisprudencia práctica), 1999.
- TAMAYO CARMONA, Juan A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2003.
- TOFIÑO PADRINO, Alejandro, «Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria: su efecto determinativo o especificativo según la jurisprudencia del TS», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 763, 2017, pp. 2661-2679.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Derecho de familia y de la persona*, vol. 6: *Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, Barcelona: Editorial Bosch, S.A. 2007.

## RECENSIÓN

**CARUSO FONTÁN, M.<sup>a</sup> V., MACÍAS CARO, V. M. (Dirs.)  
y RODRÍGUEZ RAMOS, M. (Coord.<sup>a</sup>).  
Nuevas tendencias y modernos peligros  
de la política criminal**

Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. pp. 372.  
ISBN: 978-84-1147-076-6

MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

*Profesora Contratada Doctora en Universidad Internacional de La Rioja  
Abogada (colegiada 2.523 ICA Ourense)*

La obra colectiva objeto de recensión ha sido codirigida por la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> María Viviana Caruso Fontán y el Prof. Dr. Víctor Manuel Macías Caro y coordinada por la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Marta Rodríguez Ramos. Cuenta, además, con la participación de investigadores del ámbito jurídico de primer nivel como autores de los distintos capítulos.

Se trata de un trabajo elaborado con excelso rigor académico y del máximo interés jurídico-práctico, por abordar un tema de plena actualidad en relación con el cual se plantean distintos problemas e interrogantes a los que se precisa dar respuesta. La obra refleja el uso de un excelente método investigador y es rica en la inclusión de fuentes bibliográficas, legales y jurisprudenciales. Incorpora asimismo prismas muy distintos sobre la política criminal española, lo que redonda un trabajo completo y referente en la materia que toca.

Con buen criterio, el libro se ha estructurado en dos partes bien diferenciadas. La primera de ellas pivota alrededor del análisis sobre aspectos generales. Se comentan aquí pormenorizadamente, entre otros puntos, el vínculo existente entre la política criminal y las ideologías, el alcance de los principios generales que el derecho penal debe preservar o el papel de la víctima en el marco de la ejecución penitenciaria. Y en la segunda parte se profundiza en el estudio político-criminal aplicado a diferentes ámbitos de la parte especial del derecho penal y del derecho procesal penal. Con certeza, en este campo son diversas las controversias que se plantean. Así, resulta menester ahondar en la problemática de la desigualdad en relación con los delitos patrimoniales, la reforma de los delitos contra la seguridad vial en la “sociedad del riesgo” y la política criminal en materia de violencia de género, temática esta última de candente actualidad tras la promulgación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Así las cosas, todos los trabajos que aglutina el libro objeto de comentario procuran fomentar el pensamiento crítico y el debate acerca de las últimas decisiones legislativas relativas a temas o materias especialmente sensibles,... tomando en consideración que muchas de ellas forman parte de la columna vertebral del Estado de derecho y ponen de relieve el nivel de garantías existente en la realidad práctica de nuestro ordenamiento jurídico.

Tras la presentación que de la obra efectúa la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> María Viviana Caruso Fontán, se da cabida a la exposición de la primera parte, que lleva por título “Concepto de política criminal y cuestiones generales”, compuesta de cinco capítulos. En el primero, de la citada autora y coordinadora, se diserta sobre ideologías y otros peligros de la política criminal española. Se centra así en explicar, entre otros extremos, la búsqueda de un derecho penal objetivo, el desarrollo de la política criminal desde la perspectiva de género, desde lo políticamente correcto y supeditando la misma al servicio de las víctimas. Igualmente se refiere a la criminología como freno de la política criminal.

Del desarrollo del segundo capítulo se ocupa la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Beatriz Escudero García-Calderón, quien examina, desde un punto de vista marcadamente crítico, la satisfacción de las víctimas como expresión de una política criminal equivocada y el sonrojo de los juristas. La autora alude a términos como “cambio de paradigma” y da pie a reflexionar

sobre fenómenos en boga, como la proclividad a situar a las víctimas como centro del universo penal y las problemáticas que se ponen sobre la mesa al desatender la importancia de determinados principios, especialmente, los principios de ofensividad, última ratio y proporcionalidad<sup>1</sup>, así como la falta de taxatividad<sup>2</sup>. Alude también a la violación del derecho al autoencubrimiento impune, así como a la responsabilidad de los juristas en las peticiones de las víctimas. Las últimas reformas legales existentes ponen sin duda de manifiesto todas estas preocupantes ideas.

