

ATAS DO I CONGRESSO IBÉRICO DE DIREITO DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

AS RELAÇÕES PESSOAIS, FAMILIARES
E SUCESSÓRIAS

COORDENADORES:

Cristina Dias / João Nuno Barros / Patrícia Sousa Borges / Rossana Martingo Cruz

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Blanca Otero Otero

Cristina Dias

Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva

Morais

Diana Coutinho

Diana Leiras

Esther Pillado González

Estrella Toral-Lara

Filipe Venade de Sousa

Glòria Ortega Puente

Helena Mota

Irene Yáñez García-Bernalt

Jorge Duarte Pinheiro

Judith Solé Resina

Lurdes Varregoso Mesquita

Marco Carvalho Gonçalves

Nieves Martínez Rodríguez

Pablo Grande Seara

Patrícia Sousa Borges

Patrícia Rocha

Rossana Martingo Cruz

Sónia Moreira

Susana Almeida

Teresa Estévez Abeleira

Tomás Farto Piay

ATAS DO
I CONGRESSO IBÉRICO
DE DIREITO DA FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES



COLEÇÃO COLECTIVAS

**ATAS DO I CONGRESSO
IBÉRICO DE DIREITO DA FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES
AS RELAÇÕES PESSOAIS, FAMILIARES
E SUCESSÓRIAS**

Coordenadores:

**CRISTINA DIAS
JOÃO NUNO BARROS
PATRÍCIA SOUSA BORGES
ROSSANA MARTINGO CRUZ**

Autores:

AA. VV.

1.^a edição, abril 2023

Editor:

GESTLEGAL

Rua Bc. do Fanado, n.º 3, 1.º dto.
3000-166 Coimbra
+351 239 053 838
editora@gestlegal.pt
www.gestlegal.pt

ISBN e-book: 978-989-9136-26-7

Esta obra é financiada por fundos nacionais através da FCT
— Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do
Financiamento UID/05749/2020.

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são
da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

GESTLEGAL

ATAS DO I CONGRESSO IBÉRICO DE DIREITO DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

AS RELAÇÕES PESSOAIS, FAMILIARES E SUCESSÓRIAS

Coordenadores:

CRISTINA DIAS

JOÃO NUNO BARROS

PATRÍCIA SOUSA BORGES

ROSSANA MARTINGO CRUZ

ATAS DO I CONGRESSO
IBÉRICO DE DIREITO
DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES
AS RELAÇÕES PESSOAIS, FAMILIARES
E SUCESSÓRIAS

Afiliação:



Universidade do Minho
Escola de Direito

Apoio de:



NOTA INTRODUTÓRIA

O presente Livro de Atas é o resultado dos contributos partilhados no *I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões — as relações pessoais, familiares e sucessórias*, realizado nos dias 12 e 13 de maio de 2022, na Escola de Direito da Universidade do Minho.

Espera-se que esta compilação de textos possa ser proveitosa para os interessados e práticos destas matérias.

Sem prejuízo de algumas indicações formais gerais e de inevitáveis cedências de uniformização, foram respeitadas as opções e estilos de cada um dos autores.

A todos os autores que colaboraram com os seus textos para a concretização deste Livro de Atas muito agradecemos a disponibilidade e o empenho.

Acreditamos que a comunidade jurídica sai enriquecida com esta iniciativa.

A Comissão Organizadora.

O ACOMPANHAMENTO DE MAIORES *

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho

Resumo: O anterior regime civil português previa situações em que, devido a algumas deficiências físicas ou mentais, a capacidade de exercício de direitos era limitada, no próprio interesse do incapaz. Nestes casos, quando as pessoas não se encontrassem em condições de reger a sua pessoa e os seus bens, ou apenas os seus bens, poderia ser judicialmente solicitada a aplicação, respetivamente, dos regimes da interdição e da inabilitação, com vista a proteger os interesses do incapaz.

No entanto, este regime não satisfazia as exigências da especificidade dos problemas das pessoas com capacidade diminuída, estando longe de proporcionar boas soluções. Neste enquadramento, surge a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminou os institutos da interdição e da inabilitação e instituiu o processo judicial de acompanhamento de maior. Esta lei foi inspirada também na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência que representou uma autêntica revolução, que costuma sintetizar-se na passagem de um modelo de substituição na tomada de decisões a um novo modelo de apoio ou assistência na tomada de decisões, que trata de tornar real a igualdade das pessoas com deficiência no exercício da sua capacidade jurídica, na sua dupla vertente de capacidade de gozo e de exercício de direitos.

O novo regime instituído visa garantir uma maior proporcionalidade nas medidas de apoio relativamente às concretas necessidades da pessoa com capacidade diminuída.

* O presente texto corresponde, com pequenas alterações, ao texto da autoria da signatária com o título “O processo judicial de acompanhamento de maior” publicado na *Oñati Socio-Legal Series*, Volume 12, Issue 1 (2022), 41-60: *Vulnerabilidad y Cuidado: una aproximación desde los Derechos Humanos — Vulnerabilidade e Cuidado: uma abordagem de Direitos Humanos*.

O princípio da menor intervenção na esfera da pessoa maior carecida de apoio ou assistência deverá ser assegurado através da sentença judicial, havendo um incremento do papel do juiz, seja na definição das próprias situações em que se justifica decretar certas medidas, seja das limitações a aplicar a cada situação, seja na condução dos processos judiciais respetivos.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) proclama que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular. Segundo Kriele o princípio da dignidade humana, com o sentido universalista com que civilizacionalmente o entendemos, radica as suas mais fortes raízes no Cristianismo (Miranda e Medeiros, 2010, p. 79). No entanto, e apesar das raízes históricas, a dignidade da pessoa humana é mais do que uma experiência religiosa, sendo um valor primordial da ordem jurídica. Canotilho e Moreira (2007, p. 198) afirmam que ao basear a República na dignidade da pessoa humana a Constituição explicita de forma inequívoca que o poder da República tem de assentar em dois pressupostos: a prioridade da pessoa humana sobre a organização política; a pessoa ser considerada um sujeito e não um objeto, ser fim e não meio de relações jurídico-sociais. Constitui assim a dignidade da pessoa humana um dado prévio da legitimação da República. Segundo Miranda (2014, pp. 221 e 222) são projeções da dignidade da pessoa humana as seguintes:

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento;
- c) A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
- d) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas;
- e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- f) A dignidade determina respeito pela liberdade da pessoa, mas não pressupõe capacidade (psicológica) de autodeterminação;

- g) A dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos sociais;
- h) A dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material;
- i) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- j) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- l) A dignidade de cada pessoa é um *prius* em relação à vontade popular;
- m) A dignidade da pessoa está para além da cidadania portuguesa.”.

Miranda (2010, p. 78) entende que é necessário reconhecer que não é possível determinar, com exatidão científica, todas as concretas implicações e consequências do princípio da dignidade da pessoa humana e que se terá de deixar nas mãos do legislador a escolha dos meios mais adequados à efetiva salvaguarda da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que a especificam, sendo assim a concretização do princípio feita de forma histórico-culturalmente aberta.

A pessoa humana viva tem o estatuto jurídico de pessoa jurídica (cf. n.º 1 do artigo 66.º do Código Civil, doravante CC), consistindo a personalidade jurídica na “aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas” (Pinto, 2012, p. 201). Esta afirmação básica e simples não é descabida de intencionalidade. Na verdade, dada a existência de diversas capacidades mentais e físicas, vemos, no dia-a-dia, alguns serem tratados não como sujeitos de direito, mas como verdadeiros objetos de direito, o que não é compatível com o seu estatuto jurídico de pessoa, devendo ser tomadas medidas nesta matéria.

À personalidade jurídica “é inerente a capacidade jurídica ou capacidade de gozo de direitos” (Pinto, 2012, p. 220) — cf. artigo 67.º do CC. Além da capacidade de gozo de direitos, a pessoa tem também a capacidade de exercício dos mesmos, também chamada capacidade de agir, que se traduz na “idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por acto próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado” (Pinto, 2012, p. 221).

O regime civil anterior previa situações em que a capacidade de exercício de direitos poderia ser limitada, no próprio interesse do incapaz. Com efeito, quando as pessoas não se encontrassem em condições de reger a sua pessoa e os seus bens, ou apenas os seus bens, poderia ser judicialmente solicitada a aplicação, respetivamente, dos regimes da interdição (artigos 138.º e seguintes do Código Civil) e da inabilitação (artigos 152.º e ss. do Código Civil), com vista a proteger os interesses do incapaz. Nestes casos, após avaliação e decretamento judicial, seria nomeado um tutor ou um curador, respetivamente. O tutor substituía o incapaz na prática dos atos, o curador auxiliava o incapaz a praticar os atos.

No entanto, este regime geral não satisfazia as exigências da especificidade dos problemas das pessoas com capacidade diminuída, estando longe de proporcionar boas soluções. Com efeito, verificava-se que “[o]s processos de interdição e inabilitação eram morosos, implicavam, por vezes, pesados custos; tinham cariz estigmatizante; não cobriam situações de incapacidade temporária, ainda que se tratasse de incapacidade temporária grave. No caso da inabilitação, visava-se mais a protecção do património do que a protecção da pessoa do incapaz. No caso da interdição, o mecanismo de protecção consistia na tutela, inspirada num meio de suprir o poder paternal que era pouco flexível. Na verdade, a interdição e a inabilitação eram institutos excepcionais que careciam de ser revistos, porque valorizavam pouco a autonomia das pessoas com capacidade diminuída, fossem elas ou não idosas. A interdição e a inabilitação colidiam com a chamada doutrina da alternativa menos restritiva, segundo a qual a protecção se deve fazer de uma forma que respeite ao máximo a autonomia da pessoa em apreço, que afecte o menos possível os seus direitos fundamentais” (Pinheiro, 2020, p. 372).

Acresce que, no âmbito deste regime das incapacidades, haviam sido reclamadas alterações, pois existiam várias situações merecedoras de protecção a que o regime civil anterior não dava resposta. A título exemplificativo, refiram-se no âmbito da protecção das pessoas em situação de perda de capacidades cognitivas, nomeadamente Alzheimer, pois o sujeito poderá passar a praticar atos dos quais não têm consciência, além de limitações exclusivamente físicas impeditivas também da regência de pessoas e bens/apenas bens.

No entanto, e apesar de várias discussões, pedidos e projetos de lei nesse sentido, até há bem pouco tempo, Portugal ainda não havia implementado de forma efetiva na sua legislação civil a recomendação do Conselho da Europa sobre Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Incapazes Adultos [Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa, adotada pelo Comité de Ministros em 23 de fevereiro de 1999], bem como não havia adaptado a sua legislação nesta matéria à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante CDPD) adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho.

Com efeito, como já tivemos oportunidade de referir noutros locais (Carvalho, 2020, p. 98), a aprovação de uma convenção para a proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência veio reafirmar os direitos das pessoas com deficiência enquanto questão de direitos humanos e sendo um instrumento juridicamente vinculativo dá o passo fulcral nesse mesmo sentido, reconhecendo um conjunto de direitos inerentes às pessoas com deficiência, que implicam o respeito pela sua dignidade e seus direitos iguais e inalienáveis. A CDPD não cria novos direitos, antes assegura e promove os direitos humanos no contexto particular das pessoas com deficiência. Esta Convenção representa uma autêntica revolução na matéria que “costuma sintetizar-se na passagem de um modelo de substituição na tomada de decisões, que parte da configuração tradicional do sistema de incapacitação, a um novo modelo de apoio ou assistência na tomada de decisões que trata de tornar real a igualdade das pessoas com deficiência no exercício da sua capacidade jurídica” (Cuenca Gómez, 2012, p. 62).

Efetivamente, no artigo 12.º, n.º 2 da mesma, prevê-se que “Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida”. Trata-se da capacidade jurídica na sua dupla vertente de capacidade de gozo e de exercício de direitos. O conflito deste princípio da capacidade jurídica das pessoas com deficiência com as anteriores regras nacionais da interdição bem como com o disposto em matéria de capacidade matrimonial, capacidade para perflhar e capacidade para testar parecia ser claro. A doutrina tinha apontado

este desfasamento do Código Civil face a regras que lhe são hierarquicamente superiores, bem como a necessidade de proceder ao ajustamento do anterior regime vigente em face de um princípio da menor ingerência na esfera da pessoa com capacidade diminuída e da maximização da sua autonomia. Com efeito, “a autonomia deve ser preservada mesmo em situações clínicas que implicam uma perda progressiva de capacidades, como é o caso das demências (situação clínica frequentemente implicada nos processos de interdição e inabilitação). Uma das recomendações da Associação Americana de Demência de Alzheimer é justamente a conservação da autonomia, referindo mesmo que «é obrigatório proteger uma pessoa com demência das consequências gravemente nocivas (da sua doença), mas é igualmente obrigatório respeitar as suas decisões competentes»” (Marques e Vieira, 2018, p. 65). Na síntese conclusiva de Neto (2022) “é essencial que as pessoas com deficiências recuperem o controlo das suas vidas e, até onde for possível, possam tomar as suas próprias decisões. Os Estados devem criar estruturas públicas que, dentro do enquadramento dos modelos de suporte à vida independente, possam ajudar ao processo de tomada de decisão. Uma sociedade mais inclusiva deve quebrar as barreiras que usualmente as pessoas com deficiências encontram para expressar os seus desejos e o modelo de assistência para a tomada de decisão deve ser um veículo para revelar a sua vontade e para realizar a dignidade humana e a autodeterminação individual”.

Foi neste enquadramento que surgiu a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que “cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966”, lei que entrou em vigor em 10 de fevereiro de 2019, nos termos do n.º 1 do seu artigo 25.º. Segundo Callapez (2020, p. 99) “uma das pedras angulares desta reforma é uma ideia de intervenção mínima, traduzida no reforço do princípio da necessidade, devendo o âmbito das medidas de proteção a decretar ser limitado ao estritamente necessário para assegurar a proteção dos interesses do beneficiário, não atingindo situações em que este tem capacidade de atuação autónoma, com destaque para a específica salvaguarda, (...), do exercício de direitos pessoais e dos negócios da vida corrente. Portanto, à luz do princípio da necessidade, a capacidade de exercício dos beneficiários de

medidas de proteção é sujeita apenas às modificações absolutamente necessárias impostas pelas circunstâncias particulares do caso concreto.”. No próximo ponto atentaremos nos aspetos principais do novo regime jurídico, a nível substantivo e processual.

2. A LEI N.º 49/2018, DE 14 DE AGOSTO E O PROCESSO DE ACOMPANHAMENTO DE MAIOR

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, implementa um regime de acompanhamento² no artigo 138.º do CC que dispõe o seguinte: “O maior impossibilitado, por razões de saúde, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.”.

O preceito “evita referir anomalias psíquicas, surdez-mudez e cegueira; ficam as razões de saúde, a indagar e a valorar pelo Tribunal. As razões comportamentais podem abranger o alcoolismo, a tóxico-dependência ou a prodigalidade. Também aqui qualquer enumeração, que seria sempre insuficiente ou delicada (pense-se na dependência de jogos de vídeo, na adesão a seitas ilegais com práticas perigosas para o próprio ou a radicalização político-militar), surge dispensável. Também não se vê como exigir “habitualidade” ou “duralidade”: tudo depende de cada situação.” (Cordeiro, 2018, pp. 117 e 118). Por exemplo, “[e]m muitas doenças mentais, inclusivamente em situações graves como a esquizofrenia ou a doença bipolar, observa-se um curso flutuante, com períodos de exacerbação, onde a capacidade de governar a sua pessoa e bens pode estar seriamente comprometida, e períodos de estabilização, onde a doença pode não interferir decididamente e de um ponto de vista médico com a capacidade de gestão do próprio e do seu património” (Marques e Vieira, 2018, pp. 67 e 68). Parece assim ter sido ultrapassada a não inclusão das

² Para uma visão comparativa entre os regimes da interdição e da inabilitação e o regime do acompanhamento consultar Barbosa, M. M., 2021. *Maiores Acompanhados. A disciplina da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*. 2.ª ed. Coimbra: Gestlegal.

situações em que a capacidade diminuída era transitória, o que substanciava uma dificuldade da anterior legislação.

“O acompanhamento é apresentado como um benefício e nunca como uma sujeição” (Cordeiro, 2018, pp. 117 e 118), é decidido pelo Tribunal, após audição pessoal e direta do beneficiário, e ponderadas as provas, nos termos do artigo 139.º do CC. Entende-se que “(...) apenas o Tribunal pode optar pelo acompanhamento, seja qual for o seu grau. (...)”

O juiz deve ter um contacto com o visado; se este não puder falar e/ou não se puder deslocar ao Tribunal, o juiz visitá-lo-á onde quer que esteja. Esse contacto é decisivo (...)” (*Ibidem*), o que se veio a prever especificamente no n.º 2 do artigo 897.º do Código de Processo Civil (doravante CPC), que assim dispõe: “Em qualquer caso, o juiz deve proceder, sempre, à audição pessoal e direta do beneficiário, deslocando-se, se necessário, ao local onde o mesmo se encontre.”. Foi assim revisto o regime anteriormente previsto no artigo 896.º do CPC que fazia depender o interrogatório do requerido de ter havido contestação.

O acompanhamento destina-se a assegurar o bem-estar, a recuperação, o pleno exercício de todos os direitos do maior necessitado e o cumprimento dos seus deveres nos termos do n.º 1 do artigo 140.º do CC. Não deve ter lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e assistência que no caso caíam, consagrando-se assim a regra da supletividade, prevista no n.º 2 do artigo 140.º do CC ³. Têm-se aqui em vista, “em primeira linha, os artigos 1674.º e 1675.º do Código Civil; mas admite-se que eles

³ Sobre esta matéria veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04/02/2020, proferido no processo n.º 3974/17.9T8FNC.L1-7 e disponível em www.dgsi.pt, cujo sumário aqui se transcreve:

“I. A medida de acompanhamento de maior só é decretada se estiverem preenchidas duas condições: — uma positiva (princípio de necessidade): tem de haver justificação para decretar o acompanhamento do maior e uma das medidas enumeradas no Art. 145, n.º 2 do C.C., sendo que na dúvida, não é decretada nenhuma medida de acompanhamento; — uma negativa (princípio de subsidiariedade): a medida de acompanhamento é subsidiária perante deveres gerais de cooperação e assistência, nomeadamente de âmbito familiar (Art. 140.º, n.º 2, C.C.), não devendo

possam resultar de outra fonte; seria ideal que estivessem em causa as situações das pessoas que vivam em economia comum (Lei n.º 6/2001, de 11 de maio) e em união de facto (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio); infelizmente, os competentes regimes não consagram expressamente os deveres de cooperação e de assistência, embora se chegue lá pela boa-fé.” (Cordeiro, p. 119).

Segundo Campos (2004, p. 47), os deveres de assistência e cooperação integram *o ser para com os outros*, traduzindo a comunhão de vida, a disponibilidade constante de cada um para com os outros, colocando em comum a vida, o tempo e o espaço, no fundo *ser com os outros*.

Sobre o dever de auxílio, este é parte integrante do conceito de cooperação, na aceção dada pelo artigo 1672.º do Código Civil, pelo que um dos desdobramentos do dever de cooperação, a par da assunção das responsabilidades inerentes à vida familiares por ambos os cônjuges, é a obrigação de socorro e auxílio mútuo. No que concerne a esta obrigação, uma primeira distinção de ordem literal cumpre ser feita, reportando-se o socorro às situações de crise, urgentes e anómalas, e os auxílios mútuos às adversidades do quotidiano, como a doença ou as vulnerabilidades decorrentes da velhice. O dever de cooperação traduz ainda a obrigação de zelar pela vida e saúde do familiar, implicando uma postura ativa, de prevenção e proteção face àquele (Mendes, 2012, p. 60).

Quanto ao dever de assistência, este tem uma natureza patrimonial, correspondendo à obrigação de prestação de alimentos e à obrigação de contribuição para os encargos familiares (neste último caso será necessária a coabitação dos familiares, pertencentes ao mesmo agregado familiar) (Mendes, 2012, p. 64).

Uma questão a pensar, em geral, é a das consequências jurídicas da violação dos deveres de auxílio e assistência. Embora se possa pensar

o tribunal decretar essa medida se estes deveres forem suficientes para acautelar as necessidades do maior.

II. A regra geral é de reconhecer a capacidade da pessoa humana para exercer de forma livre os seus direitos pessoais (Art. 147.º n.º 2 do C.C.), sendo as restrições ou limitações ao seu exercício a exceção, que sempre deverá ser bem fundamentada.”.

desde logo em responsabilidade civil e criminal, nem sempre a violação dos deveres em relação a ascendentes ou equiparados se afigura tão líquida, não sendo sequer debatida doutrinamente, como lembra Mendes (2012, p. 73). Nesta matéria e para reflexão posterior, é importante ter por base, desde logo, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, permitindo a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil às relações conjugais, verificada a rutura do vínculo, em razão da violação de deveres familiares (cfr. artigo 1792.º do Código Civil), assim como a criminalização da violação da obrigação de alimentos (cfr. artigo 250.º do Código Penal).

Deve-se problematizar ainda a questão relacionada com o uso abusivo da figura da gestão de negócios em nome da pessoa com capacidade diminuída, quando poderia ser importante fixar medidas próprias de acompanhamento. Com efeito, no regime anterior “face à verificação de incapacidade de facto do idoso, o vínculo familiar ou a relação de prestação de cuidados ao idoso não legitimam qualquer intervenção. Para tal, é necessária a sua confirmação judicial, a qual tomará em consideração o estado de saúde da pessoa, aferindo do seu grau de autonomia e de limitação, nomeando uma terceira pessoa com legitimidade para representar ou assistir o protegido, dessa forma se efectivando o suprimento da vontade. Uma intervenção ilegítima representará uma violação do dever de respeito e do princípio da autonomia a que se encontram sujeitos os membros familiares.” (Mendes, 2012, p. 99). Segundo Campos (2004, p. 47), o dever de respeito “situa-se no *ser*. Cada um deve reconhecer no outro um ser diferente que há que respeitar, que aceitar. Em termos de não o coagir, nem sequer o tentar mudar, mas estar disponível para ele tal como é e de o amar assim.”.

Cumpre perguntar: será que com o novo regime jurídico as pessoas necessitadas de apoio ficarão à mercê dos seus familiares atendendo ao regime supletivo do acompanhamento?

O Conselho Superior de Magistratura (2018, pp. 34 e 35) chamou a atenção para o facto de que a supletividade prevista “parece esquecer a posição jurídica daqueles que se relacionam juridicamente com o necessitado de assistência, quer familiares quer terceiros contratantes.

Por outro lado, tal supletividade não pode fazer esquecer que, muitas vezes, não são cumpridos aqueles deveres de cooperação e de assistência, sem que a generalidade da sociedade e especificamente,

as instituições de segurança social e os tribunais (aqui em sentido lato) se apercebam desse incumprimento.

Os conflitos e divergência de interesses dentro de cada família, muitas vezes agudizados pela existência de património mais ou menos elevado e pelo aumento do período de vida dos cidadãos, melhor serão resolvidos em sede judicial, onde, com a calma do tempo e com a seriedade do profissionalismo, se acautelam e garantem os direitos do beneficiário do acompanhamento.”.

O n.º 1 do artigo 141.º do CC prevê que o acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público. Este consentimento poderá ser suprido pelo Tribunal, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, o que nos parece uma solução razoável atendendo a que haverá casos em que o maior não o poderá prestar atendendo à sua incapacidade de facto. Com efeito, já a jurisprudência sobre o artigo anterior na matéria considerava que “a legitimidade concedida às pessoas incluídas no círculo definido no (...) art. 141.º do C. Civil não é a expressão ou reflexo dum direito ou interesse próprio de tais pessoas.

Dito de outra forma, não é o direito ou o interesse próprio de tais pessoas que justifica que lhes seja atribuída, pela lei, legitimidade para instaurar a acção de interdição.

Antes, o único direito ou interesse próprio que está em causa na acção de interdição respeita ao requerido que é o beneficiário do pedido (...)” — cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/09/2013 ⁴).

O acompanhante, maior e no pleno exercício dos seus direitos, é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal, sendo designado judicialmente (n.º 1 do artigo 143.º do CC). Aqui importa também ter em consideração que o artigo 156.º, n.º 1 do CC permite que o maior, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento, celebre um mandato para a gestão dos seus interesses, com ou sem poderes de representação. Neste caso, no momento em que é decretado o acompanhamento, o tribunal aproveita o mandato, no

⁴ Disponível em www.dgsi.pt.

todo ou em parte, e tem-no em conta na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante (n.º 3 do mesmo artigo).

Na falta de escolha, o acompanhamento é deferido à pessoa cuja designação melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário (n.º 2 do artigo 143.º do CC), nomeadamente à pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado [n.º 2, al. g) do mesmo artigo], podendo ademais ser designados vários acompanhantes com diferentes funções, especificando-se as atribuições de cada um (n.º 3 do referido artigo).

O artigo 145.º é o artigo mais importante deste regime, traduzindo a mudança de paradigma e instituindo a regra básica da proporcionalidade, assente no *minimum* necessário (Cordeiro, 2018, p. 123). Passamos agora a transcrevê-lo:

“Artigo 145.º (*Âmbito e conteúdo do acompanhamento*)

1. O acompanhamento limita-se ao necessário.

2. Em função de cada caso e independentemente do que haja sido pedido, o tribunal pode cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes seguintes:

- a) Exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias;
- b) Representação geral ou representação especial, com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária;
- c) Administração total ou parcial de bens;
- d) Autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos;
- e) Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.

3. Os atos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica.

4. A representação legal segue o regime da tutela, com as adaptações necessárias, podendo o tribunal dispensar a constituição do conselho de família.

5. À administração total ou parcial de bens aplica-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 1967.º e seguintes.”.

Na interpretação deste artigo deve-se ter em conta que “Mau grado a opção pelo regime do acompanhamento, não há como evitar a substituição, pelo poder parental, pela tutela ou por representações seletivas: recordamos os deficientes profundos, as pessoas em coma dépassé ou os dementes terminais; insistir, aí, num “mero acompanhamento” seria uma fachada dispensável.

(...) A administração de bens pode ser útil quando esteja em causa a gestão complexa de patrimónios.

(...) Nas intervenções de outro tipo podem conter-se, de acordo com as realidades atuais, o acesso a informação bancária, a intervenção para certas operações bancárias ou mobiliárias e a guarda de objetos valiosos ou preciosos.

(...) Em todos os casos, como é da natureza das coisas, cabe ao tribunal decidir, sempre com a maior prudência.” (*Ibidem*).

Extremamente importante é também o artigo 147.º do CC que prevê que o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário, sendo pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. Este preceito pretende acolher com visibilidade os termos da Convenção de Nova Iorque de 2007 (Cordeiro, 2018, p. 124).

Vejamos agora em particular a tramitação relativa ao processo de acompanhamento de maior.

Nos termos do n.º 1 do artigo 891.º do CPC, “[o] processo de acompanhamento de maior tem carácter urgente, aplicando-se-lhe, com as necessárias adaptações, o disposto nos processos de jurisdição voluntária no que respeita aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes.”

A natureza urgente do processo configura uma inovação (passando os prazos do mesmo a correr durante as férias judiciais — cf. n.º 1 do artigo 138.º do CPC), bem como a aplicação de algumas regras dos processos de jurisdição voluntária. Com efeito, distingue-se, em matéria processual, entre processos de jurisdição contenciosa

e processos de jurisdição voluntária. Tal diferença é assumida pelo próprio CPC, que, no livro V, referido a processos especiais, dedica um título aos processos de jurisdição voluntária (título XV, artigos 986.º e ss.). Trata-se de processos com grande diversidade interna entre si, mas que tomam como elementos comuns a circunstância de se guiarem por critérios de julgamento diferentes dos processos de jurisdição contenciosa. A diretriz comum aos processos de jurisdição voluntária é a preocupação em garantir que o tribunal se guie por critérios de razoabilidade e de oportunidade, chegando às soluções mais convenientes. Tome-se a título de exemplo os processos relativos ao suprimento de consentimento (artigos 1000.º e 1001.º do CPC).

São três as principais características deste tipo de jurisdição que vão ter aplicação no processo de acompanhamento de maior, que é de jurisdição contenciosa (cf. Sousa, 2019, pp. 45 e 46):

- O princípio da liberdade de investigação dos factos (previsto no n.º 2 do artigo 986.º do CPC): nos processos de jurisdição voluntária, o juiz não está adstrito aos concretos factos que hajam sido alegados pelas partes, podendo conhecer de outros factos que possam importar para uma adequada apreciação da providência que lhe é solicitada;
- O critério de julgamento (artigo 987.º do CPC): o julgador não está adstrito a critérios de legalidade estrita, podendo tomar a decisão que entenda mais conveniente e oportuna para o caso;
- A possibilidade de modificabilidade das providências antes decretadas (n.º 1 do artigo 988.º do CPC). Esta característica resulta também do n.º 1 do artigo 149.º do CC, segundo o qual o acompanhamento cessa ou é modificado mediante decisão judicial que reconheça a cessação ou a modificação das causas que o justificaram, podendo os efeitos da decisão (nos termos do n.º 2 do mesmo artigo) retroagir à data em que se verificou a cessação ou modificação aí referidas.

No requerimento inicial do processo de acompanhamento de maior (artigo 892.º do CPC), que deve ser intentado no juízo local cível (ou

juízo de competência genérica) do domicílio do maior acompanhado, deve o requerente:

- “a) Alegar os factos que fundamentam a sua legitimidade e que justificam a proteção do maior através de acompanhamento;
- b) Requerer a medida ou medidas de acompanhamento que considere adequadas;
- c) Indicar quem deve ser o acompanhante e, se for caso disso, a composição do conselho de família;
- d) Indicar a publicidade a dar à decisão final;
- e) Juntar elementos que indiquem a situação clínica alegada.

I. Nos casos em que for cumulado pedido de suprimento de autorização do beneficiário, deve o requerente alegar os factos que o fundamentam.”.

“[O] requerente deve indicar logo os meios de prova, estando o n.º de testemunhas limitado a 10. O valor da ação será o correspondente às ações sobre o estado das pessoas (art. 303.º, n.º 1). Atento o valor da ação, é sempre exigido o patrocínio judiciário (...)” (Geraldês *et. al.*, 2020, p. 334). Cumpre ainda assinalar que o processo de acompanhamento de maiores está isento de custas processuais nos termos do artigo 4.º, n.º 2, al. *b*) do Regulamento das Custas Processuais.

Este processo tem intervenção liminar do juiz. Nos termos do artigo 893.º do CPC, é o juiz que decide, em face do caso, que tipo de publicidade deve ser dada ao início, ao decurso e à decisão final do processo, podendo determinar quando necessário a publicação de anúncios em sítio oficial a regulamentar por portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça. Este sítio oficial seria para os casos mais graves, destinando-se a visitas de agentes especializados (Cordeiro, 2018, p. 147).

Esta alteração deve-se à consideração da inadequação do anterior artigo 892.º do CPC que se referia a afixação de editais no tribunal e na sede da junta de freguesia da residência do requerido e anúncio num dos jornais mais lidos na respetiva circunscrição judicial. Entende-se que este tipo de publicidade pode ser vexatório para o visado e para os seus próximos, tendo muitas interdições ficado por decretar pelo desincentivo que este tipo de publicidade representava (*Ibidem*).

Ao requerimento inicial segue-se a citação do beneficiário para responder no prazo de 10 dias quando o mesmo não seja o requerente da medida (artigos 895.º e 896.º do CPC). Se a citação não produzir efeitos, nomeadamente em virtude de o beneficiário se encontrar impossibilitado de a receber, ou no caso de falta de resposta, aplica-se o disposto no artigo 21.º do CPC, ou seja, será citado o Ministério Público para sua defesa, mas quando o Ministério Público seja o requerente do processo, ter-se-á que nomear defensor oficioso ao beneficiário, sendo citado o defensor.

Em qualquer caso, como já se adiantou neste artigo, o juiz deve proceder, sempre, à audição pessoal e direta do beneficiário, deslocando-se, se necessário, ao local onde o mesmo se encontrar (n.º 2 do artigo 897.º do CPC). O preceito em causa, como já vimos, pretende superar o anterior artigo 896.º do CPC que previa a existência de um interrogatório do requerido, mas apenas nos casos de ações contestadas.

Sobre a questão da audição do beneficiário vejam-se os seguintes acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra ⁵:

- de 04/06/2019, proferido no processo n.º 647/18.9T8ACB.C1, cujo sumário aqui se transcreve: “A audição direta do beneficiário pelo juiz, no âmbito do processo especial de acompanhamento de maiores, determinada no n.º 2 do artigo 897.º do Código de Processo Civil, na redação da Lei n.º 49/2018 de 14 de agosto, deve ocorrer em todos os processos, sem exceção.” e
- de 03/03/2020, proferido no processo n.º 858/18.7T8CNT-A. C1 I, cujo sumário também se transcreve: “I-Entre os vários princípios que orientam/norteiam o processo especial de acompanhamento de maiores encontra-se o da imediação (pelo tribunal/juiz) na avaliação da situação física e/ou psíquica do beneficiário.

II. Princípio esse que impõe obrigatoriamente ao juiz que, em qualquer caso e circunstância, proceda (direta e pessoalmente) à audição do beneficiário, sem que a possa dispensar.

⁵ Disponíveis em www.dgsi.pt.

III. A omissão dessa audição é geradora de nulidade processual”.

Segundo Mesquita (2021, p. 102) “Sobre a obrigatoriedade da audição do beneficiário, apesar de estar consagrada como regra, julga-se que não deve ser tomada como totalmente absoluta, procurando ter em conta a situação concreta do beneficiário. O juiz, no uso dos seus poderes de gestão processual e adequação processual, afere da efectiva utilidade desse acto e pode, em casos excepcionais, quando conclua ser desnecessário face aos elementos de que já disponha, dispensar essa audição.” Serão, exemplificativamente, casos como os referidos no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/09/2019, processo n.º 12596/17.3T8LSB-A.L1.L1-2 ⁶, cujo sumário se transcreve parcialmente: “III. Apenas será de equacionar não o fazer [a audição pessoal e directa do beneficiário] numa situação em que comprovadamente tal diligência se não possa realizar (*v. g.* beneficiário em coma), pois não deixará de ter aqui aplicação o princípio da limitação dos atos, não sendo lícito realizar no processo atos inúteis (cf. art. 130.º do CPC)”.

Findos os articulados, o juiz analisa os elementos juntos pelas partes, pronuncia-se sobre a prova por elas requerida e ordena as diligências que considere convenientes, podendo, designadamente, nomear um ou vários peritos (n.º 1 do artigo 897.º do CPC). Esta norma traz também mudanças relativamente ao processo anterior em que era obrigatória a realização de um exame pericial (salvo na prodigalidade).

O Conselho Superior de Magistratura (2018, p. 48) considerou no seu parecer que a elaboração do relatório pericial se mostra indispensável à justa, adequada, imparcial e objetiva decisão, devendo o mesmo ser efetuado no âmbito dos autos pelos centros médico-legais a quem está atribuída tal tarefa.

Nos termos do atual artigo 899.º do CPC, apenas

“1. Quando determinado pelo juiz, o perito ou os peritos elaboram um relatório que precise, sempre que possível, a afeção de que sofre o beneficiário, as suas consequências, a data provável do seu início e os meios de apoio e de tratamento aconselháveis.

⁶ Disponível em www.dgsi.pt.

2. Permanecendo dúvidas, o juiz pode autorizar o exame numa clínica da especialidade, com internamento nunca superior a 1 mês e sob responsabilidade do diretor respetivo, ou ordenar quaisquer outras diligências.”.

Reunidos os elementos necessários, na sentença, o juiz designa o acompanhante e define as medidas de acompanhamento, nos termos do artigo 145.º do CC e, quando possível, fixa a data a partir da qual as medidas decretadas se tornaram convenientes ⁷ (n.º 1 do artigo 900.º do CPC), devendo referir expressamente a existência de testamento vital e de procuração para cuidados de saúde e acautelar o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo acompanhado ⁸ (n.º 3 do mesmo artigo). O juiz pode ainda designar um acompanhante substituto, vários acompanhantes e, sendo o caso, o conselho de família (n.º 2 do mesmo artigo).

Da decisão relativa à medida de acompanhamento cabe recurso de apelação, tendo legitimidade o requerente, o acompanhado e, como assistente, o acompanhante (artigo 901.º do CPC), a interpor no prazo de 15 dias (cf. artigos 638.º, n.º 1 e 677.º do CPC), subindo nos próprios autos (art. 645.º, n.º 1, al. *a*) do CPC) e com efeito suspensivo (art. 647.º, n.º 3, al. *a*) do CPC).

⁷ Sobre esta matéria veja-se a propósito o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/09/2020, proferido no processo n.º 17743/19.8T8PRT-D.P1 e disponível em www.dgsi.pt, cujo sumário aqui se transcreve:

“I. A decisão relativa ao processo de acompanhamento de maior deve procurar fixar a data a partir da qual as medidas decretadas se tornaram convenientes, impondo-se que o relatório pericial de natureza médica precise a data provável do início da afeção de que sofre o beneficiário (899.º, 900.º CPC)

II. Existindo dúvidas fundadas, nomeadamente por força da junção de documentos médicos, quanto à comprovação da data constante daquele relatório, deve o tribunal proceder às diligências tidas como necessárias, designadamente através da obtenção de esclarecimentos junto do perito responsável pela elaboração daquele relatório.”.

⁸ Sobre esta matéria ver o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17/09/2019, proferido no processo n.º 6985/18.3T8CBR.C1, disponível em www.dgsi.pt.

Com o trânsito em julgado, o tribunal deve oficiosamente promover a comunicação da decisão aos serviços competentes do registo civil para efeitos do seu registo ⁹ (cf. artigo 153.º, n.º 2 do CC e artigo 902.º, n.º 2 do CPC) e pode o acompanhante requerer a anulação dos atos praticados após as comunicações referidas no artigo 894.º do CPC, quando estejam abrangidos pelas medidas de acompanhamento (artigo 903.º do CPC). O prazo dentro do qual a ação de anulação deve ser proposta só começa a contar-se a partir do registo da sentença (artigo 154.º, n.º 2 do CC). Quanto aos atos anteriores ao anúncio do processo de acompanhamento aplica-se o regime da incapacidade acidental (n.º 3 do mesmo artigo).

As medidas de acompanhamento devem ser revistas com a periodicidade que for definida na sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos, nos termos do artigo 155.º do CC.

Uma mudança significativa a registar é que a morte do beneficiário extingue a instância (n.º 1 do artigo 904.º do CPC). Tal deve-se à nova natureza do instituto, que se destina a acautelar os interesses do beneficiário. O Conselho Superior de Magistratura (2018, p. 50), no seu parecer, não acompanhou esta opção pela extinção da instância, entendendo que o processo deveria ser aproveitado para averiguação da afeição sofrida pelo requerido, desde que as diligências realizadas se mostrassem úteis à formulação daquele juízo, pois entendeu que o desaproveitamento da audiência pessoal do requerido e do exame pericial carecia de qualquer justificação. O Tribunal Constitucional já teve oportunidade de se pronunciar sobre a constitucionalidade da norma a propósito de um caso concreto, no âmbito do acórdão n.º 477/2020 ¹⁰ de 01/10/2020, proferido no âmbito do processo n.º 979/2019, tendo decidido “[n]ão julgar inconstitucional o artigo 904.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, conjugado com o artigo 26.º, n.º 1, do mesmo diploma, no sentido de que a morte do beneficiário extingue a instância, sem possibilidade de prosseguimento da ação a pedido

⁹ A falta de registo faz com que a decisão não possa ser invocada contra terceiro de boa fé enquanto se não mostre efetuado o registo (cf. artigo 1920.º-C do CC).

¹⁰ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200477.html>.

do requerente, nos processos de interdição pendentes em que venham a ser realizados o interrogatório judicial e o exame pericial antes do falecimento do requerido”, porquanto “[o] caminho percorrido permite concluir pela inexistência de uma ofensa a um interesse na confiança digno de tutela constitucional. No mínimo, pode dizer-se que não se demonstraram os requisitos da proteção da confiança, tanto bastando para se formar um juízo de não inconstitucionalidade. Ainda que assim não se entendesse, porém, sempre seria de excluir o juízo de que a norma sindicada ofende o princípio da proteção da confiança, tendo em conta a reduzida intensidade do sacrifício imposto e as razões materiais da opção legislativa.”.

3. CONCLUSÕES

O artigo 1.º da CRP proclama que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular. Canotilho e Moreira (2007, p. 198) afirmam que ao basear a República na dignidade da pessoa humana a Constituição explícita de forma inequívoca que o poder da República tem de assentar em dois pressupostos: a prioridade da pessoa humana sobre a organização política; a pessoa ser considerada um sujeito e não um objeto, ser fim e não meio de relações jurídico-sociais. Constitui assim a dignidade da pessoa humana um dado prévio da legitimação da República.

A pessoa humana viva tem o estatuto jurídico de pessoa jurídica (cf. n.º 1 do artigo 66.º do CC), consistindo a personalidade jurídica na “aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas” (Pinto, 2012, p. 201). Esta afirmação básica e simples não é descabida de intencionalidade. Na verdade, dada a existência de diversas capacidades mentais e físicas, vemos, no dia-a-dia, alguns serem tratados não como sujeitos de direito, mas como verdadeiros objetos de direito, o que não é compatível com o seu estatuto jurídico de pessoa, devendo ser tomadas medidas nesta matéria. À personalidade jurídica “é inerente a capacidade jurídica ou capacidade de gozo de direitos” (Pinto, 2012, p. 220) — cf. artigo 67.º do CC. Além da capacidade de gozo de direitos, a pessoa tem também a capacidade de exercício dos mesmos, também chamada capacidade de agir, que se

traduz na “idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por acto próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado” (Pinto, 2012, p. 221).

O regime civil anterior previa situações em que a capacidade de exercício de direitos poderia ser limitada, no próprio interesse do incapaz. Com efeito, quando as pessoas não se encontrassem em condições de reger a sua pessoa e os seus bens, ou apenas os seus bens, poderia ser judicialmente solicitada a aplicação, respetivamente, dos regimes da interdição e da inabilitação, com vista a proteger os interesses do incapaz. Nestes casos, após avaliação e decretamento judicial, seria nomeado um tutor ou um curador, respetivamente. O tutor substituía o incapaz na prática dos atos, o curador auxiliava o incapaz a praticar os atos. No entanto, este regime geral não satisfazia as exigências da especificidade dos problemas das pessoas com capacidade diminuída, estando longe de proporcionar boas soluções.

Foi neste enquadramento que surgiu a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que “cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966”, lei que entrou em vigor em 10 de fevereiro de 2019, nos termos do n.º 1 do seu artigo 25.º. Esta lei foi inspirada também na CDPD que representou uma autêntica revolução na matéria que “costuma sintetizar-se na passagem de um modelo de substituição na tomada de decisões, que parte da configuração tradicional do sistema de incapacitação, a um novo modelo de apoio ou assistência na tomada de decisões que trata de tornar real a igualdade das pessoas com deficiência no exercício da sua capacidade jurídica” (Cuenca Gómez, 2012, p. 62). No artigo 12.º, n.º 2 da mesma, prevê-se que “Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida”. Trata-se da capacidade jurídica na sua dupla vertente de capacidade de gozo e de exercício de direitos.

Segundo Callapez (2020, p. 99) “uma das pedras angulares desta reforma é uma ideia de intervenção mínima, traduzida no reforço do princípio da necessidade, devendo o âmbito das medidas de proteção

a decretar ser limitado ao estritamente necessário para assegurar a proteção dos interesses do beneficiário, não atingindo situações em que este tem capacidade de atuação autónoma, com destaque para a específica salvaguarda, (...), do exercício de direitos pessoais e dos negócios da vida corrente. Portanto, à luz do princípio da necessidade, a capacidade de exercício dos beneficiários de medidas de proteção é sujeita apenas às modificações absolutamente necessárias impostas pelas circunstâncias particulares do caso concreto.”.

Extremamente importante é também o artigo 147.º do CC que prevê que o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário, sendo pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. Este preceito pretende acolher com visibilidade os termos da Convenção de Nova Iorque de 2007 (Cordeiro, 2018, p. 124).

O novo regime instituído visa assim garantir uma maior proporcionalidade nas medidas de apoio relativamente às concretas necessidades da pessoa com capacidade diminuída. O princípio da menor intervenção na esfera da pessoa maior carecida de apoio ou assistência deverá ser assegurado através da sentença judicial que irá configurar em concreto, “à medida”, a extensão da incapacidade e os contornos do seu suprimento, parecendo para tal essencial, além da audição do requerido, a realização de um exame pericial, o que deverá implicar o reforço de meios materiais e humanos nos centros médico-legais, de modo a permitir uma correta e eficaz implementação das medidas de acompanhamento.

Face ao regime processual exposto, concluímos como Beleza (2019, p. 21), que em tal regime há um “incremento do papel do juiz, seja na definição das próprias situações em que se justifica decretar certas medidas (por ex: quando é a que saúde ou o comportamento impedem o consciente exercício dos direitos ou cumprimento de deveres), seja das limitações a aplicar a cada situação, seja na condução dos processos judiciais respectivos.

É naturalmente mais exigente a ponderação, caso a caso, dos actos que o visado deve deixar de praticar por si ou só por si, do que a aplicação de

um regime fixo (interdição) ou variável, mas em que a escolha estava balizada por grandes tipos de actos (inabilitação — disposição/administração, por exemplo). Mas essa maior exigência é o preço de um sistema que, possibilitando uma maior adequação à concreta situação das pessoas visadas e devendo ser aplicado sempre na perspectiva da menor limitação possível à capacidade do maior que necessita de acompanhamento, melhor respeita a sua dignidade e a sua participação na sociedade.”

Caberá à prática judiciária o desafio de moldar todos os dias as medidas de suprimento da incapacidade de maiores, apuradas as especificidades de cada situação. Os julgadores deixaram de estar balizados por modelos pré-fixados, devendo apreciar os pontos exatos em que o beneficiário necessita de acompanhamento. Apesar de se tratar de tarefa mais complexa do que a prevista no regime anterior, é a mesma exigível a fim de se salvaguardar a dignidade da pessoa humana, pois “a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta” (Miranda, 2014, p. 221).

4. REFERÊNCIAS

- Barbosa, M. M., 2021. *Maiores Acompanhados. A disciplina da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*. 2.ª ed. Coimbra: Gestlegal.
- Beleza, M. dos P., 2019. Brevíssimas notas sobre a criação do regime do maior acompanhado, em substituição dos regimes da interdição e da inabilitação — Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. *In: O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf [30.11.2020].
- Callapez, P., 2020. Acompanhamento de maiores. *In: Processos Especiais — Volume I*. Lisboa: AAFDL.
- Campos, D. L. de, 2004. Eu-Tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles). *In: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- Canotilho, J. J. G. e Moreira, V., 2007. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4.ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora.
- Carvalho, A. S., 2020. Comentário ao artigo 8.º. *In: Gomes, J. C., Neto, L. e Vítor, P. T., Coord. Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência — Comentário*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, pp. 97 a 101.
- Conselho Superior da Magistratura, 2018. *Parecer sobre a proposta de Lei n.º 110/XIII que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação*. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a->

- 6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e-68627938344d445a6d4d7a45334d6930334f575a684c5452695a44457459546c6a596931694d54566d4e4459304d544d7a5a574d756347526d&fich=806f3172-79fa-4bd1-a9cb-b15f464133ec.pdf&Inline=true [28.11.2020].
- Cordeiro, A. M., 2018. *Da situação jurídica do maior acompanhado — Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*. Disponível em: http://www.smp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf [28.11.2020].
- Cuenca Gómez, P., 2012. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *In: Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* [em linha], n.º 10. La Rioja: Universidad de La Rioja, 61-94. Disponível em: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf> [28.11.2020].
- Geraldes, A. S. A., Pimenta, P. e Sousa, L. F. P. de, 2020. *Código de Processo Civil Anotado*. Volume II. Reimpressão. Coimbra: Almedina.
- Marques, S. e Vieira, F., 2018. Proteção da autonomia na incapacidade — novas exigências ao regime jurídico português. *In: Julgar*, n.º 34. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Disponível em: <http://julgar.pt/protacao-da-autonomia-na-incapacidade-novas-exigencias-ao-regime-juridico-portugues/>[28.11.2020].
- Mendes, A. J. M., 2012. *Direito ao Envelhecimento — perspectiva jurídica dos deveres familiares relativamente a entes idosos*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário. Universidade do Minho. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20662/1/Andreia%20Joana%20Morris%20Mendes.pdf> [28.11.2020].
- Mesquita, L. V., 2021. O novo estatuto do maior acompanhado no sistema português — algumas questões processuais. *In: Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*.
- Miranda, J., 2014. *Manual de Direito Constitucional*. Volume II. Tomo IV. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- Miranda, J. e Medeiros, R., 2010. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora.
- Neto, J. I. T. F., 2022. Assisted Decision-Making (Capacity): A New Legal System Where the Will of People with Disabilities Really Matters? The Portuguese Experience. *International Journal for the Semiotics of Law*.
- Pinheiro, J. D., 2020. *O Direito da Família Contemporâneo*. 7.ª ed. Coimbra: Gestlegal.
- Pinto, C. A. da M., 2012. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora.
- Sousa, M. T. de, 2019. O regime de acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais. *In: O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf [30.11.2020].

AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E CAUTELARES NO REGULAMENTO BRUXELAS II TER

Anabela Susana de Sousa Gonçalves *

Resumo: *Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (Bruxelas II ter)* ¹ vem reformular o *Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II bis)*, onde se estabelece o regime jurídico relativo à competência internacional e ao reconhecimento de sentenças e atos públicos estrangeiros em matérias matrimoniais e de responsabilidade parental. Uma das questões objeto de atenção foi o regime da competência internacional em matérias de responsabilidade parental, e dentro deste âmbito, houve uma tentativa de aperfeiçoar a norma referente às medidas provisórias e cautelares, incorporando no texto da norma alguma jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e afastando outra. É precisamente a atual configuração das medidas provisórias e cautelares no regime jurídico do Regulamento Bruxelas II ter que pretendemos explorar neste breve estudo.

Palavras-chave: Regulamento Bruxelas II ter; Direito Internacional da Família; responsabilidades parentais; medidas provisórias e cautelares

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Com exceção dos artigos 92, 93 e 103.º, que se aplicam desde 22 de julho de 2019.

1. O NOVO REGULAMENTO BRUXELAS II TER

*Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (Bruxelas II ter)*² vem reformular o *Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II bis)*, onde se estabelece o regime jurídico relativo à competência internacional e ao reconhecimento de sentenças e atos públicos estrangeiros em matérias matrimoniais e de responsabilidade parental. O novo Regulamento Bruxelas II *ter* revoga o Regulamento Bruxelas II *bis* com efeitos a partir de 1 de agosto de 2022 (art. 104.º, n.º 1, e art. 105.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas II *ter*).

Na reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis*, a Comissão Europeia concentrou-se em reformar as questões mais problemáticas que resultavam da aplicação do mesmo e que foram identificadas no Relatório de 2014 elaborado precisamente para aferir a aplicação prática daquele Regulamento³.

Uma das questões objeto de atenção foi o regime da competência internacional em matérias de responsabilidade parental, e dentro deste âmbito, houve uma tentativa de aperfeiçoar a norma referente às medidas provisórias e cautelares, incorporando no texto da norma alguma jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e afastando outra. É precisamente a atual configuração das medidas provisórias e cautelares no regime jurídico do Regulamento Bruxelas II *ter* que pretendemos explorar neste breve estudo.

² Com exceção dos artigos 92, 93 e 103.º, que se aplicam desde 22 de julho de 2019.

³ EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*, COM (2014), 225 final, Brussels, 15.04.2014, pp. 1-20.

2. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADES PARENTAIS

2.1. A norma geral

O art. 8.º do Regulamento Bruxelas II *bis* estabelecia a regra de competência geral no âmbito da responsabilidade parental, atribuindo jurisdição aos tribunais da residência habitual da criança no momento em que o processo é instaurado em tribunal. O art. 7.º do Regulamento Bruxelas II *ter* mantém essa regra de competência geral nas matérias das responsabilidades parentais.

O considerando 19 do Regulamento fundamenta as regras de competência internacional em matéria de responsabilidade parental no princípio do superior interesse da criança e, conseqüentemente, no princípio de proximidade. O superior interesse da criança no âmbito da competência internacional é concretizado pela atribuição de competência ao tribunal mais próximo da criança e, conseqüentemente, aquele que conhece melhor a sua situação, o seu estado de desenvolvimento e, por isso, está mais apto a adotar as decisões necessárias e de forma mais eficiente para salvaguardar o seu superior interesse ⁴.

Esta norma geral de competência é apelidada de centralizadora ⁵, no sentido de que todos os pedidos relativos às responsabilidades parentais, sejam relativos ao direito de guarda, ao direito de visita, medidas de proteção da criança, elencadas no art. 1.º, n.º 1, al. b), n.º 2, do Regulamento, estão sujeitas ao foro da residência habitual da criança.

⁴ Sobre o princípio do superior interesse da criança como princípio inspirador das soluções presentes no Regulamento Bruxelas II *bis* nas matérias de responsabilidade parental, v. com mais pormenor Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II *bis*» in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 367-381.

⁵ V. Arnaud Nuyts, «Compétence, litispendance et renvoi des affaires: la Coordination européenne des procédures en matière de responsabilité parentale» in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins, Actes du XIVe colloque de l'Association «Famille et Droit»*, Ed. Laurent Barnich, Arnauds Nuyts, Silvia Pfeiff, Patrick Waudelet, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 68.

2.2. O conceito de residência habitual da criança

Os conceitos presentes no Regulamento Bruxelas II *ter* devem ser interpretados independentemente do direito nacional dos Estados-Membros, através de uma interpretação autónoma dos mesmos ⁶. Segundo a jurisprudência do TJUE ainda a propósito do Regulamento Bruxelas II *bis*, residência habitual para efeitos do Regulamento deve ter uma interpretação autónoma ⁷, à luz do contexto das regras e dos fins prosseguidos pelo mesmo no contexto da responsabilidade parental, referidos no considerando 12 do referido Regulamento: a competência internacional no âmbito das responsabilidades parentais é definida de acordo com o melhor interesse da criança, alcançado através do princípio da proximidade.

Nesse sentido, a residência habitual para efeitos do art. 7.º deve ser entendida como o local que revela uma certa integração da criança num ambiente social e familiar e deve apresentar certa estabilidade ou regularidade, características determinadas por alguns indícios do caso concreto que traduzem a integração social e familiar da criança ⁸. Além da presença física da criança, os indícios a serem determinados no caso específico devem permitir concluir que essa presença não é de natureza temporária ou ocasional e revelar a integração da criança num ambiente social e familiar localizado

⁶ Sobre a interpretação autónoma e uniforme dos conceitos presentes nos regulamentos da União relativos à cooperação judiciária em matéria civil, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «Cooperação judiciária em matéria civil e Direito Internacional Privado», in *Temas de Direito Internacional Privado e de Processo Civil Internacional*, Librum Editora, Porto, 2019, pp. 195-254.

⁷ TJUE, *Korkein hallinto-oikeus-Finlândia*, Processo C-523/07, de 02.04.2009, § 35; *idem*, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, Processo 497/10PPU, de 22.10.2010, § 45; *idem*, *J.McB. c. L.E.*, Processo C-400/PPU, de 05.10.2010, § 41; *idem*, *C c. M*, Processo C-376/14 PPU, 09.10.2014, § 50. Interpretação autónoma também reconhecida pela Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000)*, União Europeia, 2005, p. 13; *idem*, *Guia prático para a aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, União Europeia, 2014, p. 26.

⁸ TJUE, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, Cit., § 44, § 47; *idem*, *Korkein hallinto-oikeus*, Cit. § 44; *idem*, *C c. M*, Cit., § 51.

naquele Estado ⁹, sendo a residência habitual caracterizada por uma certa estabilidade ou regularidade ¹⁰.

A noção referida envolve elementos objetivos que traduzem a integração social e familiar da criança, mas também elementos subjetivos que se corporizam na intenção dos titulares das responsabilidades parentais se fixarem com a criança em certo estado com caráter de permanência.