A continuación, el Prof. Dr. Salvador Cutiño Raya concentra su atención en abundar, desde un enfoque original, en el control social en el Estado y la ciudad neoliberal, haciendo singular referencia al orden público, la seguridad ciudadana y la convivencia. Dirige sus esfuerzos a tratar de arrojar luz sobre las transformaciones en el sistema penal español, el control extrapenal del orden público, amén del control de los espacios públicos y de la diferencia.

En el cuarto capítulo, el Prof. Dr. D. Juan José Delgado Morán se dedica al estudio de las perspectivas criminológicas aplicadas a las políticas de seguridad pública. Parte, en primer término, de unas consideraciones básicas sobre las políticas públicas, para hacer mención después al ciclo de la política pública y a la identificación y definición del problema público. El autor se refiere también en su trabajo a las políticas públicas en materia de seguridad y reflexiona además sobre distintas cuestiones vinculadas a la seguridad pública desde varias perspectivas criminológicas, comentando con un resumen crítico distintas teorías (de la represión delictiva, de la prevención delictiva, económica del delito y ecológica del crimen). Asimismo, apunta a ejes estratégicos de las políticas públicas en materia de seguridad.

Como broche a esta parte, el Prof. Dr. D. Manuel José García Rodríguez se centra en el papel de la víctima en la ejecución penitenciaria, aludiendo a un nuevo escenario para su protagonismo en la política criminal española. En concreto, el autor se detiene en el examen de la participación de la víctima en la ejecución penal, preguntándose qué juicio crítico merece la nueva regulación. Igualmente examina la participación de la víctima en la ejecución como protagonista directa e indirecta. Empero, quizás, la parte de su trabajo que presenta un mayor interés es aquella en la que se hace referencia a otras posibilidades de participación de la víctima en la ejecución, abordando lo atinente a la justicia restaurativa, habitualmente mal entendida en nuestro ordenamiento jurídico y poco potenciada, pese a sus bondades. Nuestro sistema no tiene una arraigada costumbre ni cultura sobre la implementación y utilización de la justicia restaurativa y, a menudo, se confunden términos como “mediación”, “mediación penal”, “justicia restaurativa”...

---

1 La autora expresa sus ideas partiendo del *requiem* por unos cuantos principios penales.

2 Colateralmente, cabe reseñar que la falta de taxatividad de la pena y el riesgo de incurrir en resoluciones judiciales arbitrarias era uno de los argumentos que se esgrimían en el recurso de inconstitucionalidad planteado en relación con la prisión permanente revisable. Esta cuestión fue resuelta por STC 169/2021, de 6 de octubre de 2021, que avaló la constitucionalidad de la referida pena, pese a contar con dos votos particulares de cuatro magistrados.

Inclusive se tiende a pensar, erróneamente, que el único mecanismo existente dentro de la justicia restaurativa es la mediación penal. Ello conduce a regular cuestiones de forma errónea o, cuando menos, insatisfactoria, provocando que se pierdan oportunidades de curación de víctimas, infractores y, por extensión, posibilidades de reeducación, reinserción y, en última instancia, pacificación social.

En la segunda parte de la obra, que se halla conformada por seis capítulos, se tratan, haciendo honor a su título, las cuestiones específicas de política criminal. El primero de estos capítulos es el titulado “El contrasentido del nuevo tenor literal de la agravante de discriminación tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio”. Su autoría corresponde a la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Pastora García Álvarez. La autora aquí examina detenidamente la agravante de discriminación como delito de odio, así como la oportunidad de la incorporación de la edad, la aporofobia, la exclusión social y la identidad de género como factores diferenciadores con relevancia penal. También dedica su atención al análisis de la nueva cláusula final del art. 22.4 del CP, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