Segundo a jurisprudência do TJUE, esses indícios podem ser estabelecidos levando em consideração, por exemplo: a duração; regularidade; as condições e os motivos da permanência da criança e da família no território de um Estado-Membro ou da mudança para outro Estado-Membro; a nacionalidade da criança; o local e as condições da escola; conhecimento de línguas; os laços familiares e sociais nesse Estado; a intenção do detentor do direito de guarda de se estabelecer com a criança em outro Estado-Membro, expressa por certas medidas externas, como a aquisição ou o aluguer de uma casa no Estado-Membro de acolhimento, que pode ser uma indicação da transferência da residência habitual; o pedido de habitação social a prestar aos serviços sociais de um Estado-Membro; a intenção da pessoa que exerce as responsabilidades parentais em fixar o centro permanente ou habitual dos seus interesses com a intenção de torná-lo permanente ¹¹...

Note-se que a intenção dos pais de se fixarem com a criança num Estado-Membro pode ser tida em conta quando se corporiza em circunstâncias exteriores, como a aquisição a locação de uma habitação num Estado-Membro ¹². Todavia, a mera intenção dos pais não é decisiva para fixar a residência habitual da criança, sendo necessário que este indício seja coordenado com outros elementos ¹³. Ainda relacionado com a intenção dos pais, o TJUE decidiu que numa situação

⁹ Sublinhando que a presença física pode corresponder a uma residência temporária, v. a decisão do TJUE, *Korkein hallinto-oikeus*, Cit., § 38; *idem*, C c. M, Cit., § 51.

¹⁰ Assim afirmado pelo TJUE no caso *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, Cit., § 44.

¹¹ Entre outros indícios que podem resultar do caso concreto: TJUE, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, Cit., § 53-56; *idem*, *Korkein hallinto-oikeus*, Cit. § , 44; *idem*, C c. M, Cit., § 52.

¹² TJUE, A., *Pedido de decisão prejudicial: Korkein hallinto-oikeus — Finlândia*, Processo C-523/07, de 2.04.2009, EU:C:2009:225, § 40.

¹³ TJUE, *OL c. PQ*, Processo C-111/17 PPU, de 08.06.2017, ECLI:EU:C:2017:436, § 47.

em que os pais vivem num Estado-Membro e, em comum acordo dos pais, a mãe vai para outro Estado-Membro, onde a criança nasce e reside ininterruptamente durante vários meses com a mãe, ainda que tenha existido uma intenção inicial dos pais no sentido de a mãe regressar com a criança, essa intenção não permite considerar que a criança tem a sua residência habitual nesse Estados-Membro ¹⁴.

Os indícios que enumeramos *supra* permitirão verificar se a presença da criança num determinado Estado-Membro é temporária ou, pelo contrário, se é habitual e relevante para a determinação da jurisdição. Isto mesmo é referido no caso *Barbara Mercredi* pelo TJUE, onde pode ler-se: «(...) deve sublinhar-se que, para distinguir a residência habitual de uma simples presença temporária, a residência habitual deve, em princípio, ter uma certa duração para traduzir uma estabilidade suficiente. No entanto, o regulamento não prevê uma duração mínima. Com efeito, para a transferência da residência habitual para o Estado de acolhimento, importa sobretudo a vontade do interessado de aí fixar, com intenção de lhe conferir um carácter estável, o centro permanente ou habitual dos seus interesses. Assim, a duração de uma estada apenas pode servir de indício na avaliação da estabilidade da residência, devendo essa avaliação ser feita à luz de todas as circunstâncias de facto específicas do caso concreto» ¹⁵.

A competência é determinada no momento em que o processo é instaurado no tribunal, de acordo com o art. 7.º. O Regulamento Bruxelas II *ter* mantém o princípio da estabilidade da jurisdição do tribunal da residência habitual da criança, que já resultava do Regulamento Bruxelas II *bis*. De acordo com o Considerando 21 do Regulamento Bruxelas II *ter*, «quando ainda não exista qualquer processo pendente em matéria de responsabilidade parental e quando a residência habitual da criança seja alterada na sequência de uma mudança de residência legítima, a competência deverá acompanhar a criança, a fim de manter a proximidade. Para os processos já em curso, a segurança jurídica e a eficiência da justiça justificam que a competência seja mantida até que esses processos culminem numa decisão definitiva ou sejam

¹⁴ *Idem, ibidem*, § 70.

¹⁵ *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, Cit., § 51.

arquivados por qualquer outra razão». Este é o princípio da *perpetuatio fori*, que implica que a alteração da residência habitual da criança na pendência do processo não tem como consequência a alteração da competência no processo pendente. Note-se, todavia, que nesta situação é possível o tribunal que está a julgar a questão, nas circunstâncias descritas no art. 12.º do Regulamento Bruxelas II ter, transfira a competência para o Estado-Membro onde a criança esteja a residir na sequência de uma mudança legítima de residência legítima.

O regime jurídico aplicável às medidas provisórias e cautelares que encontramos no Regulamento Bruxelas II ter aparece como uma perturbação ao sistema de atribuição de competência ao tribunal da residência habitual da criança, a favor de um tribunal de outro Estado-Membro. É este regime que passaremos, em seguida, a analisar.

3. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E CAUTELARES

3.1. O Regulamento Bruxelas II *bis*

As disposições legais relativas às medidas provisórias e cautelares em casos urgentes, que no Regulamento Bruxelas II *bis* encontram-se numa secção comum à responsabilidade parental e às matérias matrimoniais, figuram no Regulamento Bruxelas II *ter* exclusivamente na secção relativa às responsabilidades parentais, que serão as situações em que essas medidas são mais usadas. No entanto, esta nova arrumação levanta a dúvida se essas medidas podem ser decretadas em matéria matrimonial ¹⁶.

Em caso de urgência, o art. 20.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II *bis* permitia que os tribunais dos Estados-Membros tomem medidas provisórias ou cautelares relativas a bens ou pessoas presentes no seu território, segundo a sua legislação, mesmo quando, de acordo com o Regulamento, a competência seja de outro Estado-Membro.

¹⁶ Elena Rodriguez Pineau, «La refundición del reglamento Bruselas II *bis*», Cit., p. 161; Maria Aranzazu Gandía Sellens, «La responsabilidade parental y la sustracción de menores en la propuesta de la comisión para modificar el RBII bis: algunos avances, retrocesos y ausencias», Anuario Espanol Derecho Int'l Priv., t. XVII, 2017, p. 810.

Estas medidas são provisórias e, por isso, deixam de ter efeito quando o tribunal competente relativamente ao mérito tiver tomado as medidas que considerar adequadas (art. 20.º, n.º 2). Esta é uma norma excepcional face ao sistema de competência do Regulamento e, por isso, deve ter uma interpretação restritiva¹⁷. Nos termos do considerando 30 do Regulamento Bruxelas II *ter*, essas medidas não deverão ser reconhecidas e aplicadas em qualquer outro Estado-Membro ao abrigo do presente regulamento, com exceção das medidas tomadas para proteger a criança de um risco grave tal como referido no artigo 13.o, primeiro parágrafo, alínea *b*), da Convenção da Haia de 1980. As medidas tomadas para proteger a criança desse risco deverão permanecer em vigor até que o tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança tenha tomado as medidas que considerar adequadas».

Resultam, então, desta norma três condições cumulativas para que esta possa ser aplicável: as medidas em causa são urgentes; devem ser relativas às pessoas ou bens presentes no Estado-Membro do tribunal que as quer adotar; e devem ter natureza provisória.

O TJUE veio esclarecer que estão em causa medidas aplicáveis a crianças que têm a sua residência habitual num Estado-Membro, todavia permanecem «a título temporário ou ocasional noutra Estado-Membro e se encontrem numa situação suscetível de prejudicar gravemente o seu bem-estar incluindo a sua saúde ou o seu desenvolvimento, justificando assim a adoção imediata de medidas de proteção»¹⁸.

O Regulamento não contém normas relativas ao tipo de medidas urgentes que podem ser aplicadas, devendo estas resultar do direito interno dos Estados-Membros, assim como as condições de aplicação.

3.2. O Regulamento Bruxelas II *ter*

O Regulamento Bruxelas II *ter* mantém a possibilidade de os tribunais dos Estados-Membros decretarem medidas cautelares ou provisórias sobre crianças ou bens de crianças que se encontrem nesses Estados-Membros,

¹⁷ Neste sentido, TJUE, *Jasna Detiček v. Maurizio Sgueglia*, C-403/09 PPU, 23.12.2009, ECLI:EU:C:2009:810, § 38.

¹⁸ TJUE, A, Processo C-523/07, de 02.4.2009, ECLI:EU:C:2009:225, § 48.

agora no art. 15.º. Todavia, esta disposição legal introduz alguns esclarecimentos decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em relação a esta matéria. Conforme já decidido pelo TJUE ¹⁹, as medidas provisórias e cautelares só podem ser decretadas pelas autoridades de um Estado-Membro que não seja o competente quanto ao mérito da causa, em caso de urgência e em relação a crianças que se encontrem no seu território ou bens pertencentes a uma criança que se encontre nesse Estado-Membro (requisitos atualmente definidos no artigo 15.º, n.º 1). O TJUE esclareceu ainda que estas medidas provisórias deixam de produzir efeitos quando o tribunal do Estado-Membro com competência sobre o mérito da causa tomar as medidas definitivas adequadas, como resulta do art. 15.º, n.º 3.

Além disso, o TJUE decidiu que «(...) as medidas provisórias ou cautelares têm um carácter transitório, [e que] as circunstâncias relacionadas com a evolução psíquica, psicológica e intelectual do menor podem tornar necessária a intervenção precoce do tribunal competente com vista a adotar medidas definitivas» ²⁰. Assim sendo, e em nome do superior interesse da criança o tribunal que decretou estas medidas provisórias deveria informar o tribunal do competente de outro Estado-Membro, de forma direta ou por meio das autoridades centrais ²¹, para que este pudesse avaliar a necessidade de adotar medidas definitivas.

Esta comunicação entre tribunais é essencial para acautelar o superior interesse da criança, porque se não houver intercâmbio de informações relativamente à situação da criança, os processos em que está envolvido e, neste caso em concreto, sobre as medidas provisórias que foram decretadas, o tribunal que tem competência para decidir o mérito pode nem ter conhecimento que essas medidas foram decretadas, em que circunstâncias, e não poderá decidir se é necessário decretar medidas definitivas e quais as medidas que devem ser. Logo, esta comunicação entre processos permite salvaguardar o superior interesse da criança e garante que o tribunal que tem competência para decidir o mérito tenha oportunidade de tomar medidas definitivas. Ainda assim,

¹⁹ *Idem, ibidem.*

²⁰ *Idem, ibidem*, § 59.

²¹ *Idem, ibidem*, § 61.

resulta do considerando 30 que não é motivo de não reconhecimento da medida a não prestação das referidas informações.

Integrando esta jurisprudência do TJUE, o art. 15.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas II *ter* estabelece que, quando a proteção do superior interesse da criança o exija, a autoridade que decretou a medida provisória deve informar o tribunal de outro Estado-Membro com competência sobre o mérito, diretamente ou por intermédio da autoridade central, sobre a medida tomada.

Por fim, quando o tribunal do Estado-Membro com competência sobre o mérito da causa tomar as medidas definitivas adequadas, pode, se for caso disso, informar o tribunal que tomou a medida provisória, diretamente ou por intermédio da autoridade central, nos termos do art. 15.º, n.º 3. Esta comunicação cruzada entre tribunais é de salutar e permite averiguar a real situação da criança e acompanhar a evolução da mesma. Esta comunicação pode ser feita diretamente entre tribunais pelos meios que eles considerem adequados, nos termos do art. 86.º, ou por intermédio das autoridades centrais, de acordo com o art. 76.º.

Note-se, no entanto, que nem toda a jurisprudência do TJUE relativamente a medidas provisórias ou cautelares foi aceite pelo Regulamento Bruxelas II *ter*. No caso *Jasna Detiček*, o TJUE decidiu que devem ser tomadas medidas provisórias em relação às pessoas presentes no Estado-Membro da autoridade que está a decretar essas medidas, o que significaria que, em matéria de responsabilidade parental, medidas que decretassem a mudança da guarda de uma criança não seriam tomadas apenas em relação à criança, mas também aos pais, que deveriam estar presentes naquele país²². Ora, o art. 15.º do Regulamento estabelece a necessidade de apenas a criança se encontrar no território do Estado-Membro que ordena a medida provisória²³.

²² Acórdão do TJUE, *Jasna Detiček v. Maurizio Sgueglia*, C-403/09 PPU, 23.12.2009, ECLI:EU:C:2009:810.

²³ Saudando esta clarificação, v. Elena Rodriguez Pineau, «La refundicion del Reglamento Bruselas II bis: De nuevo sobre la funcion del Derecho Internacional Privado Europeo», *REDI*, vol. 69/1, enero-junio 2017, p. 162; Antonio Jesus Calzado Llamas, «Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitucion de menores: analisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexion con el ordenamiento juridico español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2021, Vol. 13, No 1, p. 94.

Note-se que a competência para adotar medidas provisórias ou cautelares, em situações urgentes, relativamente a uma criança que está no território de um Estado-Membro é subsidiária em relação ao tribunal da residência habitual da criança, que continua a ser o tribunal competente para decidir as responsabilidades parentais. Assim sendo, o art. 15.º não pode ser usado para outras finalidades, como por exemplo, tentar por esta via legitimar as situações de rapto internacional de crianças.

No caso, *Jasna Detiček* o TJUE considerou que «(...) o reconhecimento de uma situação de urgência num caso como o que está em discussão seria contrário ao objetivo do Regulamento n.º 2201/2003, que consiste em dissuadir deslocações ou retenções ilícitas de crianças entre Estados-Membros. Com efeito, admitir que uma medida suscetível de implicar a alteração da responsabilidade parental possa ser tomada ao abrigo do artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003 equivaleria, ao consolidar uma situação de facto decorrente de uma conduta ilícita, a reforçar a posição do progenitor responsável pela deslocação ilícita»²⁴.

Admitir a aplicação do art. 15.º numa situação destas seria contornar a competência do tribunal da residência habitual da criança, passando esta norma a ser um instrumento pelo pai que deslocou ilícitamente a criança, prolongando a situação de facto criada pelo seu comportamento ilícito²⁵, o que não pode ser tolerado.

4. CONCLUSÕES

A reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis*, através do Regulamento Bruxelas II *ter*, justifica um olhar mais aprofundado sobre as principais alterações que daí resultaram e, entre essas alterações, figura o regime jurídico aplicável às medidas provisórias e cautelares.

A norma do, então, art. 20.º do Regulamento Bruxelas II *bis* já tinha sido objeto de interpretação por força do TJUE e a reformulação do mesmo foi uma oportunidade para introduzir na disposição legal algumas das orientações deste Tribunal, tornando a norma mais

²⁴ *Idem, ibidem*, § 49.

²⁵ *Idem, ibidem*, § 57.

clara e de mais fácil aplicação, sobretudo para um intérprete que acompanhe menos as orientações jurisprudenciais.

Todavia, verificamos, que nem todas as orientações gizadas pelo TJUE relativamente a medidas provisórias ou cautelares fora, acolhidas Regulamento Bruxelas II *ter*. Assim sucedeu em relação à posição do TJUE no sentido de que as medidas provisórias e cautelares deveriam ser adotadas em relação às pessoas presentes no Estado-Membro da autoridade que está a decretar essas medidas, o que significaria uma redução do âmbito de aplicação da norma, pois em matéria de responsabilidade parental, medidas que decretassem a mudança da guarda de uma criança não seriam tomadas apenas em relação à criança, mas também aos pais, que deveriam estar presentes naquele país. Ora, a reformulação feita através do Regulamento Bruxelas II *ter* devolve à norma toda a sua amplitude de aplicação.

O resultado é uma norma mais aperfeiçoada, mais clara e de mais fácil aplicação, contribuindo para o aumento da certeza e segurança jurídica na regulamentação internacional das responsabilidades parentais.

EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Blanca Otero Otero *

Sumario: I. Consideraciones previas. II. Regulación del derecho del menor a ser oído en un procedimiento de mediación; 1. Regulación internacional; 2. Regulación estatal; 3. Regulación autonómica. III. Ventajas e inconvenientes de la participación de los menores en mediación. IV. El derecho del menor a ser oído en un procedimiento de mediación familiar; 1. Principios informadores de la mediación; 2. Fases del procedimiento de mediación; 3. El procedimiento de mediación familiar intrajudicial; 4. Formación de la persona mediadora. V. Conclusiones. VI. Bibliografía

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La cuestión relativa a si una persona menor de edad puede intervenir en un procedimiento de mediación puede examinarse desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, tendríamos al menor “beneficiario de la mediación”, como receptor indirecto del resultado de la mediación, destinatario del posible consenso, pero ajeno a la consideración de parte real en aquel procedimiento y; por otro lado, el referido a la consideración del menor como verdadera parte del procedimiento de mediación por su directa relación con el conflicto objeto

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo.

del mismo ¹; así piénsese, por ejemplo, para la primera vertiente, en la mediación escolar, en la cual, las dos personas mediadas son menores de edad y para la segunda, en una mediación familiar, en la que pueda resultar conveniente o, incluso, preceptivo, como seguidamente analizaremos, que el menor intervenga en el propio procedimiento.

De esta manera, el menor de edad puede ocupar una doble posición, ya sea la de mediado o de mero sujeto afectado por el resultado de la mediación en mayor o menor medida; siendo situaciones completamente distintas que van a requerir por parte de la persona mediadora un abordaje eficaz en aras de salvaguardar el interés superior del menor ².

La Convención de Derechos del Niño (en adelante, CND) ³ recoge que, la persona menor de edad debe ser escuchada en todos aquellos asuntos que le afecten; lo que incluye, por tanto, su participación en aquellos procedimientos de mediación cuyo resultado le repercuta de forma directa. Si bien, este derecho de los menores a ser escuchados, tantas veces invocado en los procesos judiciales, puede redefinirse en un procedimiento de mediación como el derecho a poder participar en un contexto en el que las decisiones se adoptan desde la colaboración y no desde la confrontación ⁴.

¹ Díaz Cappa, J., “Mediación con menores: Límites jurídicos para su aplicación”, ponencia presentada en las *III Jornadas Menores en edad escolar: conflictos y oportunidades*. Palma de Mallorca, 2009, pág. 6. (<http://weib.caib.es/>, última consulta: 19/09/2022).

² La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su Preámbulo II señala que para dotar de contenido al concepto del interés superior del niño, se modifica el art. 2 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, incorporando tanto la jurisprudencia del TS de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

⁴ Bolaños Cartujo, I., “Consecuencias del conflicto familiar para hijos e hijas”, en Seijo Martínez, D. y Marcos Martínez, V. (Coords.), *Libro de Abstracts, VII Congreso Internacional para el estudio de la mediación y el conflicto*, Santiago de Compostela, 2022, pág. 86.

De ahí que, esta cuestión sobre la necesidad y oportunidad de incorporar, de oír a los menores en el procedimiento de mediación, en aras de velar por su interés, haya suscitado múltiples opiniones, diversas regulaciones, así como prácticas muy diversas entre las personas mediadoras. Por ello, a lo largo de las páginas que siguen, una vez analizado el marco normativo, así como las ventajas e inconvenientes sobre la participación de los menores; se profundizará sobre esa conveniencia de incorporar a los mismos a tenor del interés superior del menor, así como del carácter preceptivo señalado.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO EN UN PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Teniendo en cuenta la normativa existente en la materia en relación a ese derecho del menor a ser oído, podemos observar que ese derecho del menor a ser oído está recogido en multitud de normas tanto a nivel supranacional como estatal y autonómico, que incluyen diversas disposiciones que aluden a la necesidad de escuchar la opinión de los menores en todos aquellos asuntos que les afecten; no obstante, las diversas disposiciones no siempre son coincidentes, y así mismo reseñar, que no todas ellas hacen alusión de forma expresa a ese derecho del menor a ser oído en un procedimiento de mediación.

1. Regulación internacional.

Necesariamente, se debe partir de las previsiones contenidas en la CDN que en su artículo 12.1 establece la obligación de los Estados partes de garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”; con tal fin, añade en el apartado 2 del mismo precepto que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Más concretamente, el Comité de Derechos del Niño en la Observación General N.º 12 de 2009, reconoce que, en casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales, que deben determinar las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el régimen de visitas. Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación (apartado III, 51 y ss.)⁵.

Igualmente, en el ámbito del Consejo de Europa, el *Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños*⁶, con carácter general, en su artículo 3 recoge el derecho del niño a ser consultado y expresar su opinión en los procedimientos que le afecten; y por su parte, en el marco de la Unión Europea, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*⁷, establece en su artículo 24.1, el derecho del menor de edad a “expresar su opinión libremente” y que la misma sea “tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecte, en función de su edad y madurez”.

Por otra parte, si se analiza la normativa europea más relevante en materia de mediación, debe reseñarse que la *Recomendación 12/1986, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, en el ámbito civil, que marcó la apuesta de Europa por la implementación de métodos alternativos a la vía judicial, la *Recomendación N.º R. (98) 1 del Consejo de Europa, de 21 de enero de 1998*, que insta a los Estados miembros a instituir o promover la mediación y la *Directiva Comunitaria 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* nada recogen sobre ese derecho del menor a ser oído en el procedimiento de mediación; observándose únicamente, la

⁵ Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, *Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado* (<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/general-comments>, última consulta 26/09/2022).

⁶ Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado por España el 11 de noviembre de 2014.

⁷ Proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000.

necesidad del mediador de tener en cuenta de forma especial el bienestar e interés superior del menor en toda mediación.

2. Regulación estatal

En coherencia con lo regulado a nivel internacional, en nuestro ordenamiento jurídico se han ido dictando normas que abordan esta cuestión; destacándose, de entre todas ellas, la *LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor*, cuyo artículo 9 modificado por la *LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (en adelante LO 8/2015) incluye y hace referencia de forma expresa a la mediación ⁸.

Así, en el apartado primero del citado precepto se dispone que “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”.

Asimismo, en su apartado segundo, el artículo 9 LOPJM establece el carácter preceptivo de ese derecho a ser oído y escuchado a partir

⁸ Como refiere Argudo Périz (“Capacidad y participación de los hijos en los procesos de mediación” en Seijo Martínez, D., Sanmarco Vázquez, J. y Fariña Rivera, F. (Coords.), *Investigación y práctica en convivencia y cultura de paz*, CUEMYC, Santiago de Compostela, 2022, pág. 207) “El interés del menor no se refiere únicamente a los derechos de naturaleza protectora, sino que abarca también los derechos dirigidos a promover su autonomía y participación en los asuntos que le conciernen, con las menores restricciones posibles (art. 2.1 LOPJM) (Cobas, 2020), y en este marco podemos tratar el derecho de participación en los procesos de mediación familiar de los hijos menores de edad, reconociendo la LOPJM entre las garantías procesales del interés superior del menor “los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente” (art. 2.5.a LOPJM)”.

de los 12 años, condicionándolo en otro caso a que tenga “suficiente madurez”⁹.

Esta regulación contrasta, con la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (en adelante *Ley 5/2012*), en la cual no se hace ningún tipo de alusión a la participación de los menores en el procedimiento de mediación; el interés de los menores no se tiene en cuenta, es decir, el legislador nacional obvió la importancia de los menores en la gestión y/solución de los conflictos a través de la mediación.

3. Regulación autonómica

En general, la Leyes de Mediación de las Comunidades Autónomas resultan algo confusas en lo relativo a esta participación de los menores en un procedimiento de mediación; normalmente, suelen abogar a favor de su participación a través de sus representantes legales o asistidos por terceras personas.

De ahí, que hasta la fecha, únicamente las Leyes de Mediación Familiar de seis Comunidades Autónomas (Principado de Asturias, Castilla la Mancha, Cataluña, Islas Baleares, Cantabria y Valencia) respalden la participación de los hijos en el proceso de separación o divorcio de sus progenitores a través de la mediación; las restantes leyes se limitan a acoger la protección de sus intereses como uno de los pilares sobre los que se sustenta la función mediadora, depositando en la persona mediadora y en los progenitores el cometido de proteger y velar por sus intereses a lo largo del procedimiento de mediación y en la elaboración de los acuerdos.

La Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, contempla en su artículo 14. 2 la participación de los menores estableciendo que “*El mediador oír a las personas menores o incapaces si tuvieren suficiente juicio y en todo caso, a los menores con*

⁹ Asimismo, en los distintos apartados del precepto se incluyen previsiones sobre cómo debe ser valorada la madurez del menor y la forma en que debe realizarse la audiencia.

más de doce años”; la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar en el Principado de Asturias, dispone en su artículo 16.1 *“Sobre los preacuerdos que pudieran afectarles se dará audiencia a los hijos, a los incapacitados judicialmente y, cuando las partes consideren conveniente, al resto de los miembros de la familia”*; la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña ya en sus disposiciones generales tiene en cuenta a los menores y es en su artículo 4 cuando dispone que los menores de edad tienen la posibilidad de asistir a la mediación e incluso pueden hacerlo *“asistidos por un defensor”* cuando sea beneficioso para ellos; la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en su art. 21 *“(…) las personas menores podrán intervenir en la mediación en la medida en que, conforme a la legislación sustantiva, ostenten capacidad para disponer del objeto del conflicto”*; la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, modificada por la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de mediación de la Comunidad de Valencia, recoge en su artículo 22.2 que *“Las personas menores de edad y las personas con capacidad modificada judicialmente podrán intervenir en los procedimientos de mediación en la medida en que según la normativa vigente tengan capacidad para disponer del objeto del conflicto. En su defecto, podrán intervenir a través de sus legales representantes”*; y, por último, la Ley 13/2019, de 29 de marzo, de modificación de la ley de mediación familiar de las Illes Balears, ha dado una nueva redacción al artículo 5.2 *“Los menores de edad tienen derecho a ser oídos y escuchados sin ninguna discriminación por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, y deben tenerse debidamente en cuenta sus opiniones, según su edad y madurez, de acuerdo con lo que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”*.

En definitiva, a la vista de la normativa existente en la materia, no se trata de que a los menores se les otorgue la responsabilidad de decidir cómo debe de resolverse la situación, a ser parte activa en la solución y/o gestión del conflicto, sino que se les ofrezca el derecho a opinar sobre las decisiones que se van a tomar, atendiendo a los aspectos legales recogidos en el citado artículo 9 LOPJM y en la CDN, en el que prima el interés superior del menor.

Por tanto, debe concluirse que deberían ser oídos en un procedimiento de mediación todos los menores a partir de los 12 años, condicionándolo en otro caso a que tengan “suficiente madurez”¹⁰. Sin embargo, ello no obsta — pese al carácter preceptivo señalado — a que la persona mediadora pueda valorar esa necesidad de participación de los menores en la mediación de forma individual, en función de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta a cada uno de los menores implicados. Es decir, el mediador debe tener en cuenta la capacidad y madurez del menor y en qué momento se encuentra el conflicto entre las partes, para valorar su participación a fin de que resulte positiva y constructiva; así como, debe tener presente tanto el interés del menor de edad como su derecho a ser escuchado. De ahí, la necesidad de establecer unos protocolos o directrices bien asentados para así poder dar efectividad a los beneficios que reportaría su participación.

III. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS MENORES EN MEDIACIÓN

De una revisión de la literatura, nos encontramos con numerosos argumentos a favor de la inclusión de los menores en el procedimiento de mediación, a saber; puede ser favorable en las mediaciones familiares para que los hijos conozcan los acuerdos que se están alcanzando y así afrontar mejor los cambios, es decir, si conocen y comprenden cuales son las razones para esos cambios, les puede ayudar a esclarecer dudas; asimismo, si los progenitores los escuchan pueden ofrecerles apoyo y asistencia y puede influir positivamente en el cumplimiento de los acuerdos y, además, la presencia de los hijos puede hacer que

¹⁰ El Comité de los Derechos del Niño (*Observación general n.º 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado...*, *op. cit.*, apartado III, 30) señala que «“Madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente».

los padres dejen por momentos el papel de “enfrentados” para comportarse como padres y dialogar.

En contra, nos encontramos con opiniones que ponen de manifiesto posibles situaciones estresantes para los menores al verse implicados en la realización de planes de futuro en relación con su vida familiar o porque su participación situaría al mediador fuera de su rol profesional extralimitando sus funciones ¹¹.

Del mismo modo, debemos mencionar a otros autores como Cárdenas que señala tanto ventajas como desventajas. En este sentido, considera conveniente su participación para respetar lo dispuesto en la CDN, a modo de personalizar al hijo, posibilitar que dé su opinión sobre aspectos que le afectan, mostrar su imagen a sus progenitores y viceversa; además, de visualizar las auténticas necesidades del hijo completando así el “circuito” del sistema familiar al añadirle novedad. Y, por otra parte, como desventajas, hace referencia a la posibilidad de que genere una serie de riesgos; en el sentido de que puede involucrar a los hijos en el conflicto más de lo que están, se oficializa que tomen partido, que hablen por otro, que a un progenitor no le guste lo que digan y abandone la mediación, o se sienta no querido o descalificado por el hijo ¹².

Al margen de los citados argumentos, debe reseñarse el acuerdo generalizado sobre las circunstancias en las que no se debería incluir a los hijos en el procedimiento de mediación, “como es el supuesto en el cual los progenitores hayan alcanzado un acuerdo sobre las necesidades de los hijos, compartiendo ideas sobre el tipo de crianza

¹¹ Vid. Gianella, C. y Curi, S., *Participación de los hijos en la mediación en divorcio*. Documento inédito. Mendoza, Argentina, 2001; McIntosh, J., “Child-inclusive divorce mediation: Report on a qualitative research study”. *Mediation Quarterly*, 18 (1), 2000, págs. 55-69 (<https://doi.org/10.1002/crq.3890180106>, última consulta: 10/09/2022); Saposnek, D.T., “Working with children in mediation”, en Folger, J., Milne, A.L. y Salem, P. (Eds), *Divorce and family mediation. Models, techniques and applications*. New York: Guilford Press, 2004; Valdebenito Larenas, C., “Presencia de los niños y niñas en la Mediación Familiar en Chile”. *RUMBOS TS*, año VII, N.º 7, 2013, págs. 48-69 (revistafacso.ucecentral.cl, última consulta: 10/09/2022).

¹² Cárdenas, E. J., *La mediación en conflictos familiares*, Lumen-Humanitas, Buenos Aires, 2000.

apropiado; o cuando el niño tiene menos de tres años de edad, ya que su falta de madurez impide una comunicación profunda y fiable sobre temas claves que le afectan; cuando uno de los progenitores o los dos, no quieren incluir al hijo en la mediación; cuando el hijo está muy ansioso o cuando puede estar fuertemente manipulado por uno de los progenitores, produciendo un estrés importante en el hijo”¹³.

Ahora bien, a pesar de ese acuerdo generalizado, atendiendo a la regulación anteriormente analizada, debe reseñarse que, en los supuestos en los cuales los progenitores hayan alcanzado un acuerdo sobre las necesidades de los hijos, o cuando uno de los progenitores o los dos, no quieren incluir al hijo en la mediación; la participación de los menores debería valorarse de forma individual, en función de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta a cada uno de los implicados. En conclusión, debe reseñarse que en este ámbito no caben generalizaciones, sino la concreción individual, lo que ocasiona una mayor dificultad en su expresión legal¹⁴.

IV. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO EN UN PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

Los caracteres generales de la mediación no son transmisibles, sin más, a todo procedimiento de mediación cuando el resultado de la mediación le vaya a afectar a un menor de forma necesaria. Por consiguiente, la regulación existente en torno al derecho del menor a ser oído en un procedimiento de mediación resulta claramente insuficiente en aras de incorporar y articular ese derecho del menor a ser escuchado en el procedimiento de mediación tal y como aparece regulado en nuestro ordenamiento.

¹³ Alzate Sáez de Heredia, R., “Conflicto y familia hoy ¿seguimos mediando?”, ponencia presentada en la Jornada “Mediación en conflictos familiares. Hacia una ley vasca de mediación familiar”. Dirección de Bienestar Social. Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, marzo 2007, pág.14.

¹⁴ Argudo Pérez, J.L., “Capacidad y participación de los hijos en los procesos de mediación” ..., *op. cit.*, pág. 211.

1. Principios informadores de la mediación

Si se toman como punto de partida los principios que informan la mediación regulados en el Capítulo II Ley 5/2012 (arts. 6 y ss.), se puede observar que no se dispone nada en relación con el derecho del menor a ser oído en el procedimiento de mediación.

En primer lugar, si partimos del principio de confidencialidad recogido en el artículo 9 Ley 5/2012, debe reseñarse que en el citado precepto no se contempla la posible privacidad de las sesiones de mediación cuando el menor es escuchado por parte de las personas mediadoras. Es así que, se hace oportuno establecer la confidencialidad de lo tratado en las reuniones que tengan lugar por separado con los menores de edad, salvo autorización expresa de estos o cuando sea necesario tutelar el propio interés del menor. Igualmente, sería conveniente extender este principio al supuesto en el cual la mediación finalizase sin acuerdo, en el sentido de que la opinión de los menores partícipes en la mediación no podría manifestarse y, por tanto, no podría quedar recogida en el acta final del procedimiento de mediación ¹⁵.

En segundo lugar, en el artículo 6 Ley 5/2012 se dispone todo lo relativo al principio de voluntariedad; si bien, tampoco nada refleja en relación con la participación voluntaria de los menores en todo el procedimiento de mediación. Por tanto, sería adecuado contemplar que la aplicación de este principio se extendiese a los menores que ejerciten su derecho a ser oído en el procedimiento de mediación en todas y cada una de las fases del procedimiento.

Y, por último, en relación con los principios de igualdad, neutralidad e imparcialidad contenidos en el Capítulo II Ley 5/2012, debe reseñarse por las implicaciones que puede llegar a tener esa participación de los menores en los citados principios; que la persona mediadora ha de ser

¹⁵ En el mismo sentido, como matiza Vázquez de Castro (“El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 67, 2015, pág. 27) “Es conveniente facilitarles la información estrictamente necesaria y de manera comprensible por ellos. Además, será conveniente transmitir y obtener el compromiso y complicidad sobre el carácter reservado de la información que reciben y de la que suministran en la mediación”.

imparcial durante todo el procedimiento de mediación en aras de garantizar la igualdad entre las personas mediadas y por tanto, su actuación estará guiada por la ausencia de favoritismo, predisposición o prejuicio en favor o en contra de alguien o algo. Por tanto, lo expresado por los menores — en favor o en contra de uno u ambos progenitores — no puede influir en la actitud y actuación del mediador. Cuestión que va necesariamente ligada con el principio de neutralidad, en el sentido de que la persona mediadora no verá condicionada su actuación a lo largo de todo el procedimiento de mediación por sus experiencias, creencias y valores, ni impondrá éstas a las personas mediadas.

2. Fases del procedimiento de mediación

En relación a las fases del procedimiento de mediación, se hace preciso introducir la necesidad de informar por parte de la persona mediadora en la sesión informativa de mediación del derecho que ostenta el menor a ser oído en el procedimiento de mediación, con el fin de dar cumplimiento a lo recogido en el artículo 9 LORPM “el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”; en este sentido, se debería ampliar el contenido de la sesión informativa recogido en el artículo 17 Ley 5/2012.

Así mismo, sería conveniente reflejar en qué fase o fases del procedimiento de mediación se podría escuchar al menor ¹⁶. Cuestiones todas ellas, que deberían quedar contempladas en el acta constitutiva de mediación y, por tanto, regularse en el artículo 19 Ley 5/2012 que estipula todo lo concerniente al contenido del acta constitutiva.

En este sentido, si se revisa la literatura existente en la materia, puede observarse que no existe un consenso al respecto; a modo de ejemplo, Haynes contempla la posibilidad de escuchar a los menores una vez que ha finalizado el procedimiento de mediación, después de que las personas mediadas han alcanzado los acuerdos ¹⁷; por su parte,

¹⁶ Vid. Otero Otero, B., *La mediación intrajudicial en supuestos de ruptura de pareja*, La Ley, 2021, págs. 168-170.

¹⁷ Haynes, J.M., *Fundamentos de la Mediación familiar. Manual práctico para mediadores*, Gaia, Madrid, 1993.

Folberg y Taylor proponen la participación de los hijos solicitando su opinión poco antes de la decisión final otorgándoles de esta manera un sentido de participación y donde también se les informa sobre las características de la separación ¹⁸, Mastropaolo, considera que, a menos que haya una fuerte y clara oposición de los padres, a diferencia de otros mediadores, siempre los invita a la primera entrevista, aunque no los haga participar en ella. Esto con la finalidad de liberar a los hijos que están muy implicados en la separación de sus padres, evaluar la resonancia que tiene la separación sobre ellos y sobre sus progenitores, conocer el contexto familiar de la separación, por la idea de la historia, el antes y el después, de la familia, para informarlos sobre el proceso. Luego no los invita a la segunda sesión como una forma de evitar que se transforme en un tercero en discordia redefiniendo así su participación y la de los padres en el proceso ¹⁹. Suares cita a los menores de manera individual o conjunta, acondicionando el lugar, el material de apoyo y la duración en función del nivel de madurez de los participantes. Finalmente recomienda utilizar, para la devolución de la información, la generación de la historia alternativa, construcción que resulta de las respectivas narrativas de los diversos individuos o grupos entrevistados ²⁰.

A la vista de lo expuesto, en primer lugar, debe reseñarse que, las personas mediadoras deben incorporar en su práctica mediadora este derecho del menor a ser oído en mediación. Si bien, debería articularse este derecho con la necesaria participación de los menores en el procedimiento de mediación, siguiendo los criterios señalados anteriormente; es decir, se debe tener presente la capacidad y madurez de cada uno de menores y en qué momento del conflicto se encuentran los progenitores, para que su participación sea positiva y constructiva. No siempre es necesaria la participación de los menores para el buen desarrollo del procedimiento de mediación, para la gestión y/o solución del conflicto, para que los menores se perfilen como involucrados

¹⁸ Folberg, J. y Taylor, A., *La Mediación: la resolución de conflictos sin litigio*. Limusa, México, 1996.

¹⁹ Mastropaolo, L., "La Mediazione Familiare e L'Esperienza della Scuola Genovese", *Revista Mosaico*, N.º 13, Monográfico Mediación Familiar, 1998.

²⁰ Suares, M., *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2002.

dentro del procedimiento y para que se salvaguarde el interés del menor; pero la persona mediadora debe tener presente tanto el interés del menor como su derecho a ser escuchado, debiéndose valorar en función de las necesidades concretas del procedimiento de mediación y de la incidencia que pueda tener tanto en los progenitores como en los menores.

En segundo lugar, la persona mediadora debe valorar en qué fase del procedimiento de mediación resultaría más conveniente su participación. Por tanto, es necesario que se produzca una adaptación a las peculiaridades de cada caso en particular, se sigan unas directrices bien asentadas y se extremen las cautelas para así poder dar efectividad a los beneficios que reportaría una participación en la sesión informativa, en la fase de negociación o ya en la fase de acuerdo y cierre.

Y, por último, en lo referente a los modos de finalización del procedimiento de mediación con o sin acuerdo, debe señalarse que, en aras de adecuar la regulación contenida en apartado tercero del artículo 9 LORPM al procedimiento de mediación, sería adecuado modificar el artículo 23 Ley 5/2012 y, por tanto, reflejar que el acuerdo de mediación debería incluir los motivos que llevaron a escuchar o no al menor en vista de su propio beneficio y, para el caso de que el menor sea oído, recoger su opinión.

3. El procedimiento de mediación familiar intrajudicial

La derivación a mediación, de oficio o a solicitud de las partes, podrá llevarse a cabo por el órgano judicial en todos los procesos judiciales en supuestos de ruptura de pareja y en cualquier fase o momento procesal ²¹. De ahí que, la persona mediadora deba tener en cuenta a la hora de organizar y valorar la participación del menor en la mediación, tanto el proceso de familia en el cual se deriva a mediación como el momento procesal en el cual se deriva a mediación.

De esta manera, el mediador deberá decidir la conveniencia de escuchar al menor cuando ya se ha procedido a su exploración por

²¹ Vid. Otero Otero, B., *La mediación intrajudicial en supuestos de ruptura de pareja ...*, *op. cit.*, págs. 262-285.

parte del equipo psicosocial o cuando se ha llevado a cabo la audiencia del menor por el juez en el proceso judicial, en aras de reducir las intervenciones de los menores, evitar una sobreexposición del menor e impedir cualquier alteración no necesaria en su desarrollo.

En este sentido, debe reseñarse que la audiencia del menor es un derecho del mismo a expresar su opinión en relación a un asunto que le va a afectar de forma directa y cuyo ejercicio permitirá al juez conocer información que puede ayudarle a formar su convicción y hacerlo de la forma más respetuosa con su interés ²²; así, la LEC regula la audiencia del menor en los procesos de separación y divorcio, en los artículos 770.4 y 777.5 LEC dedicados, respectivamente, a los procesos contenciosos o consensuados que han sido modificados por la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Estando la audiencia del menor también prevista en los procedimientos de modificación de medidas definitivas por la remisión del artículo 775.2 LEC a los artículos 770 y 777 LEC, en los procesos judiciales en supuestos de ruptura no matrimonial, al serle de aplicación el artículo 770.6 LEC que contiene una forma de remisión al procedimiento no matrimonial, así como en el artículo 18.2. 4.^a *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, que regula la audiencia de los menores de edad, para el caso de controversias sobre el ejercicio de la patria potestad ²³.

Por otra parte, el artículo 9.2 LOPJM establece que, cuando el menor no pueda ejercitar el derecho a ser oído por sí mismo “o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión

²² Vid. Grande Seara, P., “La audiencia del menor en los procesos de familia: práctica y documentación de la audiencia”, en Calaza López, S. Pillado González, E. (coords.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 655-694.

²³ Vid. Pillado González, E., “El derecho del menor a ser oído en los procesos de familia: naturaleza jurídica, carácter preceptivo y relevancia probatoria”, en Calaza López, S. y Pillado González, E., *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Aranzadi, 2022, págs. 625-654.

o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente”. De esta manera, en la exploración del menor por parte del equipo psicosocial, el menor es un objeto que va a ser examinado a efectos de hacer un informe que auxiliará al juez en el desarrollo del proceso, ayudándole, por ejemplo, a evaluar la madurez del menor o a realizar una correcta interpretación de sus manifestaciones ²⁴.

A la vista de lo expuesto, si tenemos en cuenta lo anteriormente señalado, en lo que concierne a la necesidad de salvaguardar el interés del menor en todo el procedimiento de mediación y evitar la sobreexposición del mismo; la persona mediadora debería tener en cuenta ese derecho del menor a ser oído en el procedimiento de mediación, en función del momento procesal en el cual se ha derivado el asunto a mediación y si el menor ha sido previamente oído en el seno del proceso o por parte del equipo psicosocial, a fin de valorar los beneficios o inconvenientes que reportaría una nueva participación del menor.

4. Formación de la persona mediadora

Por último, en lo referente al contenido de la formación de la persona mediadora recogido en el artículo 4 RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, debe destacarse, que no se hace ningún tipo de alusión a una formación específica del mediador en materia de menores. Es así que, teniendo en cuenta las particularidades señaladas en relación con este tipo de procedimientos, donde adquiere aún mayor trascendencia que la persona mediadora posea una adecuada cualificación y experiencia que la capacite para la intervención con menores; se hace necesario que se disponga que el contenido de la formación del mediador debe hacer alusión expresa a esos conocimientos en materia de menores.

En el mismo sentido se expresan diversos autores resaltando la importancia de una formación adecuada y específica en el tratamiento

²⁴ Marín López, M.J., “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23, 2009, pág. 282.

de conflictos con menores ²⁵. Así, la persona mediadora debe estar formada y entrenada en entrevistas con niños y adolescentes, para así saber guiar y encauzar — si se diesen las circunstancias adecuadas — la participación en la misma de todos los implicados.

V. CONCLUSIONES

Los menores pueden llegar a ser los protagonistas absolutos en una mediación cuando lo que se someta a mediación sea un conflicto entre adultos, piénsese por ejemplo, en una mediación familiar; dado que, sin dejar de lado las necesidades de cada una de las personas mediadas, todo el procedimiento de mediación se basa mayoritariamente en la consecución de unos acuerdos que favorezcan el desarrollo personal, social y educativo de los menores, esto es, que se preserve el interés superior del menor.

La LO 8/2015 ha supuesto un profundo cambio respecto de la normativa precedente y un importante esfuerzo por incorporar las recomendaciones de Naciones Unidas en relación con el derecho del menor a ser oído, incluyéndose una referencia expresa a los procedimientos de mediación; así, se establece el carácter preceptivo de la audiencia del menor a partir de los 12 años, condicionándolo en otro caso a que tenga “suficiente madurez” (art. 9.2 LOPJM).

En consecuencia y pese al silencio de la Ley 5/2012 que no alude a la participación de los menores en el procedimiento de mediación, los mismos deberán ser oídos por el mediador a partir de los 12 años, condicionándolo en otro caso a que tengan suficiente madurez. No obstante, pese al carácter preceptivo del derecho del menor a ser oído, deberá valorarse por el mediador la necesidad de participación de los menores de forma individual, en función de las circunstancias del caso; es decir, el mediador, sobre la base del interés del menor, podrá decidir que no procede su participación.

²⁵ Vid. Argudo Pérez, J.L., “Capacidad y participación de los hijos en los procesos de mediación” ..., *op. cit.*, pág. 212; Vazquez de Castro, E., “El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar” ..., *op. cit.*, pág. 27.

Por otra parte, como se ha analizado, los caracteres generales de la mediación no son transmisibles, sin más, a todo procedimiento de mediación cuando el resultado de la mediación le vaya a afectar al menor de forma necesaria. Por consiguiente, a fin de salvaguardar el interés del menor en todo procedimiento de mediación y evitar la sobreexposición de este; se hace necesario regular de forma pormenorizada todo lo relativo a ese derecho del menor a ser oído en el procedimiento de mediación. Es necesario llevar a cabo reformas en la Ley 5/2012 o crear una ley marco a nivel nacional sobre mediación familiar, con el objetivo de incorporar esa participación del menor en el procedimiento de mediación e incardinarlo con el propio proceso de familia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alzate Sáez de Heredia, R., “Conflicto y familia hoy ¿seguimos mediando?”, ponencia presentada en la *Jornada “Mediación en conflictos familiares. Hacia una ley vasca de mediación familiar”*. Dirección de Bienestar Social. Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, marzo 2007.
- Argudo Périz, J.L., “Capacidad y participación de los hijos en los procesos de mediación” en Seijo Martínez, D., Sanmarco Vázquez, J. y Fariña Rivera, F. (Coords.), *Investigación y práctica en convivencia y cultura de paz*, CUEMYC, Santiago de Compostela, 2022.
- Bolaños Cartujo, I., “Consecuencias del conflicto familiar para hijos e hijas”, en Seijo Martínez, D. y Marcos Martínez, V. (Coords.), *Libro de Abstracts, VII Congreso Internacional para el estudio de la mediación y el conflicto*, Santiago de Compostela, 2022.
- Cárdenas, E. J., *La mediación en conflictos familiares*, Lumen-Humánitas, Buenos Aires, 2000.
- Díaz Cappa, J., “Mediación con menores: Límites jurídicos para su aplicación”, ponencia presentada en las *III Jornadas Menores en edad escolar: conflictos y oportunidades*. Palma de Mallorca, 2009.
- Folberg, J. y Taylor, A., *La Mediación: la resolución de conflictos sin litigio*. Limusa, México, 1996.
- Gianella, C. y Curi, S., *Participación de los hijos en la mediación en divorcio*. Documento inédito. Mendoza, Argentina, 2001.
- Grande Seara, P., “La audiencia del menor en los procesos de familia: práctica y documentación de la audiencia”, en Calaza López, S. Pillado González, E. (coords.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- Haynes, J.M., *Fundamentos de la Mediación familiar. Manual práctico para mediadores*, Gaia, Madrid, 1993.

- Marín López, M.J., “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23, 2009.
- Mastropaolo, L., “La Mediazione Familiare e L’Esperienza della Scuola Genovese”, *Revista Mosaico*, N.º 13, Monográfico Mediación Familiar, 1998.
- Mcintosh, J., “Child-inclusive divorce mediation: Report on a qualitative research study”. *Mediation Quarterly*, 18 (1), 2000.
- Otero Otero, B., *La mediación intrajudicial en supuestos de ruptura de pareja*, La Ley, 2021.
- Pillado González, E., “El derecho del menor a ser oído en los procesos de familia: naturaleza jurídica, carácter preceptivo y relevancia probatoria”, en Calaza López, S. y Pillado González, E., *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Aranzadi, 2022.
- Saposnek, D.T., “Working with children in mediation”, en Folger, J., Milne, A.L. y Salem, P. (Eds), *Divorce and family mediation. Models, techniques and applications*. New York: Guilford Press, 2004.
- Suares, M., *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Valdebenito Larenas, C., “Presencia de los niños y niñas en la Mediación Familiar en Chile”. *RUMBOS TS*, año VII, N.º 7, 2013.
- Vazquez de Castro, E., “El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 67, 2015.

DOS EFEITOS PATRIMONIAIS DO DIVÓRCIO ALGUMAS REFLEXÕES

Cristina Dias *

I. INTRODUÇÃO

A forma como o legislador regula o divórcio depende obviamente da conceção que tem do casamento. Se o casamento, além de simples contrato, é tido como verdadeira instituição familiar estável, as causas de divórcio serão restritas e este mais difícil de obter; se, pelo contrário, o casamento se assume como mero contrato entre duas pessoas, o divórcio tenderá a ser facilitado. E isto é comprovado pela própria evolução legislativa do divórcio no direito português.

Tendencialmente as legislações europeias têm abandonado a culpa como fundamento de divórcio, assentando este no princípio da simples constatação da rutura do casamento. Seguindo esta tendência a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, eliminou a culpa quer quanto às causas quer quanto aos efeitos do divórcio, sendo esta, aliás, a ideia principal que preside ao atual regime jurídico do divórcio. É a tradução do divórcio como simples constatação da rutura do casamento.

Cabe-nos nesta nossa intervenção pronunciarmo-nos quanto aos efeitos do divórcio e especificamente quanto aos efeitos patrimoniais.

* Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Não nos pronunciaremos, assim, quanto às questões do exercício das responsabilidades parentais ou a cessação das relações de afinidade ou outras questões de cariz mais pessoal.

II. OS EFEITOS PATRIMONIAIS DO DIVÓRCIO

1. Nota prévia — eliminação da culpa

Não foi só quanto às causas do divórcio que o legislador eliminou a culpa. Ao contrário do que acontecia anteriormente, o juiz nunca procurará determinar e graduar a culpa para aplicar sanções patrimoniais. As discussões sobre a culpa, e também sobre danos provocados por actos ilícitos, ficam alheias ao processo de divórcio. O que não quer dizer que as mesmas não sejam discutidas em processo autónomo. Aliás, e continuando a lei a prever os deveres conjugais nos arts. 1672.º e segs. do Código Civil ¹, e para evitar situações de injustiça, está prevista nas consequências do divórcio a reparação de danos, bem como a existência de créditos de compensação quando houver manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar.

2. Partilha — o art. 1790.º

Quanto às consequências do divórcio, o art. 1790.º apresenta uma redação que nos deixa algumas dúvidas por parecer implicar restrições à autonomia privada e à liberdade contratual. De facto, dispõe o artigo em causa que, em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. Ou seja, impõe-se agora a partilha num regime diverso ao que os cônjuges podem ter estipulado (e entenda-se quando seja estipulado o regime de comunhão geral ou outro regime mais próximo da comunhão geral

¹ Sempre que no texto sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Cód. Civil.

do que da comunhão de adquiridos) e até com eventual prejuízo para o cônjuge que não deu causa à rutura do casamento.

A solução prevista no art. 1790.º na anterior redação aplicava-se no caso de os cônjuges terem casado no regime de comunhão geral e quando tivesse sido o cônjuge inocente a levar mais bens para o casamento e/ou a adquirir a título gratuito os bens de maior valor. Só assim o art. 1790.º era verdadeira sanção ao cônjuge declarado culpado no divórcio. Ora, desaparecendo qualquer referência ao divórcio-sanção e à culpa, a nova lei passa a impor a partilha de acordo com o regime de comunhão de adquiridos sempre que haja divórcio e os cônjuges casem em comunhão geral. Parece-nos uma limitação sem justificação à liberdade contratual.

E não se diga que se visou proteger o cônjuge mais desfavorecido, pois a lei não especifica isso e a solução aplica-se sempre, mesmo em benefício do cônjuge mais favorecido e que até pode ter dado causa à rutura do casamento. Pense-se no caso de o cônjuge que requereu o divórcio até ser o que responsável pela rutura, tendo sido o que levou mais bens para o casamento e adquiriu mais bens a título gratuito ao longo do mesmo. Sairá em vantagem face ao outro, pois a partilha será não de acordo com o regime que ambos acordaram mas de acordo com o regime de comunhão de adquiridos. A situação poderá ser mais injusta se o outro cônjuge não exerceu qualquer profissão ao longo do casamento e se dedicou ao trabalho doméstico e educação dos filhos e agora não vê a sua colaboração ser reconhecida ao nível do regime de bens subjacente à partilha.

É evidente que o objetivo do legislador foi o de não permitir qualquer punição patrimonial a um dos cônjuges com o divórcio e o outro cônjuge sempre pode requerer uma compensação pelo trabalho no lar, se for o caso. A questão é que nem sempre a partilha segundo o regime de comunhão de adquiridos permite uma repartição justa daquilo que foi adquirido ao longo do casamento pelo esforço conjunto, desde logo por nem sempre se considerar a contribuição que cada um dos cônjuges deu para a formação do património comum e para a valorização do património próprio do outro ². É evidente que há mecanismos que tentam corrigir os

² Adriano Miguel Ramos de Paiva, *A comunhão de adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 339.

eventuais desequilíbrios patrimoniais, sendo de destacar a existência de créditos compensatórios previstos na nova redação do art. 1676.º.

De todo o modo, temos dúvidas quanto à solução por atentar contra o princípio da autonomia privada e poder, no caso concreto, prejudicar o cônjuge que mais precisa de proteção.

Repare-se que pode acontecer que os nubentes tenham casado em comunhão geral com a intenção de comunicar certos bens (por exemplo, a casa onde passaram a morar após o casamento) e de a partilha se fazer de acordo com esse regime em caso de dissolução, por morte ou divórcio. O legislador coarta a liberdade de escolha dos nubentes e condiciona a sua escolha à não existência de divórcio, quando muitas vezes essa escolha foi feita para a situação de divórcio (fazendo lembrar certas cláusulas de acordos pré-matrimoniais do sistema da *common law* que determinam que um dos cônjuges não receberá certos ou todos os bens em caso de divórcio, aprisionando-o ao casamento por razões patrimoniais).

À luz da anterior redação do art. 1790.º, qualquer um dos cônjuges podia confiar que o valor da sua meação no património comum seria apurado de acordo com o regime de bens vigente no decurso do casamento, desde que não fosse o culpado ou o principal culpado pelo divórcio. Confiança, aliás, assegurada no decurso do casamento pelo princípio da imutabilidade do regime de bens. Ora, a escolha feita pelos nubentes quanto ao regime de bens, e que rege as suas relações patrimoniais no decurso do casamento, deixa de aplicar-se com a nova redação do art. 1790.º, nas operações de partilha, abalando a referida confiança. Muitas das opções tomadas pelos cônjuges quanto à vida em comum assentam naquela escolha e nesta confiança que é frustrada pela opção legislativa ³.

³ Imagine-se que um dos cônjuges resolve pagar as obras realizadas num terreno comum com valores que lhe foram herdados. Ora, no regime da comunhão geral, vigente entre os cônjuges, tais valores são sempre comuns (não cabem no art. 1733.º), pelo que não parece importante no decurso do casamento ponderar o pagamento com um ou outro, mas já não é assim no regime de comunhão de adquiridos.

Rute Teixeira Pedro, “A partilha do património comum do casal em caso de divórcio. Reflexões sobre a nova redação do art. 1790.º do Código Civil”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutora Carlos Ferreira de Almeida*,

2.1. Aplicação prática

O que o art. 1790.º dispõe é que nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos, não implicando uma alteração do regime da comunhão geral para o da comunhão de adquiridos.