En el segundo de los capítulos de esta parte, la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> María Marta González Tascón se ocupa de realizar notas de política criminal ligadas al objetivo de perseguir y procurar la erradicación de la violencia contra los niños. Parte así del estudio de la violencia contra los niños, refiriéndose en particular al contexto supranacional, para descender, a continuación, al examen de la agenda política española sobre la violencia contra los niños. De igual modo, analiza jurídicamente la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

La tarea de examinar el tema tocante a la política criminal vulneradora de los principios penales, realizando una especial consideración de la lucha contra el tráfico de drogas, se atribuye al Prof. Dr. D. Félix M. Pedreira González. El autor apunta los rasgos y evolución de esta tendencia político-criminal, alude a los mecanismos de lucha contra el tráfico de drogas, estudia la regulación aplicable en la materia y, además, aporta el análisis de algunos ejemplos de interés de resoluciones relativas al tráfico de drogas en la jurisprudencia.

A continuación, la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Laura Álvarez Suárez, desde una singular tónica, se encarga de explicar la que denomina como disfrazada reforma del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y sus consecuencias para las víctimas de violencia de género. En este contexto, se asigna, entre otras tareas, la de realizar una aproximación al derecho a la dispensa del deber de declarar antes de la reforma de la Ley Orgánica 8/2021 y examinar los vaivenes interpretativos del Tribunal Supremo para lograr cierta uniformidad jurisprudencial. También apunta al consenso y heterogeneidad en la necesidad de la reforma del art. 416 de la LECrim y examina críticamente esa efectiva, esperada y enmascarada reforma del art. 416.

Seguidamente, el Prof. Dr. D. Miguel Bustos Rubio, experto, entre otros temas, en aporofobia, tiene encomendada la labor de analizar la política criminal de la desigualdad

en los delitos patrimoniales y socioeconómicos, centrándose especialmente en los fenómenos de la aporofobia y la plutofilia. En relación con este último término, plantea el contraste de oportunidades para eludir la sanción penal en el terreno patrimonial y socioeconómico.

Esta segunda parte se cierra con el trabajo que lleva por título “Construyendo un Derecho (penal) mundial del medioambiente: Tratado de empresas transnacionales y derechos humanos, Directiva europea sobre diligencia debida y crimen de ecocidio”. Su autoría corresponde al Prof. Dr. D. Alejandro L. de Pablo Serrano, quien apunta ideas de notable interés. Comienza por contraponer los dos caminos para un derecho mundial del medioambiente, para adentrarse después en el derecho administrativo internacional del medioambiente. Pone de relieve algunas ideas sobre el tercer borrador del Tratado vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos y la propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida de las empresas en derechos humanos y medioambiente. Seguidamente, hace alusión al derecho penal internacional del medioambiente, centrándose en examinar las propuestas para una definición de ecocidio<sup>3</sup> y apuntando, además, consideraciones jurídico-técnicas sobre el tribunal penal internacional competente.

Así las cosas, y tras sintetizar el contenido más destacable de la obra, no podemos hacer otra cosa que aconsejar su lectura a todos los operadores jurídicos que quieran mantenerse informados y actualizados en las temáticas más acuciantes del ámbito penal y procesal penal. En efecto, no estamos ante una obra breve, pero sus capítulos no resultan densos en modo alguno. Su lectura se presenta amena, dinámica e ilustrativa y, de la mano de esta obra, se brinda al lector la oportunidad de encontrar las respuestas a múltiples preguntas de notable incidencia práctica y política.

A modo de colofón, nos gustaría subrayar que la esencia de esta obra colectiva, es decir, lo que reviste su verdadera originalidad, se esconde, a nuestro parecer, en su enfoque, crítico y analítico, que permite concluir los peligros que determinadas políticas criminales pueden proyectar en el ordenamiento jurídico, sus principios y garantías, especialmente cuando se potencia, para diversos fines, la implementación de políticas populistas (como creemos está sucediendo en cierta medida en el ámbito de la violencia de género) y se incurre en ciertos peligros enmascarados que, presumiendo potenciar igualdad y seguridad, generan justamente lo contrario, desigualdad e inseguridad, además de inoperancia o ineficiencia.

---

3 Que viene a ser la destrucción del medioambiente de modo intencionado.