Assim, para efeitos da relação de bens e inventário, entram todos os bens que sejam comuns à luz do regime da comunhão geral. É o valor da meação de cada um dos cônjuges que será diferente do que seria se a partilha se fizesse no regime da comunhão geral (ou outro regime próximo da comunhão geral), sendo tal valor aferido pelo regime da comunhão de adquiridos. O art. 1790.º tem a ver com o valor da meação de cada cônjuge e não com os bens em espécie ⁴.

Consideremos o seguinte exemplo: A está casado com B no regime da comunhão geral de bens. A levou para o casamento bens no valor

vol. III, Coimbra Almedina, 2011, pp. 467 e segs., sugere mesmo a inconstitucionalidade do art. 1790.º quando aplicado a casamentos vigentes ao tempo da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, por violação do princípio da proteção da confiança dos cidadãos e da segurança jurídica, subprincípios em que se concretiza o princípio do Estado de Direito Democrático (art. 2.º da Constituição da República Portuguesa).

⁴ Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 750, o art. 1790.º não implica a substituição do regime da comunhão geral pelo da comunhão de adquiridos. A lei não exige que um cônjuge seja, na partilha, encabeçado nos bens que levou para o casamento ou que depois lhe advieram por doação ou herança, como aconteceria se o regime de bens estipulado fosse o da comunhão de adquiridos; só quer que o cônjuge “não receba na partilha *mais* do que receberia se tivesse sido convenicionado esse regime. Não lhe importam os bens em espécie, mas só o seu valor”.

Segundo Rute Teixeira Pedro, *ob. e loc. cit.*, p. 439, nota 28, a norma implica uma comparação entre os resultados patrimoniais decorrentes da aplicação do regime escolhido pelos cônjuges e os resultados patrimoniais decorrentes da aplicação do regime da comunhão de adquiridos. Deveria, assim, determinar-se o limite máximo do valor em que poderia ser encabeçado na partilha o cônjuge único ou principal culpado pelo divórcio, definido pelo valor da meação que lhe caberia aplicando o regime da comunhão de adquiridos. “Sendo um limite máximo, só operava se o valor da meação que coubesse a tal cônjuge, segundo o regime vigente no casamento (...) fosse superior a esse limite”.

de 5.000€ e B levou bens no valor de 2.000€. Os bens adquiridos ao longo do casamento ascendem ao valor de 13.000€. Assim, os bens comuns no momento da dissolução, de acordo com o regime da comunhão geral, somam o valor de 20.000€.

De acordo com o art. 1790.º, como, neste caso, os cônjuges não podem receber mais do que receberiam no regime da comunhão de adquiridos, isto significa que a meação de cada um dos cônjuges será composta pelo valor dos bens que seriam próprios neste regime e pela metade nos bens comuns. Concretizando: a meação de A terá o valor de 11.500€ (5.000€+6.500€) e a de B o valor de 8.500€ (2.000€ + 6.500€), independentemente dos bens que efetivamente sejam atribuídos a A ou a B para preenchimento dessa meação. De facto, A até poderá, na partilha, ficar com um bem que, no regime da comunhão de adquiridos, seja bem próprio de B; a sua meação é que terá o valor que teria se os cônjuges estivessem casados no regime de comunhão de adquiridos.

Portanto, o valor da meação de cada cônjuge será sempre apurado, em caso de divórcio, e quando o regime estipulado pelos nubentes tenha sido o da comunhão geral ou outro mais próximo deste do que da comunhão de adquiridos, de acordo com o regime da comunhão de adquiridos.

Isto pode provocar o recurso a ações de anulação do casamento, com os devidos fundamentos legais, em vez do divórcio, com o único objetivo de manter a partilha de acordo com o regime da comunhão geral. De facto, para evitar a solução do art. 1790.º os cônjuges podem estar em condições de requerer a anulação do seu casamento invocando o instituto do casamento putativo (arts. 1647.º e 1648.º) e mantendo a partilha de acordo com o regime da comunhão geral ⁵.

⁵ Como refere Jorge Duarte Pinheiro, “Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, p. 482, o cônjuge que tiver contraído de boa fé um casamento inválido pode ter uma posição mais favorável do que o cônjuge divorciado. Se os nubentes tiverem convencionado o regime da comunhão geral de bens, a partilha far-se-á de acordo com esse regime na sequência da invalidade do casamento, se ambos os cônjuges estão de boa fé ou se for solicitado pelo cônjuge de boa fé. Por outro lado, se houver divórcio, e mesmo que isso prejudique o cônjuge que sempre se

3. Perda de benefícios — o art. 1791.º

Desaparecendo a referência à culpa nas consequências do divórcio, impõe-se a perda dos benefícios recebidos ou a receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado (art. 1791.º), por parte de ambos os cônjuges. Ora, tratando-se de doações entre cônjuges a perda do benefício pode ocorrer dado o princípio da livre revogabilidade das referidas doações (art. 1765.º). Mas se se trata de doação de terceiro, este pode não querer que a doação reverta para os filhos do casamento, como prevê o n.º 2 do art. 1791.º, nem sequer que se dê a revogabilidade da mesma. A disposição legal parece atentar contra o princípio da autonomia privada e da liberdade contratual.

De referir ainda que, revertendo a doação a favor do doador, deve considerar-se que o terceiro que tenha entretanto adquirido o bem em causa a um dos cônjuges não deve ser afetado pela reversão, o que, aliás, já se considerava à luz da anterior redação. Nesse caso, não havendo a reversão da doação em espécie, dar-se-á em valor.

Repare-se que o legislador não articulou a nova redação do art. 1791.º com os artigos relativos à caducidade das doações para casamento (art. 1760.º, n.º 1, al. *d*) e das doações entre casados (art. 1766.º, n.º 1, al. *c*), onde continua a fazer-se referência à caducidade das doações no caso de divórcio “por culpa do donatário, se este for considerado único ou principal culpado”.

4. Obrigação de indemnizar — o art. 1792.º

Por outro lado, pode o cônjuge lesado (e aqui há uma referência a uma existência de danos com culpa do outro cônjuge) requerer, nos termos gerais da responsabilidade civil e não na ação de divórcio, a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge (art. 1792.º, n.º 1). Na ação de divórcio são apenas requeridos os danos não patrimoniais

empenhou no casamento, a partilha será efetuada de acordo com o regime da comunhão de adquiridos. “Por vezes, *vale mais* um casamento inválido de que um casamento válido dissolvido por divórcio”.

causados ao cônjuge pela dissolução do casamento requerida pelo outro cônjuge por alteração das faculdades mentais daquele (arts. 1792.º, n.º 2, e 1781.º, al. *b*)).

Tradicionalmente, e prevalecendo a teoria da fragilidade da garantia, afastava-se a possibilidade de um cônjuge responsabilizar o outro por violação dos deveres conjugais, entendendo-se que a solução deveria encontrar-se no domínio do Direito da Família. De facto, perante tais situações o cônjuge lesado podia requerer o divórcio mas não deveria recorrer às regras gerais da responsabilidade civil para sancionar o outro cônjuge.

Progressivamente a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir que um dos cônjuges pudesse intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro cônjuge por violação dos deveres conjugais. De facto, os atos culposos que servem de fundamento ao divórcio, enquanto violam ou ofendem os direitos familiares pessoais do outro cônjuge, constituirão o seu autor numa obrigação de indemnizar por todos os prejuízos causados. Nesta obrigação de indemnizar é que estará, verdadeiramente, a sanção para o não cumprimento dos deveres matrimoniais, pois essa sanção não é o divórcio ⁶.

A consideração da essência ética do casamento, a defesa da paz familiar, a ideia de evitar uma excessiva intervenção do tribunal na vida familiar ⁷ não podem excluir a obrigação de indemnizar no caso de violação dos direitos familiares pessoais, sobretudo se o casamento já se dissolveu.

Mesmo antes da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o art. 1792.º já admitia que o cônjuge declarado único ou principal culpado no divórcio devia reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento (sofrimentos ocasionados pelo divórcio, desconsideração social...). Não previa era a possível indemnização resultante da violação dos deveres conjugais que eram causa do divórcio. Com efeito, a indemnização devida pela violação culposa dos deveres conjugais não pode ser confundida com a indemnização

⁶ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 183.

⁷ Razões que justificavam, ou podiam justificar, uma interpretação restritiva do art. 483.º, em termos de aí não se abrangerem os direitos familiares pessoais.

pelos danos morais causados pelo próprio divórcio (e agora ainda prevista no art. 1792.º, n.º 2).

Atualmente, o cônjuge que se sinta lesado e que pretenda requerer uma indemnização terá de provar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil (arts. 483.º e segs.) em ação autónoma. Pode agora o cônjuge lesado requerer, nos termos gerais da responsabilidade civil e não na ação de divórcio, a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge (art. 1792.º, n.º 1). Ao admitir a possibilidade de um cônjuge intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro afastam-se, por designação expressa da lei, os resquícios ainda existentes da teoria da fragilidade da garantia, admitindo o funcionamento das regras da responsabilidade civil por incumprimento dos deveres conjugais.

Não podemos, todavia, deixar de referir que nem todos os autores concordam com este entendimento.

O ponto V do acórdão do STJ, de 12.05.2016, gerou alguma controvérsia na sua interpretação no sentido de saber se deveria admitir-se uma ação de responsabilidade civil apenas quando a violação dos deveres conjugais implicasse uma violação dos direitos de personalidade do cônjuge lesado ⁸.

⁸ Lê-se no acórdão do STJ, de 12.05.2016 (<http://www.dgsi.pt>, consultado a 7 de abril de 2022), o seguinte:

“I. Sob a vigência do art. 1792.º do CC, na redação dada pelo DL n.º 496/77, de 25-11, no que respeita à admissibilidade do direito a indemnização por danos decorrentes da violação dos deveres conjugais pessoais, desenhavam-se, na doutrina nacional, duas perspetivas:

- i) uma de cariz tradicional, no sentido de negar tal direito, ancorada na tese da denominada fragilidade da garantia daqueles deveres;

outra, a sustentar a possibilidade de indemnização do cônjuge lesado, em ação autónoma à do divórcio, mesmo na constância do casamento, nos termos gerais da responsabilidade civil, considerando que os direitos conjugais revestiam a natureza jurídica de direitos subjetivos, não se justificando que a sua função institucional pudesse desmerecer aquela tutela.

II. Por sua vez, a jurisprudência foi abrindo caminho e sedimentando a orientação desta segunda perspetiva.

A propósito deste acórdão Francisco Brito Pereira Coelho, na anotação que faz ao mesmo, entende que a responsabilidade a que se refere o art. 1792.º apenas ocorre se paralelamente à violação de um dever conjugal houver violação de um direito de personalidade do cônjuge⁹. A reforma do regime jurídico do divórcio, na Lei n.º 61/2008, traduziu-se numa nova forma de encarar o casamento, deixando este de implicar o cumprimento de uma série de deveres conjugais, e passando estes deveres conjugais do art. 1672.º a uma “categoria dogmática diversa do dever jurídico”¹⁰.

No mesmo sentido pronuncia-se Guilherme de Oliveira. Escreve este autor que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, alterando o regime jurídico do divórcio, deixou dúvidas no texto do art. 1792.º: “faltou a menção expressa de que se pretendia apenas aplicar o regime da responsabilidade extracontratual”. A doutrina e a jurisprudência dominantes têm defendido a plena aplicação de toda a responsabilidade civil, incluindo a responsabilidade contratual por violação dos deveres conjugais, ainda que os atos não tenham ofendido direitos de personalidade do lesado. Considera, todavia, o autor que a norma deve ser objeto de uma interpretação restritiva, para excluir a aplicação da responsabilidade contratual. “A responsabilidade civil intervirá, somente,

III. Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31-10, e face à nova redação dada ao art. 1792.º do CC, reforçou-se a tese da 2.ª perspetiva, embora existam ainda alguns autores a sustentar, face à abolição do divórcio-sanção, que a violação dos deveres conjugais pessoais deixou de merecer a tutela direta por via do instituto geral da responsabilidade civil.

IV. Por sua vez, a jurisprudência tem mantido a linha que vinha seguindo, no sentido da admissibilidade daquela tutela, nomeadamente em sede de indemnização dos danos não patrimoniais, desde que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito nos termos do art. 496.º, n.º 1, do CC.

V. Assim, pelo menos em caso de concomitância de violação dos deveres conjugais pessoais e dos direitos de personalidade do cônjuge lesado, impõe-se reconhecer a admissibilidade do direito a indemnização com base nos termos gerais da responsabilidade civil”.

⁹ Francisco Brito Pereira Coelho, “STJ — Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil — estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147.º, n.º 4006, Set-Out., 2017, pp. 54-67.

¹⁰ Mesmo autor e obra, p. 64.

quando as violações dos deveres conjugais implicarem também ofensas dos direitos de personalidade do lesado; intervirá, portanto e apenas, o regime da responsabilidade delitual”¹¹. Exclui, portanto, a responsabilidade obrigacional atendendo à ausência de uma vinculação jurídica que se atribua aos deveres conjugais; e a responsabilidade extracontratual apenas ocorrerá no caso de lesão de outros bens jurídicos (como direitos de personalidade)¹².

Ou seja, a violação de deveres conjugais em si não geraria qualquer responsabilidade, gerando apenas consequências endofamiliares. A ser assim teríamos um regresso à teoria da fragilidade da garantia. Julgamos que o objetivo de uma interpretação como esta é apenas a de desvalorização dos deveres conjugais mas que não nos parece ter suporte legal no nosso ordenamento jurídico atual¹³.

¹¹ Guilherme de Oliveira, “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”, in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais.pdf>, consultado a 13 de fevereiro de 2019.

¹² Ao contrário do entendimento de Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, ob. cit., p. 760, para quem a celebração do casamento não cria uma “área de exceção” relativamente à aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais, Guilherme de Oliveira, “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”, loc. cit., p. 24, considera que “o casamento é, de facto, uma *área de exceção*”.

¹³ Neste sentido pronunciou-se, também em anotação ao acórdão do STJ, de 12.05.2016, Rute Teixeira Pedro, considerando que, atendendo ao art. 1792.º, n.º 1, “um cônjuge pode responder perante o outro por danos advenientes de atos que seriam ilícitos fora do contexto familiar, bem como por atos, cujo desvalor advém de terem sido praticados por quem está vinculado por força do compromisso jurídico matrimonial e pelos deveres a ele inerentes (...). Assim, quanto aos atos que seriam ilícitos fora do contexto familiar, atentatórios de posições jurídicas não familiares (por exemplo, do direito à vida, do direito à integridade física, ...), o facto de o lesante e lesado estarem ligados por um vínculo familiar — no caso conjugal — não deve ditar a exclusão do funcionamento da responsabilidade civil. E seria, assim, independentemente do teor normativo atual do art. 1792.º, n.º 1, já que a proteção conferida pelo art. 483.º, n.º 1, aos bens de personalidade não pode ser travada pelo contexto conjugal de produção dos danos. Quando o ato desvalioso substancia uma violação dos deveres familiares (conjugais) a cujo cumprimento aquele cuja responsabilidade se equaciona está vinculado na qualidade de cônjuge do lesado, pensamos que dois caminhos são equacionáveis para fundar a sua responsabilidade” (Rute Teixeira Pedro, “A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais?”

Não cremos, pelo que já referimos, que a eliminação da violação culposa dos deveres conjugais como fundamento do divórcio implique um desvalor dos deveres conjugais e do seu incumprimento, afetando a juridicidade de tais deveres.

Vários acórdãos apontam no mesmo sentido, ou seja, no funcionamento das regras da responsabilidade civil entre cônjuges — os danos não patrimoniais (não abrangidos pelo n.º 2 do art. 1792.º) e patrimoniais, causados por um cônjuge ao outro, são ressarcíveis, nos termos gerais da responsabilidade civil e mediante ação a intentar nos tribunais comuns. Vejam-se, a título de exemplo, os acórdãos do TRP, de 26.09.2016, e do TRL, 29.09.2020 (<http://www.dgsi.pt>, consultados a 7 de abril de 2022) ¹⁴.

5. O direito a alimentos do cônjuge

Ainda que restringindo a possibilidade de um dos ex-cônjuges ter direito a uma pensão de alimentos do outro, e sujeitando-a apenas ao

— anotação ao Ac. do STJ, de 12.05.2016”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 61, janeiro-março, 2018, pp. 52-62). Assim, considera a autora que é possível, por um lado, o recurso ao art. 483.º, n.º 1, no caso de um cônjuge praticar um ato que se traduza na violação de deveres conjugais independentemente de, no caso concreto, se ter verificado uma violação de outro direito absoluto pessoal (p. ex., a integridade física). Não é, por isso, de limitar a ressarcibilidade dos danos decorrentes do incumprimento dos deveres conjugais às hipóteses de concomitância de violação dos deveres conjugais pessoais e dos direitos de personalidade do cônjuge lesado.

Por outro lado, não afasta a possibilidade de recurso às regras da responsabilidade obrigacional, por tal entendimento se coadunar “com a conceção de casamento, como relação contratual matrimonial, que, hoje, consideramos vigente entre nós” — *ibidem*, p. 62, citando outra obra da autora (*Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 273 e segs.).

¹⁴ Em sentido contrário, veja-se o acórdão do TRL, de 25.03.2021 (<http://www.dgsi.pt>, consultado a 7 de abril de 2022): “I — A responsabilidade civil entre cônjuges decorrente do art. 1792.º/1, do CCivil, abrange apenas a responsabilidade extra-contratual, abrangendo os danos que resultem da violação de direitos de personalidade. II — Assim, o cônjuge que se sinta lesado e pretenda pedir o pagamento da respetiva indemnização terá de alegar e provar os pressupostos da responsabilidade civil previstos nos arts. 483.º e seguintes do CCivil”.

critério da necessidade, pode existir um direito a alimentos a par de um direito de crédito previsto no art. 1676.º. Aliás, os dois institutos funcionam em paralelo também noutros ordenamentos jurídicos (v., o art. 282.º do Código Civil francês, os arts. 156.º, 3.º, e 433.º e segs. do Código Civil italiano, e § § 1569.º e segs. do BGB). A dificuldade da aplicação simultânea dos dois institutos poderá estar na concretização efetiva em cada caso real.

Era discutido na doutrina o problema de saber qual o alcance do auxílio que se presta ao ex-cônjuge que pretende exercer o seu direito a alimentos. Ou seja, se ele apenas poderia ter a pretensão de receber aquilo que fosse indispensável ao seu sustento, vestuário e habitação (art. 2003.º, n.º 1); ou se poderia manter o nível de vida que tinha durante o casamento. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira optam por uma posição intermédia: o ex-cônjuge poderá aspirar a uma posição que o coloque numa situação razoável — acima do nível de sobrevivência, nos limites de uma vida sóbria (tal como no direito italiano — arts. 438.º e 439.º do Código Civil italiano), mas provavelmente abaixo do padrão de vida que o casal tinha no decurso do casamento ¹⁵.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, parece ter clarificado esta questão no n.º 3 do novo art. 2106.º-A ao determinar que o cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do casamento. Portanto, os alimentos servem apenas para auxiliar o cônjuge necessitado no momento da dissolução do casamento, sendo o critério da sua atribuição precisamente a necessidade. A disparidade do padrão de vida causada pelo divórcio poderá fundamentar uma prestação compensatória ao abrigo do art. 1676.º, destinada a compensar as oportunidades profissionais e patrimoniais perdidas em virtude do casamento.

6. O crédito compensatório ao cônjuge pela contribuição (consideravelmente superior) para os encargos da vida familiar

Ao contrário da legislação anterior admite-se na Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, um crédito a um dos cônjuges, sendo mais um caso

¹⁵ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 774 e 775.

em que se aplica o princípio geral de que os movimentos de enriquecimento ou de empobrecimento que ocorrem, por razões diversas, durante o casamento, não devem deixar de ser compensados no momento em que se acertam as contas finais dos patrimónios.

Concordamos obviamente com o objetivo desta alteração legislativa, mas temos dúvidas quanto ao modo de o alcançar e seria conveniente corrigir alguma falta de rigor na regulamentação e exigibilidade deste crédito, como referiremos.

O propósito do legislador foi consagrar o direito a uma compensação ao cônjuge que contribuiu de forma consideravelmente superior que o outro para os encargos da vida familiar. Especifica ainda que é o caso do cônjuge que renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, consagrando, assim, uma referência clara (ainda que não explícita) ao trabalho doméstico.

O eventual empobrecimento de um dos cônjuges em benefício do outro, que não era compensado em momento algum, passa a corrigir-se, no art. 1676.º, com a atribuição de um crédito compensatório ao cônjuge que mais contribuiu para os encargos da vida familiar, nomeadamente com o seu trabalho no lar, eliminando-se a presunção de renúncia a qualquer compensação.

Da análise da presente norma impõem-se alguns comentários ¹⁶.

Em primeiro lugar, para existir tal crédito é necessário que a contribuição de um dos cônjuges (determinada nos termos do n.º 1 do art. 1676.º) seja consideravelmente superior à do outro, juízo que caberá ao juiz em cada caso concreto. É evidente que numa situação em que a mulher ou o marido, além de trabalhar fora do lar e com os seus rendimentos contribuir para a economia doméstica, também realiza todas as tarefas domésticas e de educação dos filhos, com renúncia à sua vida profissional, a sua contribuição é manifestamente superior.

¹⁶ Retomamos aqui o no nosso texto “O crédito pela compensação do trabalho doméstico prestado na constância do matrimónio (a contribuição consideravelmente superior de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar — o artigo 1676.º do Código Civil)”, in AAVV, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, sob a coordenação de M.ª Clara Sottomayor e M.ª Teresa Fêria de Almeida, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, pp. 199-226.

Por outro lado, o legislador auxilia o julgador ao referir que a contribuição de um dos cônjuges será consideravelmente superior porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional. Consagra, assim, um crédito compensatório ao cônjuge que se dedicou, ou se dedicou mais, ao trabalho doméstico e educação dos filhos.

Além disso, é preciso que a renúncia a favor da vida em comum tenha trazido prejuízos patrimoniais importantes ao cônjuge.

Repare-se, portanto, que a intenção do legislador terá sido a de contemplar o trabalho doméstico e o cônjuge que a ele se dedica de forma exclusiva (que, no momento da partilha subsequente ao divórcio, pode ficar numa situação de desvantagem e sem possibilidade de ingressar ou reingressar no mercado de trabalho). Não exclui, porém, a possibilidade de ser atribuído um crédito de compensação ao cônjuge que, desempenhando também uma atividade profissional fora do lar, se dedicou de forma manifestamente superior que o outro ao trabalho doméstico, com algum prejuízo para a sua carreira profissional e, em consequência, com prejuízos patrimoniais importantes (p. ex., não progrediu na carreira para dedicar mais tempo ao trabalho doméstico e acompanhamento da educação dos filhos). Também a situação deste cônjuge será afetada com o divórcio, sobretudo ao nível dos rendimentos profissionais que entram no lar (que passará a ser apenas o seu — e que será inferior ao que seria caso não se tivesse dedicado ao lar renunciando de forma excessiva à sua vida profissional).

A relevância desta compensação ao cônjuge que renunciou à sua vida profissional verificar-se-á sobretudo no caso de os cônjuges estarem casados no regime de separação de bens. De facto, nos regimes de comunhão, cuja ideia subjacente é a da participação de ambos os cônjuges no que foi adquirido com o esforço conjunto, o cônjuge que se dedicou ao lar e ao trabalho doméstico sempre pode participar nos bens que o outro cônjuge adquiriu ao longo do casamento¹⁷. Tal não ocorre no regime de separação de bens, onde mais nitidamente o

¹⁷ Mesmo apesar de o art. 1790.º determinar que, tendo os cônjuges convencionado o regime de comunhão geral de bens, a partilha em caso de divórcio far-se-á no regime de comunhão de adquiridos.

cônjuge que renunciou à sua vida profissional integral ou parcialmente não tem qualquer participação nos bens adquiridos pelo outro cônjuge e com o seu auxílio (ainda que não financeiro).

A principal questão parece residir na própria valorização que o tribunal fará do trabalho doméstico e a apreciação da renúncia excessiva à vida profissional em benefício da vida em comum.

Repare-se que qualquer um dos cônjuges pode requerer esta compensação, mesmo o cônjuge que deu origem à rutura matrimonial e ao divórcio.

Além disso, a referência à renúncia da vida profissional é duvidosa. Ora, renunciar é o mesmo que desistir. Parece então que o cônjuge que se tenha dedicado ao trabalho doméstico só será compensado pelo que contribuiu para os encargos da vida familiar de forma consideravelmente superior se tiver desistido da sua vida profissional (total ou parcialmente) ou a uma eventual mas provável profissão (por ter habilitações para a exercer). Ou seja, se o cônjuge nunca exerceu qualquer profissão nem tem habilitações para tal, nunca tendo desistido de nada, não terá direito a essa compensação ainda que os restantes pressupostos estejam preenchidos? Julgamos que, apesar de não estar plasmada na lei, também esse cônjuge terá direito a uma compensação.

Depois, e em segundo lugar, a lei faz surgir um crédito de compensação de um cônjuge sobre o outro pelo que haja contribuído de forma consideravelmente superior ao que lhe competia para os encargos da vida familiar. Se um cônjuge contribuiu de forma consideravelmente superior para os encargos da vida familiar deverá, em linguagem puramente económica, ser reembolsado. Fixa-se um direito de reembolso ao cônjuge empobrecido face ao outro cônjuge. Mas só será compensado pelo que contribuiu em excesso (cabendo aos tribunais a apreciação desse “excesso” no caso concreto).

Terá, assim, e desde logo, que se apurar quanto é que o cônjuge que renunciou à sua vida profissional poderia auferir se trabalhasse ou se não tivesse abandonado o seu trabalho. Depois deverá descontar-se a esse valor o que esse cônjuge teria de contribuir para os encargos da vida familiar de acordo com o estipulado no n.º 1 do art. 1676.º. O prejuízo sofrido será o valor patrimonial apurado no final.

Finalmente, e em terceiro lugar, compreende-se que tal crédito só deva ser exigido no fim do casamento, por um lado, para evitar

litígios entre os cônjuges ¹⁸ e, por outro lado, porque só nessa altura tem sentido existir tal crédito, uma vez que só com a dissolução do casamento o cônjuge ficará prejudicado e haverá que o compensar. Só com o divórcio e a dissolução do casamento surge a necessidade de compensar um dos cônjuges que poderá deparar-se com uma situação desfavorável do ponto de vista patrimonial. O prejuízo só surgirá nessa altura e, por isso, só nessa altura deverá ser admitido.

O que não se compreende é a redação do n.º 3 do art. 1676.º. É que o legislador adaptou simplesmente as referências legais às compensações (veja-se, p. ex., o art. 1697.º em matéria de dívidas), esquecendo que está perante um crédito entre cônjuges. Por isso, não tem sentido determinar que esse crédito apenas é exigível no momento da partilha apenas nos regimes de comunhão. De facto, não é a existência de um património comum que deve diferir o seu pagamento para o momento da partilha. Tal crédito, a ser efeito do divórcio, só deveria, e em qualquer regime de bens, ser exigido no fim do casamento e ser regulado no âmbito dos efeitos do divórcio e não no domínio dos deveres conjugais.

É importante atribuir um direito de crédito ao cônjuge que mais contribuiu para os encargos da vida familiar, sobretudo com o trabalho doméstico. Aliás, começava-se a fazer sentir essa necessidade na nossa jurisprudência que tentava resolver a questão, dentro de certos limites, recorrendo ao instituto do enriquecimento sem causa ¹⁹.

Aquilo com que não concordamos é o modo encontrado para compensar o cônjuge que contribuiu para os encargos da vida familiar mais do que devia e o momento da sua exigibilidade. Com efeito, apesar de se considerar um efeito do divórcio não parece ser isso que decorre da sua colocação no domínio dos deveres conjugais (e não nos arts. 1788.º e segs.) nem da redação do n.º 3.

De facto, o direito de crédito em causa não parece, ao contrário da intenção do legislador, um efeito do divórcio, desde logo por estar

¹⁸ É, aliás, o que normalmente acontece com as ações entre cônjuges previstas na lei, apesar de nada se estipular quanto ao momento da exigibilidade (p. ex., no art. 1681.º ou no art. 1687.º).

¹⁹ V., p. ex., o ac. do STJ, de 17.01.2002 (<http://www.dgsi.pt>, consultado a 7 de abril de 2022).

regulado no domínio dos deveres conjugais e não no campo dos efeitos do divórcio. Mas, sobretudo, por que a redação do n.º 3 do art. 1676.º permite a sua exigibilidade mesmo sem existir divórcio. Repare-se: em primeiro lugar, a lei determina que o crédito compensatório só é exigível no momento da partilha. Ora, pode haver partilha sem divórcio (pense-se o caso da simples separação judicial de bens, ou a separação decorrente do pagamento de dívidas (arts. 1696.º, n.º 1, do Código Civil, e 740.º do Código de Processo Civil), ou no caso de insolvência de um dos cônjuges). Nestes casos, e mantendo-se o casamento, a lei parece admitir a exigibilidade, em qualquer regime de bens.

Em segundo lugar, acrescenta a lei “a não ser que vigore o regime de separação”. Significa então que no decurso de um casamento, que não em regime de comunhão, os cônjuges podem exigir a todo o tempo tal crédito ou então que tal crédito não é exigível no regime de separação de bens.

Assim, a interpretação possível a dar ao n.º 3 do art. 1676.º será, considerando sempre tal crédito como efeito do divórcio, a de o considerar exigível nos regimes de comunhão no momento da partilha (em processo de inventário) subsequente ao divórcio. Nos regimes de separação poderá ser exigido numa ação subsequente ao processo de divórcio.

O problema parece residir no facto de o legislador se ter limitado a transpor para esta matéria a solução encontrada para as compensações, como já o disse (p. ex., no art. 1697.º). Esqueceu que o regime dos créditos e das compensações é necessariamente diferente e se quer remeter a exigibilidade dos créditos para um momento ulterior terá de o fixar expressamente e remetê-los para o fim do casamento, como consequência do divórcio ²⁰.

Portanto, a querer estabelecer um crédito ao cônjuge que contribuiu mais para os encargos da vida familiar, especialmente com o trabalho doméstico, o legislador deveria ter regulado o mesmo crédito (e

²⁰ Para uma melhor compreensão do nosso entendimento quanto à noção de compensações e créditos entre cônjuges, v., a nossa obra *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas dos cônjuges — análise crítica*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 95 e segs.

até referindo mesmo que se tratava de reembolsar o ex-cônjuge que se dedicou ao lar e educação dos filhos porque é a posição deste que na realidade a lei quer acautelar) nos efeitos do divórcio, como, aliás, algumas legislações estrangeiras o fazem. De facto, há legislações em que o dever de contribuição para os encargos da vida familiar é regulado em termos similares e, paralelamente, como efeito do divórcio, é imposta uma prestação compensatória para compensar o cônjuge mais desfavorecido com o divórcio — nomeadamente aquele que abdicou da sua carreira profissional para se dedicar ao lar e educação dos filhos ou que contribuiu para a profissão do outro cônjuge sem uma remuneração correspondente — da disparidade criada com o divórcio na sua condição de vida. Há aí, portanto, um instituto autónomo ligado aos efeitos do divórcio. É o que acontece, p. ex., nos direitos francês (arts. 270.º e segs. do Código Civil francês) e alemão (§§ 1587.º e segs. do BGB — *Versorgungsausgleich*)²¹. Não se trata propriamente de uma compensação pelo que um dos cônjuges tenha prestado a mais para os encargos da vida familiar, mas em acautelar que o divórcio não provoca uma disparidade na sua condição de vida. Ora, se um cônjuge se dedica ao trabalho doméstico e educação dos filhos, em exclusivo ou em paralelo com a sua carreira profissional, pode ser

²¹ Como uma das obrigações pecuniárias que podem decorrer do divórcio para um dos ex-cônjuges, os arts. 270.º e segs. do Código Civil francês regulam a prestação destinada a compensar as disparidades da condição de vida criada pela rutura do casamento.

O § 1360.º, 2.ª parte, do BGB, dispõe especificamente sobre o trabalho prestado no lar (tal como o art. 1676.º, n.º 1, do nosso Código Civil), admitindo a possibilidade de um dos cônjuges contribuir para os encargos da vida familiar com o trabalho prestado no lar. Para uma análise do dever previsto no § 1360.º do BGB (*Unterhaltspflicht*), v., Lüderitz/Dethloff, *Familienrecht*, 28.ª ed., München, C. H. Beck, 2007, pp. 61-66. Paralelamente, a presunção de renúncia ao direito de crédito pelo que prestou a mais está prevista no § 1360.ºb do BGB. Por outro lado, os §§ 1587.º e segs. do BGB regulam a prestação compensatória entre ex-cônjuges, no caso de, durante o casamento, se terem constituído para ambos ou para um deles expectativas jurídicas fundadas na duração do casamento ou na perspetiva do pagamento de uma pensão em virtude da idade ou da incapacidade laboral ou profissional. Apenas se consideram, para este efeito, as expectativas ou perspetivas constituídas ou mantidas em função do trabalho ou do património dos cônjuges. V., Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 186-194.

afetada a sua condição de vida com o divórcio, dado que deixará de ter rendimentos ou passará a ter menos quando, se não se tivesse dedicado ao lar, poderia ter outros ou mais rendimentos.

Também o direito espanhol consagra, no art. 97.º do Código Civil espanhol, uma prestação compensatória ao ex-cônjuge que seja prejudicado na sua situação económica como efeito do divórcio, não a confundindo com o dever de contribuir para os encargos da vida familiar no decurso do casamento. Na falta de acordo entre os ex-cônjuges, e de entre os fatores a considerar pelo juiz, a fixação da prestação deve ter em consideração a qualificação profissional e a probabilidade de acesso a um emprego, a dedicação passada e futura de cada cônjuge à família e a colaboração com o seu trabalho na atividade mercantil, industrial ou profissional do outro cônjuge ²².

Talvez se o nosso legislador tivesse seguido um modelo idêntico para consagrar aquele direito de crédito do cônjuge que contribuiu de forma consideravelmente superior para os encargos da vida familiar a solução pareceria mais adequada ao efeito que se pretende.

7. Destino da casa de morada da família

Ao contrário do divórcio por mútuo consentimento, onde o destino da casa de morada da família deve integrar um dos acordos do art. 1775.º, no divórcio sem consentimento a lei não exige que o destino da casa de morada da família seja fixado na sentença nem fixa um prazo para o cônjuge interessado requerer a atribuição da mesma.

Se a casa de morada da família for um bem do casal (bem próprio de qualquer um deles, em compropriedade ou ainda bem comum) o art. 1793.º prevê a possibilidade de constituição de um contrato de arrendamento a favor de qualquer um dos cônjuges. O tribunal deverá ter em conta, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal. Relevante será o critério da

²² V., L. Díez-Picazo/A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, pp. 132-134. Referem estes autores que, apesar de a lei não o declarar expressamente, esta pensão visa compensar aquele dos ex-cônjuges cuja dedicação às necessidades da família implicou uma perda de expectativas do ponto de vista económico.

necessidade ou premência da casa (o cônjuge que mais precisa dela). Ao tribunal caberá definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, valendo as regras do arrendamento para habitação (no que for omissivo no contrato), em especial, a duração do contrato e o montante da renda. De referir que “[f]ixado o valor da renda, o cônjuge ou ex-cônjuge a favor do qual foi constituído o direito ao arrendamento pagará esse valor ao outro se a casa pertencia exclusivamente a este; se a casa era bem comum do casal ou pertencia em compropriedade a ambos, pagará ao outro cônjuge ou ex-cônjuge metade dessa importância. Neste caso, se em futura partilha ou divisão de coisa comum a casa for adjudicada ao arrendatário extingue-se naturalmente o arrendamento; se for adjudicada ao cônjuge ou ex-cônjuge senhorio, este passará a receber a importância total da renda”²³.

No caso de a casa de morada da família ser arrendada, o art. 1105.º determina que o seu destino é decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles. Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta as necessidades de cada um, os interesses dos filhos e outros fatores relevantes. O direito ao arrendamento da casa de morada da família deve ser atribuído ao ex-cônjuge que mais precise dela. O “objectivo da lei (...) não é o de castigar o culpado ou premiar o inocente, como não é o de manter na casa de morada da família, em qualquer caso, o cônjuge ou ex-cônjuge que aí tenha permanecido após a separação de facto, mas o de *proteger o cônjuge ou ex-cônjuge que mais seria atingido pelo divórcio ou pela separação quanto à estabilidade da habitação familiar*, cônjuge ou ex-cônjuge ao qual, porventura, os filhos tivessem sido confiados”²⁴. Assim, o fator principal para a atribuição da casa de morada da família é o da necessidade. Mas outros haverá, como a situação patrimonial dos ex-cônjuges, o interesse dos filhos, a idade e estado de saúde dos ex-cônjuges, a localização da casa relativamente ao local de trabalho de cada um dos ex-cônjuges, o facto de algum deles dispor de outra casa onde possa morar, etc.

²³ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 754.

²⁴ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 756.

8. Perda de direitos sucessórios

Resulta também da dissolução do casamento por divórcio a perda dos direitos sucessórios do cônjuge. Conforme dispõe o art. 2133.º, n.º 3, o cônjuge, que ocupa a 1.ª ou a 2.ª classes de sucessíveis legais (arts. 2133.º, n.º 1, e 2157.º), não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado, por sentença que tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou se a sentença de divórcio vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do art. 1785.º

Por outro lado, e quando tenha sido instituído como sucessor (herdeiro ou legatário) testamentário, a disposição testamentária caduca se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados por sentença que tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou se a sentença de divórcio vier a ser proferida posteriormente àquela data (art. 2317.º, al. *d*)).

O mesmo ocorre se o cônjuge foi contemplado no âmbito de um pacto sucessório (nos casos admitidos por lei). Na verdade, o art. 1760.º, n.º 1, al. *b*), prevê a caducidade das doações para casamento se ocorrer divórcio ou separação de pessoas e bens.

9. Termo das ilegitimidades conjugais

As ilegitimidades conjugais previstas nos arts. 1682.º e segs. terminam com o divórcio. O que significa que cada um dos cônjuges passa a poder dispor dos seus bens sem necessidade do consentimento do cônjuge. Tal não significa, porém, que cada um dos (ex)cônjuges possa dispor, se estivessem casados num dos regimes de comunhão, de metade de cada um dos bens comuns. Na verdade, o património comum, que é um património de mão comum (pertence aos cônjuges em bloco), permanece com o divórcio e só com a partilha cada um dos cônjuges saberá o que lhe cabe a si.

DA RELEVÂNCIA DA SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR A PROPÓSITO DO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO

Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais *

Sumário: 1. Substituição quase-pupilar e regime do maior acompanhado. 2. Regime jurídico e natureza da substituição quase-pupilar. 3. Um exemplo concreto: o acórdão do TRL de 13/01/2022. 4. A substituição “exemplar” (quase-pupilar) no direito espanhol e a sua recente revogação. 5. Relevância da substituição quase-pupilar ainda hoje?

1. SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR E REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO

A Lei n.º 49/2018 ¹, de 14 de agosto, veio introduzir um novo paradigma em matéria de incapacidade na ordem jurídica portuguesa, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação e refletindo, a nível nacional, aquela que foi a visão plasmada em instrumentos

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

¹ A Proposta de Lei 110/XIII que esteve na origem da Lei n.º 49/2018, baseou-se em dois estudos, entretanto publicados: António Menezes Cordeiro, António Pinto Monteiro e Miguel Teixeira de Sousa, “Da situação jurídica do maior acompanhado — Anteprojeto de reforma”, *RDC*, vol. III, n.º 4 (2018), pp. 687-740; e António Menezes Cordeiro, “Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *RDC*, vol. III, n.º 3 (2018), pp. 473-554.

internacionais, em particular a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, adotada pela ONU e que iniciou a sua vigência em 3 de maio de 2008 ².

De acordo com o novo regime, a regra geral é a de que o maior acompanhado pode exercer livremente os seus direitos pessoais (artigo 147.º/1), constando do artigo 147.º/2 uma enumeração exemplificativa desses atos, na qual se inclui o direito de testar ^{3 4}. Por isso, na perspectiva do Direito Sucessório, é legítimo que nos questionemos se a figura da substituição

² Em Portugal, a Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30/07, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 7/2009, da mesma data.

³ Todos os preceitos mencionados sem indicação da respetiva fonte pertencem ao Código Civil português.

⁴ As medidas de acompanhamento regem-se pelo princípio da subsidiariedade, conforme resulta do artigo 140.º que estabelece que o acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, com as exceções determinadas na sentença. Por outro lado, a medida de acompanhamento não terá lugar se o seu objetivo for garantido através de deveres gerais de cooperação e de assistência aplicáveis no caso. Procura-se, deste modo, salvaguardar a vontade do sujeito, pelo que o acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante sua autorização, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou pelo Ministério Público sem necessidade de autorização neste último caso. A autorização pode ser suprida quando a pessoa não a possa dar livre e conscientemente ou quando existir para isso um motivo atendível. Ainda na mesma linha de ideias de respeito pela autonomia da pessoa, sendo designado judicialmente, o acompanhante é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal (artigo 143.º/1). A referência ao representante legal da pessoa, prende-se com a possibilidade de o acompanhamento ser requerido e instaurado dentro do ano anterior à maioridade, para produzir efeitos a partir desta (artigo 142.º). Na falta de escolha, o acompanhamento é deferido à pessoa que melhor salvegarde o interesse imperioso do beneficiário, designadamente as pessoas elencadas no artigo 143.º/2. O acompanhamento é, ainda, caracterizado pelo princípio da necessidade, visto que se limita ao necessário, nos termos do artigo 145.º/1. Também é este princípio que justifica que o acompanhamento cesse ou seja modificado quando cessarem as causas que o justificaram ou quando tais causas se alterarem, respetivamente (artigo 149.º). Pela mesma razão se exige que haja uma revisão periódica das medidas de acompanhamento (cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Maiiores acompanhados — A disciplina da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*, 2.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 51-53).

quase-pupilar continua a ter alguma relevância na nossa ordem jurídica, visto que a mesma tem sido qualificada pela doutrina como uma forma de suprimento de uma incapacidade de testar ⁵.

2. REGIME JURÍDICO E NATUREZA DA SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR ⁶

I. O instituto da substituição quase-pupilar (artigo 2298.º) constitui, em nossa opinião, uma exceção *sui generis* ao caráter pessoal do testamento (artigo 2182.º).

O artigo 2297.º atribui aos progenitores que não estejam inibidos total ou parcialmente das responsabilidades parentais a faculdade de substituir aos filhos os herdeiros e legatários que entenderem, para o caso de os mesmos filhos falecerem antes de perfazer os dezoito anos de idade. A isto se designa substituição pupilar.

Esta faculdade também é aplicável, sem distinção de idade, no caso de o filho ser incapaz de testar em consequência de uma sentença de acompanhamento (artigo 2298.º). É a substituição quase-pupilar.

A substituição pupilar e a substituição quase-pupilar só podem abranger os bens que o substituído haja adquirido por via do testador, mesmo que os haja adquirido a título de legítima (artigo 2300.º). A referência aos bens adquiridos por via do testador parece-nos suficientemente lata para abranger, igualmente, os bens que este adquiriu do seu progenitor por doação ⁷.

⁵ Também designada substituição “exemplar” ou “justinianeia”, porque foi criada pelo imperador Justiniano, a exemplo da substituição pupilar (*exemplo pupillaris substitutionis*). Utilizarmos a terminologia “substituição quase-pupilar” e “substituição exemplar” indistintamente.

⁶ Para maiores desenvolvimentos quanto a algumas das ideias — relativas à natureza da substituição quase-pupilar e suas consequências de regime — que expressamos no texto, remetemos para a análise mais aprofundada que fizemos em: “Anotação aos artigos 2297.º a 2300.º”, in Cristina Araújo Dias (coordenação), *Código Civil português anotado — Livro V: Direito das Sucessões*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 368-470.

⁷ Neste sentido, cfr. Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição (revista e atualizada), Lisboa, Quid Juris, 2012, p. 460. De facto, como o

Outro aspeto digno de nota neste regime prende-se com o facto de a substituição caducar se, ao maior acompanhado, sobreviverem descendentes ou ascendentes (artigo 2298.º/2), bem como no momento em que cessa a limitação resultante da sentença de acompanhamento (artigo 2298.º/2), mesmo que aquele que readquire a capacidade de testar não faça qualquer testamento.

Embora se trate de uma situação que não é referida pela doutrina à luz do Código Civil de 1966, na vigência do Código de Seabra houve quem defendesse que a substituição quase-pupilar também caduca se se tornar conhecido um testamento feito pelo incapaz (maior acompanhado) numa data anterior à data da sentença de acompanhamento⁸. Se, de facto, como veremos adiante neste Ponto, nos encontramos perante uma forma de suprimento de uma incapacidade, embora não pura, é muito discutível que a substituição possa operar se houver um testamento anterior do maior acompanhado. Seria, de facto, absurdo, entender que pudessem operar dois testamentos diversos para a mesma sucessão — ainda que compatíveis —, um realizado pelo autor da sucessão e outro pelo seu progenitor em sua substituição para suprir uma incapacidade de testar posterior daquele⁹. Neste caso, se o testamento feito pelo maior acompanhado, quando ainda

autor salienta, a letra do artigo 2300.º não se reporta aos bens que o filho haja recebido “a título de sucessor do progenitor”. No mesmo sentido, Carlos Pamplona Corte-Real entende que estão em causa os bens adquiridos em vida e por morte (cfr. *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 2012, p. 98). Pelo contrário, os bens adquiridos mediante contraprestação (v. g. através de um contrato de compra e venda) não estão abrangidos (cfr. Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 227, nota 544).

⁸ Neste sentido se pronunciou Luíz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil português*, vol. X, Coimbra, Coimbra Editora, 1935, p. 139.

⁹ Seguimos a posição de Cristina Amunátegui Rodríguez, que analisa a questão no direito espanhol, nomeadamente quanto ao problema de saber se o progenitor poderia alterar o testamento anteriormente feito pelo incapaz, o que é absurdo, visto que se trata de vontades alternativas (cfr. *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Madrid, Reus, 2018, pp. 209-210). Como veremos, ainda que os interesses dos progenitores possam ser atendidos neste instituto, a sua função de suprimento de uma incapacidade acaba por prevalecer, aspeto que dita a solução referida no texto.

tinha capacidade sucessória, não produzir os seus efeitos, é necessário distinguir duas situações:

- a) por um lado, aquela em que os herdeiros instituídos pelo maior acompanhado, num momento em que este ainda tinha capacidade para testar, são pré-mortos relativamente ao testador, o que implica a caducidade das disposições em seu benefício;
- b) por outro lado, aquela em que o testamento outorgado pelo incapaz seja anulado ou declarado nulo por falta ou vícios da vontade.

No primeiro caso, a substituição quase-pupilar não poderá operar, visto que não deixa de existir um testamento validamente outorgado; no segundo caso, a situação é diferente, visto que, antes de serem decretadas as medidas de acompanhamento, o maior acompanhado já se poderá encontrar numa situação de incapacidade acidental (artigo 2199.º), que assume particular relevância neste caso ^{10 11 12}.

¹⁰ Caso resulte das medidas de acompanhamento uma incapacidade de testar do maior acompanhado, um testamento realizado por este após a publicitação do início do processo de acompanhamento, mas anterior ao respetivo registo, poderá não ser válido, atendendo ao disposto no artigo 154.º/1/b, que determina a anulabilidade dos atos que não observem as medidas decretadas no acompanhamento ou a decretar, desde que sejam prejudiciais ao acompanhado e apenas após a decisão final. Resulta do artigo 900.º/1 CPC, que reunidos os elementos necessários, o juiz designa o acompanhante nos termos do artigo 145.º do Código Civil e, quando possível, fixa a data a partir da qual as medidas decretadas se tornaram convenientes. A fixação de tal data será determinante para aferir se a outorga do testamento é ou não prejudicial ao acompanhado. Se não for fixada a data referida pelo tribunal, o testamento só se poderá mostrar prejudicial ao acompanhado se a sua vontade ao realizá-lo não foi livre, o que será aferido, em particular, à luz do regime da incapacidade acidental. O artigo 154.º/3 remete expressamente para este regime no que se refere aos atos praticados antes do início da publicitação do processo. Veja-se que a publicitação do início do processo de acompanhamento não é obrigatória, como resulta do artigo 893.º/1 CPC. Será, por isso, importante que o tribunal fixe o momento a partir do qual as medidas de acompanhamento são convenientes, para permitir o recurso a uma forma mais simples e célere de anulação do ato, do que o recurso ao regime da incapacidade acidental. Ou seja, se o testamento for outorgado após o registo do acompanhamento e a sentença decretar que o maior acompanhado não pode fazer testamento, o mesmo será anulável (artigo 154.º/1/a);

Também podemos questionar-nos acerca da caducidade da substituição quase-pupilar, se, antes de serem decretadas as medidas de acompanhamento, o maior acompanhado tiver tido a possibilidade de outorgar validamente um testamento, embora não o tenha feito, tornando-se, depois, incapaz, devido a uma circunstância superveniente. Na doutrina espanhola há quem entenda que o problema tem de ser resolvido casuisticamente, visto que o facto de não ter sido outorgado um testamento poderá ser entendido, em certos casos, como uma aceitação dos

se for outorgado após a publicitação do início do processo, só será anulável se for prejudicial ao acompanhado (artigo 154.º/1/b) (o que implicará que seja fixada a data a partir da qual as medidas de acompanhamento são convenientes); se for praticado antes da publicitação do início do processo ou se esta não existir (e até ao registo do acompanhamento), ou se não for fixada a data da conveniência do início das medidas de acompanhamento, será aplicável o regime da incapacidade accidental. Embora a doutrina aponte que se deve sempre presumir prejudicial ao acompanhado a prática de atos gratuitos, questionamo-nos se esta posição será inteiramente adequada relativamente ao testamento, que só produz efeitos no momento da morte do testador, do mesmo modo que não nos parece que o artigo 237.º seja aplicável ao testamento, ao determinar que, em caso de dúvida sobre o sentido da declaração nos negócios gratuitos, prevalece o sentido menos gravoso para o disponente (cfr. Daniel Morais, *Direito Sucessório — Apontamentos*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 88).

- 11 Como lugar paralelo veja-se a situação contemplada no artigo 2316.º em que se verifica uma revogação real da disposição testamentária por alienação ou transformação da coisa legada. A revogação produzirá os seus efeitos ainda que a alienação seja anulada, a não ser que o fundamento dessa anulação seja a falta ou um vício da vontade (n.º 2).
- 12 Também a doutrina espanhola discute se a existência de um testamento válido anterior à situação de incapacidade de testar poderá impedir o funcionamento da substituição quase-pupilar. Em sentido negativo se pronunciou a *Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)* numa Resolução de 10/05/2018 (BOE, n.º 130, de 29/05/2018, pp. 55632-55636), disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-7104 (consultado a 08/11/2022). A DGRN entendeu que o facto de o testamento da substituída não ter produzido os seus efeitos por motivo de pré-morte dos herdeiros instituídos não impedia o funcionamento da substituição quase-pupilar. Na doutrina esta resolução é criticada por Cristina Amunátegui Rodríguez, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., pp. 208-209. A autora considera que será comum a situação em que a incapacidade está presente já no momento da outorga de um testamento, mas antes de ser decretada a incapacidade de testar (*ibid.*, p. 210).

efeitos próprios da sucessão intestada¹³. No entanto, ao contrário do caso anterior, em que existe uma disposição testamentária, deixar a eficácia da substituição quase-pupilar dependente de uma análise casuística traduzir-se-ia numa enorme segurança jurídica, sendo certo que não é fácil demonstrar qual a motivação daquele que perdeu a capacidade de testar, ao não fazer testamento antes desse momento.

O STJ entende que, para que a substituição quase-pupilar possa operar, é necessário que já exista uma sentença de acompanhamento no momento em que o testamento é realizado¹⁴. No entanto, não nos parece existir nenhuma razão jurídica ou social para impedir os progenitores de recorrer à substituição quase-pupilar antes de existir uma sentença de acompanhamento, desde que os pressupostos do instituto estejam preenchidos no momento em que a substituição produz os seus efeitos, ou seja, no momento da morte do substituído¹⁵. É, aliás,

¹³ Neste sentido, ao analisar a questão, se pronuncia Cristina Amunátegui Rodríguez, *ibid.*, pp. 209-211.

¹⁴ Cfr. o acórdão do STJ de 10/01/2006, Proc. n.º 3743/05 (Relator; Ribeiro de Almeida). Sumário disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/sumarios-civil-2006.pdf> (consultado a 13/10/2022). O acórdão reporta-se à sentença de interdição, embora a ideia veiculada no texto seja a mesma.

¹⁵ A questão foi discutida na jurisprudência espanhola, tendo o Tribunal Supremo espanhol evoluído de uma postura mais restritiva, semelhante à do nosso STJ no aresto mencionado, para uma interpretação menos rigorosa do artigo 776.º do Código Civil espanhol que consagra a figura da substituição “exemplar”. Como veremos mais adiante, o referido artigo 776.º foi revogado pelo artigo 2.37 da *Ley* n.º 8/2021, de 2 de junho, que entrou em vigor a 3/09/2021. Sobre este problema discutido na jurisprudência espanhola, cfr. Cristina Amunátegui Rodríguez, *ibid.*, pp. 101-108 e M.ª Fernanda Moretón Sanz, “La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 8 (abril 2015), pp. 84-103, em particular pp. 88 a 92. Disponível em: <file:///C:/Users/danie/Downloads/Dialnet-LaSustitucionPupilarYCuasipupilarOEjemplar-5074809.pdf> (consultado a 18/10/2022).

O artigo 425-10, do Código Civil da Catalunha, aprovado pelo *Ley* n.º 10/2008, de 10 de julho, relativo aos requisitos da substituição exemplar, resolve claramente a questão ao determinar que: “1. A substituição exemplar só pode ser ordenada por ascendentes de uma pessoa incapaz que seja sua legitimária e compreende, para além dos bens do testador os do incapaz que não tenha outorgado testamento nem pacto sucessório. 2. Para que a substituição exemplar seja válida, o ascendente deve deixar ao substituído a legítima que lhe caiba e a incapacidade *deve*

esta a interpretação mais conforme com a finalidade principal do instituto de proteger os interesses do maior acompanhado ¹⁶.

O artigo 2299.º determina a conversão da substituição pupilar em quase-pupilar, se estiverem preenchidos os respetivos pressupostos, o que tem a vantagem de permitir que a substituição continue a produzir os seus efeitos após a maioridade do filho. *A natureza idêntica de ambas as figuras* permite esta conversão sem particulares dificuldades ¹⁷.

II. Reportando-se à substituição quase-pupilar, Guilherme de Oliveira aponta que “não é nítido que se trate de o pai a fazer testamento em vez do filho” ¹⁸. Pelo contrário, o artigo 2300.º aponta no sentido de que o pai está a fixar o destino do seu património em mais de um grau; por isso, “apenas estaria aqui presente o interesse básico que justifica o fideicomisso; tratar-se-ia de um fideicomisso (de resíduo) sob condição suspensiva de o filho morrer antes de adquirir capacidade testamentária ativa”. “Sobre esta dúvida”, o autor remete-nos para Lacruz e Sancho.

Para nós, no entanto, não é claro que Guilherme de Oliveira defenda a qualificação da substituição quase-pupilar como uma substituição fideicomissária. Pelo contrário, quer-nos parecer que o autor nos dá nota das dificuldades e contradições inerentes à própria figura e que não permitem reconduzi-la, sem mais, a uma forma de suprimento de uma incapacidade de testar. Isto, porque “a substituição pupilar [e também a substituição quase-pupilar] é uma das sobrevivências do direito romano que mudou de carácter, perdeu o sentido e se articula mal com o resto do sistema” ¹⁹. Deste modo, Guilherme de Oliveira

ser declarada judicialmente em vida do descendente substituído, ainda que o seja depois de ter sido ordenada a substituição” (tradução e itálico nossos).

¹⁶ Como refere, no contexto do direito espanhol, Cristina Amunátegui Rodríguez, *ibid.*, pp. 104-105.

¹⁷ Neste sentido, cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra, Coimbra, Editora, 2000, p. 51.

¹⁸ Guilherme de Oliveira, “O testamento — apontamentos”, in Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Família*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 118 e ss, em particular, p. 189.

¹⁹ Recorrendo, novamente às palavras de Guilherme de Oliveira, “O testamento — apontamentos”, cit., p. 188. Já em 1943, Inocêncio Galvão Telles nos

remata dizendo que “aceitando que o substituto sucede ao filho, a capacidade sucessória tem de verificar-se relativamente a este. Aceitando que o substituto herda do testador, a capacidade sucessória relevante é em face do testador”²⁰.

Do mesmo modo, Carvalho Fernandes toca no problema ao afirmar, relativamente à substituição pupilar, que “é, em todo o caso, inadequado o seu tratamento em sede de capacidade testamentária”, visto que “o regime deste instituto situa-o, na verdade, longe de uma *simples* função de suprimento da incapacidade testamentária activa dos menores e dos interditos”, considerações que entende valerem, igualmente, para a substituição quase-pupilar²¹.

dava nota das dificuldades levantadas pela substituição pupilar cuja natureza é semelhante à substituição quase-pupilar (neste sentido. Ensinava o mestre que: “A substituição pupilar remonta aos antigos e surgiu por acção dos costumes: a sua evolução encontra-se em estrita relação com a *pátria potestas*. As primeiras e maiores hesitações respeitam ao seu conceito primitivo. Pergunta-se, na realidade, se o substituto pupilar era então herdeiro do *filiusfamilias* (como se faria mister para qualificar de indirecta a substituição respectiva) ou se era, antes, herdeiro do *pater*. Quanto ao período clássico e pós-clássico, as fontes parecem divergentes, porque, se umas assentam na base de que o substituto sucedia ao *filiusfamilias*, as outras assentam na base oposta. Daqui conclui a quási unanimidade da doutrina que a substituição pupilar não apresentava uma estrutura harmónica. Alguns, e são talvez a maioria, definem-na como nomeação do herdeiro ao *filius*, mas não deixam de notar que certos textos se encontram em dissonância com êste conceito, criando contradições internas no regime do instituto [...]. A explicação corrente das disparidades que se notam nas fontes é de carácter histórico. Originariamente, a substituição pupilar mais não seria do que nomeação de alguém para suceder ao *testador* no caso de o filho, também instituído, falecer *ante pubertatem*. O *paterfamilias* instituído herdeiro o filho, mas, prevendo que êste morresse impúbere, designava, para tal hipótese, outro herdeiro [...], *Esta concepção primitiva desapareceu, dando lugar à concepção oposta, mas deixou traços, que perduraram nas fontes*” (itálico nosso). Mais adiante acrescenta o autor que “*é natural que estas divergências de sistema resultassem do pêso da tradição*. De qualquer maneira, o certo é que, pelo menos a partir da época clássica, a substituição pupilar teve um lugar à parte no quadro sucessório romano, como instituto pelo qual o *paterfamilias* projectando a sua autoridade para além-túmulo, era admitido a fazer testamento em vez do filho, afim de êste não correr o risco de morrer intestado, o que para os romanos constituía verdadeira ignomínia” (itálico nosso) (cfr. *Direito de representação, substituição vulgar e direito de crescer*, edição do autor, Lisboa, 1943, pp. 145-148.

²⁰ *Ibid.*, p. 190.

²¹ Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 457 e 461.

O facto de a substituição quase-pupilar somente poder abranger os bens que o substituído haja adquirido por via do testador, nos termos do artigo 2300.º, leva-nos a concluir que, embora esta substituição configure, maioritariamente, uma forma de suprimento de uma incapacidade, não se visa somente proteger os interesses do acompanhado, mas, igualmente, os interesses dos seus progenitores, não só em proteger o seu filho, mas em determinar o destino do seu património após a morte do mesmo. O instituto em causa permite-lhes evitar que, após a sua morte, no momento da abertura da sucessão do seu filho, os bens que este recebeu através destes sejam atribuídos aos sucessíveis legítimos desse mesmo filho, que não sejam parentes do progenitor ou que nos os mereçam por nunca terem tido qualquer preocupação com o bem-estar do substituído e por não ser previsível que venham a ter no futuro.

Apesar da natureza *sui generis* da figura, não nos parece que a mesma seja de reconduzir à substituição fideicomissária²². Tal visão embateria frontalmente com o facto de o filho não ter de receber os bens do seu progenitor por via voluntária para que a substituição possa funcionar²³; pelo contrário, na substituição fideicomissária é a vontade do autor da sucessão que se encontra por detrás das duas vocações sucessivas, a do fiduciário e a do fideicomissário. Como defender, então, que se trata de uma substituição fideicomissária, se o “fiduciário” adquire os bens por força da lei? Na realidade, a substituição fideicomissária só opera na sucessão testamentária (artigo 2286.º) e na sucessão contratual (artigo 1700.º/2). No sentido de que a substituição quase-pupilar opera ainda que o substituído haja adquirido os bens com base na lei aponta o artigo 2300.º ao reportar-se aos “bens que o substituído haja adquirido por via do testador, embora a título de legítima”, ou seja, podem estar em causa os bens recebidos enquanto

²² No mesmo sentido Galvão Telles defendeu, no domínio do Código de Seabra, a natureza *a se* da substituição pupilar (semelhante, como é sabido, à da substituição quase-pupilar) (cfr. *Direito de representação, substituição vulgar e direito de crescer*, cit., p. 150). Pelo contrário, no *Fuero Nuevo de Derecho Foral de Navarra* a figura é reconduzida à substituição fideicomissária (cfr. a *Ley 227 da Ley Foral n.º 21/2019*, de 4 de abril).

²³ Trata-se de um aspeto salientado por Galvão Telles atendendo à regulamentação da substituição *pupilar* no Código de Seabra, ainda que não no contexto de uma discussão relativamente à sua natureza jurídica (cfr. *ibid.*, p. 150).

sucessível legitimário. A isto se soma o facto de esta expressão sugerir que a sucessão do progenitor já operou quando a substituição produz os seus efeitos ²⁴. Nota-se, ainda, que a referência ao *testador* não significa que os bens objeto da substituição quase-pupilar tenham de ser recebidos por testamento; é *testador* na medida em que se substitui ao filho ao fazer testamento. Por outro lado, não nos parece que a referência aos “bens que o *substituído* haja adquirido por via do *testador*”, no artigo 2300.º, implique necessariamente que não se trata de um fenómeno de representação ²⁵.

Por outro lado, a qualificação da substituição pupilar e da substituição quase-pupilar como um fideicomisso irregular de resíduo não nos parece ser o melhor caminho, atendendo ao facto de o legislador estabelecer claramente uma diferença entre ambos os institutos, regulados que estão em subsecções diferentes do Código Civil. Esta inserção sistemática da substituição pupilar e quase-pupilar numa subsecção autónoma da secção IV relativa às “substituições” parece-nos mais relevante do que o facto de a referida secção agrupar outras duas substituições que operam pelo lado passivo, a saber, a substituição direta e a substituição fideicomissária ²⁶. Outra conclusão no sentido de que se trata de uma única figura traduzir-se-ia na redundância da substituição quase-pupilar, o que é absurdo ²⁷.

²⁴ Como refere Carlos Pamplona Corte-Real, *Curso de Direito das Sucessões*, cit., p. 98.

²⁵ Em sentido contrário se pronuncia Beatriz Medina Vera-Cruz Pinto, defendendo a qualificação da substituição pupilar como uma substituição fideicomissária irregular [cfr., “Natureza jurídica e funcionamento da substituição pupilar”, *RFULLLR*, LXI (2019.2), pp. 279-296, em particular p. 283, disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1Z6k6QK-Q4tZ5eYszWR40KAc1DGClUXak/view?pli=1> (consultado a 13/10/2022)]. A autora salienta que, se se tratasse de um fenómeno de representação, a lei se deveria referir ao menor como “testador” e não como “substituído” e não se deveria reportar ao seu progenitor como “testador”. Aponta também que, da letra do artigo 2297.º, não se retira que o progenitor *se possa substituir* aos filhos na instituição de herdeiros ou nomeação de legatários, visto que o preceito refere somente que o progenitor “tem a faculdade de substituir aos filhos os herdeiros ou legatários que bem lhe aprouver”.

²⁶ Em sentido contrário, mais uma vez, cfr. Beatriz Medina Vera-Cruz Pinto, “Natureza jurídica e funcionamento da substituição pupilar”, cit., p. 284.

²⁷ Trata-se de um argumento utilizado na doutrina espanhola por Cristina Amunátegui Rodríguez, ainda que para defender que a substituição abrange todos os bens

Veja-se, ainda, que, ao contrário da substituição fideicomissária, a substituição quase-pupilar se refere particularmente ao maior acompanhado, o que pode implicar limites à sua capacidade de disposição dos bens *inter vivos*, que no fideicomisso de resíduo é permitida, exigindo-se, no entanto, o consentimento do fideicomissário (artigo 2295.º/1/b e n.º 3), ou a autorização do tribunal, nas condições previstas no artigo 2291.º Por outro lado, os credores pessoais do fiduciário não têm o direito de se pagar pelos bens sujeitos ao fideicomisso, mas somente pelos respetivos frutos (artigo 2292.º), o que se aplica, igualmente, ao fideicomisso de resíduo (artigo 2295.º/3). Pelo contrário, na substituição quase-pupilar semelhante limitação não existe.

A isto acresce que a doutrina espanhola, em que se apoia Guilherme de Oliveira para analisar a hipótese de qualificação do instituto como uma substituição fideicomissária de resíduo, discute especificamente a proximidade entre a substituição quase-pupilar e a substituição fideicomissária *preventiva* de resíduo cuja particularidade reside na possibilidade que se confere ao fiduciário de dispor dos bens *mortis causa* e livremente e que é admitida pela doutrina à luz da autonomia da vontade²⁸. Em Portugal, pelo contrário, a letra do artigo 2295.º/3 é clara no sentido da exclusão desta hipótese. Acresce que o chamamento de uma pessoa ao que restar dos bens aquando da morte do fiduciário priva este último, necessariamente, da faculdade de disposição desses bens por morte. Na realidade, se a instituição do fideicomissário ficasse dependente do facto de o fiduciário não designar outro sucessor, ficaria totalmente dependente do seu arbítrio, o que seria contrário ao carácter pessoal do testamento (artigo 2182.º/1)²⁹.

do incapaz, questão que é discutida na ordem jurídica espanhola como veremos adiante (cfr. o Ponto n.º 4) (cfr. *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., p. 135). Em Portugal, pelo contrário, o artigo 2300.º resolve o problema.

²⁸ Sobre esta discussão no direito espanhol, cfr. de Cristina Amunátegui Rodríguez, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., pp. 149-155.

²⁹ Cfr. Daniel Morais, “Anotação ao artigo 2295.º”, in Cristina Araújo Dias (coordenação), *Código Civil português anotado — Livro V: Direito das Sucessões*, cit., pp. 457-458. A questão foi discutida por João de Castro Mendes no domínio do Código de Seabra, tendo o autor defendido que as regras do artigo 1871.º, § único,

Por outro lado, se a substituição quase-pupilar fosse de qualificar como uma substituição fideicomissária de resíduo também ficaria por explicar a sua caducidade nas situações em que o maior acompanhado deixa de ser incapaz de testar, tendo em conta que estaria em causa a herança do progenitor ³⁰.

Por último, contra a visão que sustentamos também não se pode apontar o artigo 2182.º, que consagra o caráter pessoal do testamento, visto que esta característica deste negócio jurídico, como qualquer outra, pode comportar exceções ³¹. De qualquer forma, denota-se sempre uma preocupação por parte do legislador em restringir o alcance de tais exceções admitidas por lei:

- a) No caso das situações contempladas nas alíneas a) e b) do artigo 2182.º/2, é o testador que delimita o universo de sucessíveis, embora caiba a terceiro a repartição da herança ou do

relativo aos poderes de disposição do fiduciário no fideicomisso de resíduo poderiam ser afastadas por vontade do testador e ampliadas. No entanto, a instituição do fideicomissário não poderia ficar sujeita à condição de o fiduciário não designar outro sucessor, atendendo ao caráter pessoal do testamento [cfr. “Sobre a disponibilidade dos bens em fideicomisso de resíduo”, *O Direito*, n.º 95 (1963), pp. 287-290].

³⁰ Trata-se de um argumento utilizado na doutrina espanhola por Cristina Amunátegui Rodríguez, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., p. 162.

³¹ De modo diverso, na sequência das dúvidas levantadas por Guilherme de Oliveira, Anabela Gonçalves conclui que não nos encontramos perante uma exceção ao caráter pessoal do testamento, na medida em que o progenitor ainda dispõe dos seus próprios bens, como se retira da limitação resultante do artigo 2300.º e atendendo ao caráter lapidar do artigo 2182.º/1 (cfr. “Anotação ao artigo 2190.º”, in Cristina Araújo Dias (coordenação), *Código Civil português anotado — Livro V: Direito das Sucessões*, cit., pp. 280-281). Do mesmo modo, Beatriz Medina Vera-Cruz Pinto salienta a enorme diferença entre as exceções admitidas pelo artigo 2182.º/2 e o alcance que teria a substituição pupilar enquanto exceção ao caráter pessoal do testamento, se se admitisse que se trata de uma forma de suprimento de uma incapacidade para testar (“Natureza jurídica e funcionamento da substituição pupilar”, cit., p. 281). No contexto de uma discussão semelhante no direito espanhol, Cristina Amunátegui Rodríguez segue a mesma linha de raciocínio por nós seguida no texto, salientando que, após a reforma levada a cabo pela *Ley n.º 41/2003*, de 18 de novembro (por sua vez alterada, pela última vez, pela *Ley n.º 8/2021*) se introduziu outra exceção ampla ao caráter pessoal do testamento no artigo 831.º do Código Civil espanhol (cfr. *ibid.*, pp. 132-134).

legado, quando o testador institui ou nomeia uma generalidade de pessoa, ou a nomeação do legatário entre as pessoas por ele determinadas;

- b) Na situação prevista no artigo 2298.º, encontramos-nos, sem dúvida, perante uma exceção mais acentuada ao caráter pessoal do testamento, sendo o seu alcance restringido através da limitação resultante do artigo 2300.º

Tendo em conta que, na substituição quase-pupilar, os interesses dos progenitores também são tidos em conta, entendemos que estes não têm necessariamente de ser acompanhantes para poderem exercer a faculdade de se substituir ao acompanhado na realização do seu testamento, visto que não estamos perante uma forma pura de suprimento de uma incapacidade ³². Tal faculdade não lhes deve, no entanto, ser reconhecida se, antes da maioridade do acompanhado, foram total ou parcialmente inibidos das responsabilidades parentais. Ou seja, basta que os progenitores sejam idóneos (*v. g.* podem ser afastados como acompanhantes somente devido à sua idade, sendo, ainda assim, idóneos) ³³.

³² Neste sentido, cfr. Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, cit., p. 226, nota 543. Em sentido contrário, cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 5.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2022, p. 104.

³³ Embora chegando a uma conclusão diversa no que se refere à natureza jurídica da substituição pupilar (semelhante à da substituição quase-pupilar, como vimos), numa formulação bastante ilustrativa, Beatriz Medina Vera-Cruz Pinto, “Natureza jurídica e funcionamento da substituição pupilar”, cit., pp. 287-289, considera que, na situação contemplada na substituição pupilar, em que uma pessoa falece menor e sem descendentes nem ascendentes, não poderá ser tutelada a vontade do autor da sucessão para efeitos sucessórios, nem se verifica a possibilidade de proteção da família mais próxima. Assim, neste caso em que não se podem cumprir os dois grandes pilares do sistema sucessório (proteção da família e liberdade de disposição por morte), a lei é sensível ao risco de ficar, ainda, frustrada a expectativa reflexa que o testador tivesse no sentido de os seus bens reverterem a favor dos membros da família mais próxima ou das pessoas indicadas por vontade do menor. Para a autora, é a tutela desta expectativa que justifica a atribuição da faculdade prevista no artigo 2297.º. Pelo contrário, tendo havido uma inibição do exercício das responsabilidades parentais, será ilidida a presunção de que o progenitor teria essa expectativa, pelo que a admissibilidade da substituição pupilar e também quase-pupilar (o raciocínio é semelhante) não se justifica. No fundo,

Embora haja posições doutrinárias em sentido contrário, entendemos que a natureza jurídica da substituição quase-pupilar permite concluir que a sobrevivência do cônjuge do maior acompanhado não implica a caducidade da substituição, nomeadamente se tal cônjuge for o acompanhante, em coerência com o que defendemos no parágrafo anterior. Trata-se de um instituto que funciona com uma lógica de troncalidade, ou seja, para além de se procurar proteger o maior acompanhado e suprir uma incapacidade deste, procura-se garantir que os bens ficam no respetivo tronco familiar, recordando o antigo brocardo *paterna paternis, materna maternis*³⁴.

Concluindo, estamos perante um instituto *sui generis*, que assenta numa lógica aparentemente contraditória (sucessão do maior acompanhado? sucessão do progenitor?), no qual os interesses dos progenitores que se substituem ao maior acompanhado assumem algum grau de relevância, embora não o suficiente para que se possa reconduzir a figura a uma substituição fideicomissária irregular, afirmando tratar-se, ainda, da sucessão dos referidos progenitores. Por outro lado, a sua natureza, em certa medida mista, pela conjugação da sucessão do maior acompanhado, com os interesses de um dos seus progenitores, também não permite a sua recondução pura e simples e uma forma de suprimento de uma incapacidade de testar. Neste caso,

tudo se reconduz à idoneidade do progenitor para realizar a substituição a que nos referimos no texto.

³⁴ Trata-se de um regime perfeitamente coerente: assim como a substituição tem de se limitar aos bens recebidos por via do progenitor que designa o substituto (artigo 2300.º), também a sobrevivência de ascendentes ou descendentes ao substituído faz caducar a substituição, embora não a sobrevivência do cônjuge. No mesmo sentido, embora com argumentação diversa baseada na possibilidade de respeitar a legítima do cônjuge ainda que a substituição funcione, cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Sucessões*, cit., p. 50. Também Luís Menezes Leitão adere a esta posição, invocando que não existe nenhum motivo para a caducidade da substituição quase-pupilar quando o maior acompanhado deixa um cônjuge sobrevivente (cfr. *Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 212). Em sentido contrário cfr. Pamplona Corte-Real, para quem, neste caso, “a *ratio* do preceito indicia no sentido da caducidade” (cfr. *Curso de Direito das Sucessões*, cit., p. 98); e Rabindranath Capelo de Sousa, invocando a existência de uma lacuna na lei, atendendo ao estatuto do cônjuge como sucessível legitimário desde 1977 (cfr. *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, cit., p.226, nota 543).

entre a qualificação como substituição fideicomissária e a qualificação como forma de suprimento de uma incapacidade de testar *pura*, é caso para dizer que *tertium datur*: trata-se de uma forma de suprimento de uma incapacidade de testar *impura*, por assim dizer). Toda a formulação legal do instituto aponta neste sentido e prova da sua especificidade, aparentemente mal articulada com o resto do sistema, é a dificuldade de a doutrina o reconduzir a qualquer uma das duas categorias mencionadas. *Um problema diverso, que trataremos adiante, é o de saber se este instituo não deveria ser reformulado, de harmonia com o novo paradigma relativo às pessoas com capacidade diminuída espelhado no regime do maior acompanhado* ³⁵.

III. Embora na substituição quase-pupilar nos encontremos, ainda, perante a sucessão do maior acompanhado e não do seu progenitor, nada impede que a mesma seja realizada formalmente no testamento daquele ³⁶. No entanto, se o maior acompanhado for instituído como herdeiro ou legatário por este, sendo-lhe, depois, designado um substituto, poderá ser difícil distinguir os casos de substituição quase-pupilar dos casos de substituição direta e de substituição fideicomissária. A realização da substituição num ato autónomo tem a vantagem de evitar quaisquer dúvidas quanto à sua natureza ³⁷.

Para efeitos do cumprimento da obrigação resultante do artigo 187.º/1/a do Código do Notariado — nos termos do qual os notários remetem à

³⁵ Cfr. o Ponto n.º 5.

³⁶ Aparentemente neste sentido, cfr. Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, cit., p. 224, nota 532.

³⁷ Sobre esta questão no direito espanhol, cfr. Cristina Amunátegui Rodríguez, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., pp. 184-187. A autora aponta que a doutrina espanhola maioritária se pronuncia no sentido da existência de um só testamento relativo a duas sucessões diferentes. Nesta perspetiva, seguida também pela autora, ambas as disposições são incindíveis, o que significa que existe entre elas uma relação de dependência; deste modo, a nulidade da disposição por falta de capacidade do progenitor implica que a substituição “exemplar” não produz os seus efeitos (*ibid.*, pp. 185-186). A autora considera possível que se recorra a dois testamentos separados, um para instituir o incapaz e outro para realizar a substituição quase-pupilar, embora existam alguns riscos se os atos não forem realizados de forma adequada, atendendo aos efeitos revogatórios inerentes à outorga de um novo testamento (*ibid.*, p. 186, nota 302).

Conservatórias dos Registos Centrais, a informação com a identificação, designadamente dos testamentos públicos, dos instrumentos de aprovação, depósito ou abertura de testamentos cerrados e dos testamentos internacionais — na substituição quase-pupilar, salvo melhor opinião, os notários deverão informar a Conservatória dos Registos Centrais da existência de dois testamentos diversos, de forma a que, quando se abrir a sucessão do maior acompanhado, se torne evidente que este não morreu intestado ³⁸.

IV. Por último, diga-se que a natureza *sui generis* da substituição não implica, à luz do artigo 2297.º, que o progenitor não possa recorrer a encargos e condições na instituição de herdeiro ou na nomeação de legatário em que se substitui ao maior acompanhado. Claro que esta faculdade deverá sofrer alguns limites, como aquele que se refere à impossibilidade, na minha opinião, de o progenitor realizar um legado por conta da legítima (artigo 2163.º *a contrario*) ou um legado em substituição da legítima (artigo 2165.º) em benefício do cônjuge do maior acompanhado, visto que estes institutos nos parecem extravasar a finalidade da substituição ³⁹.

³⁸ Neste sentido se pronuncia a doutrina espanhola (cfr. Cristina Amunátegui Rodríguez, *ibid.*, pp. 186-187. De qualquer forma, apesar de ser possível obter a informação acerca da existência de um testamento, através da Conservatória dos Registos Centrais, a lei não exige a apresentação de uma certidão sobre a existência de um testamento, escritura de renúncia ou de repúdio de herança ou legado para a prática de quaisquer trâmites da sucessão *mortis causa*. Deste modo, a informação prestada para os efeitos devidos de que o *de cuius* não deixou testamento terá uma natureza meramente declarativa. Só quem alega a existência de um testamento terá de provar a sua existência recorrendo, para tanto, à referida Conservatória. Isto significa que o sistema jurídico permite que seja participada a transmissão gratuita para efeitos de imposto de selo por óbito à Autoridade Tributária, bem como realizada a habilitação de herdeiros e a partilha da herança, sem que sejam conhecidas as disposições testamentárias realizadas pelo autor da sucessão. Trata-se de uma situação incompreensível, devidamente criticada por Diana Leiras, “Repensar o carácter não obrigatório da certidão sobre a existência do testamento para a tramitação da sucessão”, *Observatório Almedina*, 14/07/2021, disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/07/14/repensar-o-carater-nao-obrigatorio-da-certidao-sobre-a-existencia-de-testamento-para-a-tramitacao-da-sucessao/> (consultado a 07/11/2022).

³⁹ Posição que manifestámos em “Anotação ao artigo 2300.º”, in Cristina Araújo Dias (coordenação), *Código Civil português anotado — Livro V: Direito das Sucessões*,

3. UM EXEMPLO CONCRETO: O ACÓRDÃO DO TRL DE 13/01/2022

I. A substituição quase-pupilar como forma de proteção do maior acompanhado ganha nova importância atualmente, o que surge com a clareza no acórdão do TRL, de 13/01/2022, Proc.º n.º 4106/11.2TCL-RS-B.L1-8 (Relatora: Cristina Lourenço) ⁴⁰, não tanto pela questão jurídica analisada, mas pelo respetivo enquadramento factual.

Estava em causa a possibilidade de ser concedida autorização ao acompanhante para, nessa qualidade, outorgar testamento em representação do maior acompanhado, relativamente a bens/direitos de que este é titular.

O maior acompanhado era co-herdeiro, na qualidade de filho, na herança aberta por óbito de sua mãe, falecida em 06/12/2012, juntamente com o seu pai, acompanhante, tendo tido direito a ½ da herança e não existindo qualquer passivo. À data, o acompanhante era o único herdeiro legitimário do maior acompanhado

Por sentença proferida em 21/03/2013, transitada em julgado em 2/05/2013, foi decretada a interdição definitiva, por anomalia psíquica, do maior acompanhado em causa, tendo sido fixada como data do início da incapacidade o dia 17/01/1998 e nomeado como seu tutor, o seu pai, ora requerente.

Nessa decisão foi dado como provado que o requerido (maior acompanhado) nasceu no dia 17/01/1988, filho do requerente e de Paulina e sofre de paralisia cerebral espástica, desde o seu nascimento, com uma incapacidade motora grave e permanente, deslocando-se numa cadeira de rodas, que não controla. Também foi dado como provado que este sofre de epilepsia, além de um atraso cognitivo severo; por outro lado, não fala e não sabe ler, nem escrever. A isto acresce que não compreende o que lhe é solicitado, não conhece o valor do dinheiro, não consegue distinguir as estações do ano e não tem orientação espaço-temporal.

cit., pp. 468-469. Há autores na doutrina espanhola que entendem que a substituição “exemplar” não permite ao progenitor recorrer a encargos ou condições, posição criticada por Cristina Amunátegui Rodríguez, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., p. 204.

⁴⁰ Disponível em: www.dgsi.pt.

O tribunal decidiu que:

1. A Lei n.º 49/2018 de 14/08, que criou o regime jurídico do maior acompanhado e eliminou os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4344, de 25 de novembro de 1966, determinou no seu art. 26.º, a aplicação imediata da nova lei aos processos de interdição (n.º 1); estabeleceu que as interdições e inabilitações já decretadas passavam a estar sujeitas ao regime do maior acompanhado, com a atribuição ao acompanhante de poderes gerais de representação (n.º 4); manteve a determinação dos atos que o acompanhado não pode praticar por si ou só por si, prevendo a possibilidade de tal determinação ser revista (n.os 4, 6 e 8) e definiu que os tutores passavam a ter o estatuto de acompanhantes.

2. O maior incapaz mantém-se impedido de exercer os direitos que ficou impedido de praticar em consequência da declaração de interdição, designadamente, o direito de testar (*vide* art. 2189.º, al. *b*), do CC na redação anterior à Lei 49/2018, de 14/08), sem prejuízo da poder ser dirigido requerimento fundamentado ao juiz, pedindo a autorização para a prática livre e direta do ato, e/ou de ser suscitada a revisão do acompanhamento anteriormente decretado à luz do regime atual (art. 26.º n.os 5, e 8, respetivamente da sobredita Lei).

3. O direito a testar insere-se na categoria dos direitos pessoais, sendo, como tal insuscetível de ser praticado por terceiros, nomeadamente pelo acompanhante em representação do maior acompanhado, titular dos direitos e bens a testar, não podendo, por conseguinte, ser deferido o pedido de autorização do acompanhante, para testar em nome daquele, considerando o disposto nos arts. 2179.º, n.º 1, 2181.º, e 2182.º, e bem assim, o disposto nos arts. 145.º, 1938.º, n.º 1 e 1889.º, n.º 1, todos do mesmo Código”.

No caso concreto, o requerente intentou uma ação de autorização judicial para a realização do testamento enquanto representante do maior acompanhado, invocando o disposto no artigo 26.º/5 da Lei n.º 49/2018, que prevê a possibilidade de o juiz autorizar a prática de atos pessoais, direta e livremente, mediante requerimento justificado. No entanto, como resulta claramente da respetiva letra, o preceito reporta-se à autorização

para a prática de atos pelo próprio acompanhado e não pelo acompanhante, como não deixou de considerar o tribunal.

Por outro lado, ao pedido em causa se oporia o caráter pessoal do testamento, já mencionado, previsto no artigo 2182.º/1 ⁴¹. É, igualmente, devido a este caráter pessoal que o direito de testar não consta do elenco dos atos relativamente aos quais o acompanhante deve solicitar prévia autorização judicial, em representação do acompanhado, o que retira de uma leitura conjugada dos artigos 145.º, 1938.º/1 e 1889.º/1.

A conclusão, por isso, não poderia ser outra senão a da impossibilidade de o tribunal autorizar o requerente a outorgar testamento em representação do filho/acompanhado. Veremos adiante o que levou, no caso concreto, o requerente a fazer semelhante pedido.

Para sustentar a sua conclusão no acórdão em análise, o TRL invocou a sua decisão de 15/12/2020, Proc. n.º 19055/18.5T8SNT-A.L1-7, (Relatora: Dina Monteiro), onde se concluiu que:

«I. Reconhecida judicialmente a incapacidade da Requerida, com a prolação de sentença de interdição (agora, acompanhamento de maior), em que lhe foi aplicada uma medida de substituição da sua vontade, nomeadamente, para o exercício dos seus direitos pessoais, e fixada a data em que as medidas de acompanhamento se tornaram convenientes, ali se declarando também a proibição de a mesma testar a partir daquela data, apenas se têm como válidos os actos por aquela praticados anteriormente à fixação de tal medida.

II. Tendo a Requerida anteriormente à data da fixação desta incapacidade, ou seja, quando se encontrava no pleno exercício dos seus direitos, outorgado testamento e disposição de última vontade, em que declarou o destino que pretendia dar aos seus bens, nada nos pode fazer supor que a vontade da Requerida, se pudesse ser hoje expressa e validamente manifestada, fosse distinta daquela que validamente manifestou e que perdurou durante mais de quarenta anos.

⁴¹ O preceito dita que: “o testamento é ato pessoal, insuscetível de ser feito por meio de representação ou de ficar dependente do arbítrio de outrem, quer pelo que toca à instituição de herdeiros ou nomeação de legatários, quer pelo que respeita ao objeto da herança ou do legado, quer pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento das suas disposições”.

III. Por se tratar de acto pessoalíssimo e “insuscetível de ser exercido por terceiros, mesmo que pelo representante do titular dos bens e direitos a testar”, não é legalmente admissível o deferimento de autorização judicial, apresentada pelo acompanhante de um maior acompanhado, para testar em nome daquele — artigos 2179.º, n.º 1, 2181.º e 2182.º, n.º 1, do Código Civil».

II. Para obter a autorização para outorgar testamento em representação do filho, o requerente alegou que o maior acompanhado reside habitualmente numa instituição onde lhe são prestados todos os cuidados de que necessita, mediante o pagamento de uma quantia mensal. Sendo este, por morte da sua mãe, herdeiro, conjuntamente com o seu pai e tutor, do património por ela deixado, composto por prédios, o requerente pretendia assegurar o futuro do filho, através de pessoas de confiança, deixando o seu património a quem sabe que vai tratar dele com dedicação.

Os beneficiários do testamento que o requerente pretendia fazer em seu nome próprio e em nome do seu filho seriam dois sobrinhos, um dos quais vogal do conselho de família, que beneficiariam da parte que lhe cabe no património deixado pela sua esposa e que detém com o acompanhado em comum, ainda se encontrando a herança indivisa. No entanto, neste intuito, o acompanhante (requerente) encontrava-se limitado à quota disponível, visto que o acompanhado é seu sucessível legitimário não podendo ser deserdado a não ser com base num dos fundamentos previstos no artigo 2166.º/1.

De qualquer forma, segundo o requerente, a realização de um testamento que tivesse por objeto a totalidade dos bens que pertenciam ao património da mãe do acompanhado em nada o prejudicaria, nem aos seus familiares próximos, visto que este nunca casou e não teve filhos e nunca poderá gozar de tais direitos por falta de capacidade natural para o efeito.

Assim, o acompanhante pretendia ser autorizado a outorgar o testamento em nome do filho, maior acompanhado, aos mesmos legatários a quem pretendia deixar a sua quota disponível nas seguintes condições:

- a) Que o testamento só teria efeito caso o testador (maior acompanhado) falecesse depois do seu progenitor;

- b) Que, a verificar-se tal situação, a deixa testamentária ficaria, ainda assim, “dependente do facto dos legatários cuidarem do testador, prestando-lhe assistência médica e medicamentosa e alimentos, mantendo-o na instituição onde ora se encontra, tendo carácter resolutivo caso tais cuidados não lhe sejam prestados até à sua morte”.

Verifica-se que estamos perante uma situação em que o acompanhante poderia ter recorrido à substituição quase-pupilar para assegurar a proteção do maior acompanhado após a sua morte. Seguiu, pelo contrário, a estranha via de um pedido de autorização judicial para se substituir ao filho na realização do testamento quando não precisava de o fazer, provavelmente por desconhecimento deste instituto, cuja importância e potencial no âmbito da proteção do maior acompanhado resulta claramente da situação descrita.

Ou seja, embora na substituição quase-pupilar também sejam atendíveis os interesses dos progenitores, este instituto não só mantém todo o seu interesse enquanto mecanismo de proteção do maior acompanhado, visando garantir-se os cuidados de que este venha a necessitar no futuro quando os seus progenitores já não forem vivos, mas ganha ainda um interesse redobrado, atendendo ao aumento da esperança média de vida que implica que o maior acompanhado poderá sobreviver longos anos aos seus progenitores ⁴². Por legítimos que

⁴² De modo semelhante ao acórdão que analisámos neste ponto, veja-se o caso decidido pelo Tribunal Supremo espanhol, a 14/04/2011, decisão n.º 289/2011, (Ponente: Xavier O’callaghan Muñoz), em que os substitutos foram instituídos como herdeiros na condição de auxiliarem o filho da testadora prestando-lhe assistência e alimentos durante toda a sua vida. A decisão encontra-se disponível em: <https://vlex.es/vid/-273729179> (consultado a 18/10/2022). Na doutrina espanhola, Cristina Amunátegui Rodríguez salienta o papel do Direito Sucessório na prossecução da finalidade de proteção das pessoas com capacidade diminuída, que constitui uma das grandes preocupações do legislador atual, em particular, para garantir essa proteção após a morte dos ascendentes, que são normalmente quem assegura o seu cuidado. Segundo a autora, nos casos discutidos perante os tribunais espanhóis, denota-se uma preocupação em utilizar a substituição quase-pupilar como forma de proteger os descendentes e não de prosseguir finalidades perversas que não merecem tutela jurídica (cfr. *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., pp. 17-18). Mais especificamente para uma resenha

possam ser outros interesses dos ascendentes numa lógica de troncalidade, *o seu interesse primeiro será, como ficou referido, seguramente garantir cuidados ao seu descendente*, evitando que os bens deste venham a ser atribuídas a pessoas que não tenham qualquer preocupação com o mesmo.

Havendo sempre o risco de deixar a proteção do maior acompanhado nas mãos daqueles que vão beneficiar patrimonialmente com a sua morte, como forma de garantir o cumprimento da referida condição testamentária de os herdeiros ou os legatários cuidarem do maior acompanhado, o progenitor poderá sempre nomear um executor testamentário, que ficaria encarregado de vigiar o cumprimento do testamento (artigo 2320.º).

4. A SUBSTITUIÇÃO “EXEMPLAR” (QUASE-PUPILAR) NO DIREITO ESPANHOL E A SUA RECENTE REVOGAÇÃO

I. Ao contrário do que acontece nas ordens jurídica italiana e francesa, o direito comum espanhol admitia a substituição quase-pupilar no artigo 776.º do respetivo Código Civil. O preceito dispunha que: “o ascendente pode nomear substituto ao descendente maior de catorze anos que, nos termos da lei, tenha sido declarado incapaz por alienação mental [*enajenación mental*]. A substituição de que fala o

dos diversos exemplos que resultam da jurisprudência espanhola, cfr. Cristina Amunátegui Rodríguez, *ibid.*, pp. 19-22. Teodora F. Torres García/María Paz García Rubio também salientam os desafios que o Direito Sucessório enfrenta hoje, no que se refere ao testamento da pessoa com incapacidade de testar, bem como aos direitos sucessórios dos cuidadores do testador. As autoras salientam que existe uma desconfiança quanto às disposições testamentária em favor destes últimos, procurando-se um equilíbrio nesse âmbito, como acontece na artigo 412-5/2 do Código Civil da Catalunha que determina que as pessoas físicas ou jurídicas e os cuidadores que dependem das mesmas e que tenham prestado serviços de assistência, residência ou de natureza análoga, ao autor da sucessão em virtude de uma relação contratual só podem ser beneficiados na sucessão deste através de um *testamento notarial aberto* ou de um pacto sucessório (cfr. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2014, pp. 59-78 e 178 e ss).

artigo anterior ficará sem efeito pelo testamento do incapaz feito durante um intervalo de lucidez ou depois de este ter recuperado a razão” (tradução nossa). Verifica-se, assim, que o instituto tinha algumas particularidades relativamente à substituição quase-pupilar regulada no direito português, especialmente no que se refere ao facto de: *a)* qualquer ascendente poder recorrer a ela ⁴³; *b)* nada se referir quando ao facto de este não estar total ou parcialmente inibido das responsabilidades parentais; *c)* a instituição não caducar quando sobrevivam ascendentes ou descendentes ao substituído; *d)* nada se referir quanto aos bens que podem estar abrangidos.

No entanto, o preceito foi revogado pelo artigo 2.37 da *Ley n.º 8/2021*, de 2 de junho, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Esta *Ley* entrou em vigor a 3/09/2021.

Nos termos da disposição transitória quarta da *Ley n.º 8/2021*, nas situações em que foi realizada uma substituição nos termos do artigo 776.º que deva produzir os seus efeitos após a entrada em vigor da nova lei, a mesma deixará de ser quase-pupilar, e será considerada uma substituição fideicomissária de resíduo relativamente aos bens que o substituído recebeu do testador. *Deste modo, tais substituições quase-pupilares foram reconduzidas à substituição fideicomissária de resíduo*, constatação que não deixa de ser interessante perante as dúvidas relacionadas com a natureza da substituição quase-pupilar de que demos nota.

II. O regime jurídico da figura levantava diversas dúvidas na doutrina e na jurisprudência, em particular relacionadas com a sua natureza e com o seu âmbito. Na decisão do Tribunal Supremo espanhol de 13/04/2011, n.º 289/2011, já referida em nota anterior, o tribunal

⁴³ À semelhança do que ocorria no Código de Seabra, cujo artigo 1859.º relativo à substituição pupilar (aplicável à substituição quase-pupilar *ex vi* do artigo 1861.º) dispunha o seguinte: “O testador, que tiver *filhos, ou outros descendentes* debaixo do pátrio poder, os quais não hajam de ficar por morte do testador sob poder de outro ascendente poderá atribuir-lhes os herdeiros e os legatários que bem lhe parecer, para o caso em que os ditos filhos ou outros descendentes faleçam, antes que perfaçam catorze anos de idade, sem distinção de sexo: é o que se chama substituição pupilar” (itálico).

considerou que a substituição “exemplar” *compreende todo o património do substituído incapacitado e constitui uma exceção ao caráter pessoalíssimo do testamento, pelo que se trata da herança do incapaz e não do progenitor*. O tribunal salientou que a teleologia do instituto é evitar que seja aberta a sucessão intestada do incapaz, o que é coerente com a conclusão de que a substituição abrange a totalidade dos seus bens e não somente os bens que este receba do progenitor que realiza a substituição ⁴⁴. O seguinte excerto da decisão é elucidativo:

“Defende-se que esta [a substituição quase-pupilar] se limita aos bens que a progenitora [*sustituyente*] D.^a Berta transmitiu ao substituído Don Segismundo, únicos [bens] que os substitutos, os demandados, recebem. É a teoria restritiva que se havia sustentado no passado e que só uma decisão (que, sendo única, não faz jurisprudência), manteve a 20 de março de 1967”.

Não é assim. A substituição tanto pupilar quanto exemplar, compreende todo o património do substituído — filho menor ou incapaz — e não somente o que recebeu do progenitor [*sustituyente*], o que poderia ser feito simplesmente por substituição fideicomissária.

⁴⁴ Neste sentido quanto à teleologia do instituto, cfr. M.^a Fernanda Moretón Sanz, “La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados”, cit., p. 88. Em sentido contrário se tinha pronunciado a DGRN, na sua Resolução de 6/02/2003, relativamente ao âmbito da substituição, que entendeu dever apenas abranger os bens recebidos pelo incapaz através do progenitor que recorre à substituição. De acordo com a DGRN, o Código Civil espanhol ter-se-ia afastado da lógica romanista que via na substituição quase-pupilar uma forma de evitar que o filho morresse sem testamento. Esta linha de raciocínio aponta para a qualificação da substituição quase-pupilar como uma substituição fideicomissária de resíduo (cfr. BOE, n.º 61, de 12/03/2003, pp. 9668-9669, disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-5132 consultado a 18/10/2022). Para uma análise da discussão no âmbito da doutrina espanhola, cfr. Cristina Amunátegui Rodríguez, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., pp. 115-121. A autora salienta que na doutrina existe um certo consenso quanto à teleologia do instituto de evitar a abertura da sucessão intestada (cfr. *ibid.*, p. 124). Para uma referência à jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol sobre o âmbito e extensão da substituição exemplar, cfr. *id.*, *ibid.*, pp. 171-181.

O alcance amplo do conteúdo da substituição exemplar foi sustentado, em primeiro lugar, pela decisão de 6 de fevereiro de 1907, que é reiterada pela de 26 de maio de 1997, que diz:

“Esta *Sala* declarou desde o julgamento de 6 de fevereiro de 1907 que a substituição exemplar consiste na nomeação do herdeiro do incapaz pelo progenitor [*sustituyente*] e tem por finalidade evitar a sucessão intestada daquele...”.

A decisão anterior levanta diretamente a questão do conteúdo e é favorável ao entendimento amplo, que inclui todos os bens do incapaz substituído. O que a sentença de 7 de novembro de 2008 reiterou, colocando o problema nestes termos:

“O núcleo central do mesmo reside em saber se, na substituição exemplar, o ascendente faz testamento pelo incapaz substituído, pelo que os substitutos designados por aquele herdam do referido substituído, ou se herdam do ascendente relativamente aos bens que deixa ao incapaz substituído”.

E resolve-o nos mesmo termos que a decisão anterior, de 26 de maio de 1997, para a qual remete e afirma que inclui todo o património do substituído e, deste modo, os substitutos herdam deste e não do ascendente (*sustituyente*)» (tradução nossa).

De facto, na referida decisão, de 7/11/2008, n.º 1016/2008 (Ponente: Antonio Gullon Ballesteros), o Supremo Tribunal tinha afirmado que:

“A substituição exemplar ordenada por D. Carlos Alberto significa que dispôs por testamento em vez do substituído, pelo que os substitutos herdaram deste, e não do referido D. Carlos Alberto, e por isso a autora foi intencionalmente preterida, pois, ainda que a tenha instituído como herdeira universal, na partilha testamentária que fez no mesmo testamento, não lhe atribuiu nenhum bem, e aos outros irmãos sim, também instituídos herdeiros universais” (tradução nossa) ⁴⁵.

⁴⁵ A decisão encontra-se disponível em: <https://vlex.es/vid/-50694156> (consultado a 18/10/2022).

III. Ainda que a revogação da substituição quase-pupilar no direito espanhol pareça apontar no sentido de que o instituto já não tem qualquer relevância na sociedade atual, esta ideia, errada a nosso ver, deve ser lida no contexto do ordenamento jurídico espanhol, e das numerosas medidas que foram consagradas no mesmo para a proteção da pessoa com *discapacidad* ⁴⁶. Acresce que tal revogação não teve lugar sem hesitações, visto que não corresponde ao que resultava do Projeto de Lei n.º 121/000027 (*Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*) ⁴⁷. De acordo com este projeto, o artigo 776.º do Código Civil espanhol passaria a ter a seguinte redação:

“1. O ascendente pode nomear um substituto ao descendente sujeito a curatela representativa [*curatela representativa*], embora a substituição seja ineficaz se o descendente tiver outorgado um testamento válido, antes ou depois da serem decretadas as medidas de apoio, ou se estas tiverem ficado sem efeito antes do seu falecimento.

2. O ascendente deverá ter em conta a vontade, desejos e preferências do substituído.

3. A substituição exemplar compreenderá à totalidade dos bens do substituído.

4. No caso em que vários ascendentes tiverem feito uso da substituição, dar-se-á preferência à disposição realizada pelo ascendente do falecido de grau mais próximo. Se forem do mesmo grau, atender-se-á às disposições de todos se forem compatíveis. Se não o forem, prevalecerá a de cada um relativamente ao que tiver deixado ao descendente, e o resto entender-se-á atribuído proporcionalmente” (tradução nossa).

O projeto foi objeto de críticas por parte dos *Registradores* (conservadores do registo) espanhóis: por um lado, na medida em que não se incluía

⁴⁶ Utilizando a terminologia adotada pelo legislador espanhol.

⁴⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Série A, n.º 27-1, de 17/07/2020, pp. 1 e ss, disponível em: <file:///D:/DTO%20SUC/PALESTRAS/CONF%20MAIOR%20ACOMPANHADO/ANTEPROJETO%20ESPANHOL%20COM%20ALTERA%C3%87%-C3%83O%20AO%20ART%20776%20CC.PDF> (consultado a 19/10/2022).

na redação do preceito uma referência expressa à ineficácia da substituição pelo facto de o substituto não cumprir a obrigação de cuidar e proteger o substituído até à sua morte; por outro lado, a referência à “vontade” do substituído parecia um pouco absurda, tendo em conta que a substituição surge, precisamente, porque este não tem uma vontade apta para fazer testamento, pois, se tivesse, seria ele próprio a fazê-lo. Nesse sentido, seria mais adequada uma referência aos “desejos, preferências, percurso de vida e circunstâncias pessoais do substituído”⁴⁸.

De qualquer forma, como veremos, a conclusão dos *Registadores* espanhóis foi a de que a figura mantém o seu interesse, apesar da existência na ordem jurídica espanhola de outros institutos que podem cumprir uma função semelhante à substituição quase-pupilar.

IV. Contra a manutenção da figura, referem tais *Registadores*, poder-se-iam invocar-se diversos argumentos⁴⁹.

Poder-se-ia invocar que a mesma se traduz numa exceção ao carácter pessoal do testamento, consagrado no artigo 670.º do Código Civil espanhol, ao que acresce que a mesma chocaria frontalmente com o artigo 12.º da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, que tem por epígrafe “reconhecimento igual perante a lei”, nomeadamente em matéria de capacidade, como determina o n.º 2 do preceito. Deste modo, se se passar a presumir que todas as pessoas têm capacidade para testar, desapareceria um dos fundamentos para a admissibilidade da figura. A isto, soma-se, ainda, o facto de serem escassos

⁴⁸ Cfr. o interessante texto de Alberto Muñoz Calvo (*Registador* em Madrid), intitulado: “La sustitución ejemplar en el Anteproyecto de Ley sobre Discapacidad”, de 08/03/2020, disponível em: [https://www.notariosyregistadores.com/web/normas/futuras-normas/la-sustitucion-ejemplar-en-el-anteproyecto-de-ley-sobre-discapacidad/\(consultado a 19/10/2022\)](https://www.notariosyregistadores.com/web/normas/futuras-normas/la-sustitucion-ejemplar-en-el-anteproyecto-de-ley-sobre-discapacidad/(consultado a 19/10/2022)).

⁴⁹ Sobre este ponto, cfr. Alberto Muñoz Calvo, “La sustitución ejemplar...”, cit., sob os títulos: “Imposibilidad de justificación de la sustitución ejemplar a tenor de la Convención de Nueva York”; “El carácter personalísimo del testamento”; “Apriorismo derivado de la Convención de Nueva York: capacidad intrínseca de toda persona para testar. Similitud con el derecho de voto”; “Escasos referentes en el derecho comparado de esta antigua institución”; “La utilidad de la sustitución ejemplar se diluye en la práctica por la existencia de otras instituciones legales”; “La posibilidad de un uso torticero de la sustitución ejemplar dado el juego amplio de la voluntad des ascendiente según la regulación futura prevista”.

os ordenamentos jurídicos que admitem este instituto, oriundo do direito romano e admitido por se considerar uma ignominia falecer intestado ⁵⁰. Finalmente, poder-se-ia, ainda, invocar que a relevância da substituição quase-pupilar se dilui pela existência de outros institutos que cumprem a mesma função no direito espanhol ^{51 52}.

Na prática, nenhuma razão haveria para se considerar negativo o facto de alguém falecer sem testamento. Por outro lado, a prática mostra, ainda, que na substituição quase-pupilar o mais usual é que os substituídos sejam designados de entre as pessoas que seriam chamadas na ausência de testamento, sendo normal que o testador procure, de entre essas pessoas, aquelas que se encontram em melhor posição de cuidar do substituído. De todo o modo, o artigo 756.º/7 do Código Civil espanhol, introduzido pela *Ley* n.º 41/2003, de 18 de novembro, determina que são incapazes de suceder por motivo de indignidade, as pessoas com direito à herança que “não prestaram as atenções devidas” (*non le hubieren prestado las atenciones debidas*) a uma pessoa com *discapacidad*, se estiver em causa a sucessão desta. Tais “atenções” são de reconduzir ao conteúdo da obrigação de alimentos, incluindo o sustento, a habitação, o vestuário e a assistência médica (artigos 142.º e 146.º *ex vi* do artigo 756.º/7). Assim garante-se que só os herdeiros

⁵⁰ Cristina Amunátegui Rodríguez, entende que o facto de poucos ordenamentos jurídicos admitirem a substituição quase-pupilar constitui um argumento pouco decisivo, visto que isso depende da evolução histórica desses ordenamentos. Por outro lado, a autora salienta que a figura se mantém em Portugal (cfr. *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., p. 127).

⁵¹ Com base em alguns dos argumentos referidos Cristina Amunátegui Rodríguez entende que a substituição pupilar está ultrapassada, embora saliente que a substituição “exemplar” renasce hoje, tendo em conta as regras de proteção de pessoas com *discapacidad*, nomeadamente a nível supranacional (cfr. *ibid.*, p. 38). Por outro lado, segundo a autora, este instituto é mais utilizado na prática do que as novas figuras que resultaram da reforma de 2003 no direito espanhol e que encontraram uma escassa resposta social desde que foram introduzidas (*ibid.*, p. 231). *Embora concordemos com a renovação da importância da substituição quase-pupilar, manifestamos as nossas reservas quanto à afirmação do carácter ultrapassado da substituição pupilar.*

⁵² Para uma panorâmica do regime das pessoas com *discapacidad* como beneficiárias de institutos de proteção *mortis causa* no direito espanhol, cfr. Cristina Amunátegui Rodríguez, *ibid.*, pp. 53-62).

ab intestato que se preocuparam efetivamente com a pessoa com *discapacidad*, serão chamados à sua sucessão.

Se estiver em causa uma pessoa com *discapacidad* para fazer testamento, é provável que o seu património seja constituído por atribuições a título gratuito, tais como doações e atribuições ao património protegido ⁵³, legados e heranças, do que com os seus ganhos. Tais atribuições são bastante flexíveis para o disponente determinar o destino dos bens após a morte do incapaz, sem necessidade de recorrer à substituição quase-pupilar e com efeitos semelhantes. Tal é o caso da substituição fideicomissária, que, atualmente, pode incidir sobre a própria legítima dos irmãos do filho com *discapacidad*.

De facto, artigo 808.º do Código Civil espanhol permite ao testador dispor da legítima de alguns dos seus filhos em benefício de outros que se encontrem em situação de *discapacidad*. Salvo indicação em contrário do testador, os bens que estes últimos recebem desta forma ficarão onerados com uma substituição fideicomissária de resíduo em benefício dos primeiro e esses filhos com *discapaciad* não os poderão alienar. Nas doações e atribuições ao património protegido, o disponente também pode determinar o destino dos seus bens após a morte da pessoa com *discapacidad*, nomeadamente através de uma cláusula de reversão ⁵⁴.

Ainda contra a substituição quase-pupilar na ordem jurídica espanhola se poderia invocar a possibilidade de ser feito um uso inadequado da mesma, atendendo aos termos amplos em que é admitida. Na realidade, o ascendente poderá substituir ao descendente quem lhe aprouver, ainda que tal nomeação tenha somente em conta os interesses do

⁵³ O referido *patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, foi introduzido pela *Ley n.º 41/2003*, já referida.

⁵⁴ Cristina Amunátegui Rodríguez salienta, no entanto, diversas diferenças entre a substituição “exemplar” e o instituto previsto no artigo 808.º, nomeadamente quanto ao seu âmbito e porque a nova substituição fideicomissária admitida no preceito indicado é indiferente à possibilidade de o incapaz poder fazer um testamento num intervalo de lucidez. Acrescem as dificuldades que a doutrina aponta pelo facto de a substituição incidir na legítima dos irmãos do incapaz, o que pode implicar conflitos e levar a pensar se não será “pior o remédio do que a doença”, (cfr. *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., p. 167).

testador e não do substituído. Desta forma, “não pode presumir-se, permita-se o tom irônico, que a bondade natural do ser humano vá assegurar sempre que a escolha do substituto pelo ascendente se realize somente para salvaguardar os interesses e bem-estar da pessoa com *discapacidad*” e isto sem qualquer intuito de prejudicar as expectativas legítimas de umas pessoas, beneficiando outras, ainda que se possa equacionar a possibilidade de recorrer ao abuso de direito numa situação semelhante ⁵⁵.

V. Pese embora todos os argumentos referidos, entendem os *Registadores*, com sólido apoio no doutrina, que ainda se pode sustentar a relevância da substituição quase-pupilar no direito espanhol. Neste sentido, pode apontar-se que, após a *Convención sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, o fundamento tradicional apontado para o instituto de evitar a sucessão intestada é demasiado simplista e até discriminatório, encontrando-se superado por não atender aos interesses da pessoa com *discapacidad*. Basta ter em atenção que morrer intestado não pode ser visto como um mal em si mesmo e tendo em conta a proteção que resulta do referido artigo 756.º/7 em matéria de indignidade sucessória. *Assim, o fundamento de um instituto tão excepcional quanto a substituição quase-pupilar terá de ser unicamente a proteção da pessoa com discapacidad, evitando a abertura da sucessão intestada quando daí possam resultar consequências de alguma forma prejudiciais ou até injustas para a pessoa incapaz. A figura continua a ser particularmente relevante para impelir certas pessoas*

⁵⁵ As palavras são de Alberro Muñoz Calvo, “La sustitución ejemplar...”, cit., sob o título: “La posibilidad de un uso torticeiro de la sustitución ejemplar dado el juego amplio de la voluntad des ascendiente según la regulación futura prevista”. O autor conclui, no entanto, mais adiante, que seria muito difícil invocar uma situação de abuso de direito neste caso, na medida em que a própria lei concede ao ascendente a faculdade de recorrer à substituição quase-pupilar de uma forma absoluta (cfr. no texto o título: “La causa de la sustitución debe tener reflejo expreso en la regulación del tipo legal”). Pelo contrário, Cristina Amunátegui Rodríguez entende que o recurso ao abuso de direito é possível sempre que o ascendente prive os herdeiros intestados do incapaz dos bens deste por mero capricho ou por vontade de o prejudicar, e não com o intuito de garantir o cuidado e a proteção do incapaz (cfr. *ibid.*, pp. 228-229).

a cuidar do incapaz^{56 57}. Para garantir que a figura cumpre esta função, dever-se-ia incluir na redação do preceito uma referência expressa à ineficácia da substituição pelo facto de o substituto não cumprir a obrigação de cuidar e proteger o substituído até à sua morte⁵⁸.

⁵⁶ Como sustenta, Albero Muñoz Calvo, “La sustitución ejemplar...”, cit., sob o título: “Una medida de protección de la persona ante la tessitura de que la sucesión intestada no asegura sempre el mejor resultado, desde el plano ético, para la sucesión de la persona com discapacidad carente de la facultad de testar”, filiando-se na posição de Cristina Amunátegui Rodríguez, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., p. 15.

⁵⁷ De facto, Cristina Amunátegui Rodríguez entende que seria um erro suprimir a substituição quase-pupilar pela sua relevância em desempenhar uma função de cuidado da pessoa com maior alcance do que algumas das reformas introduzidas pelo legislador espanhol através da *Ley* n.º 41/2003, em particular de pessoas com *discapacidad*. Nas palavras da autora: “Se, pelo motivo que seja, o Código contém um instituto como este, pouco estudado e pouco pensado como forma de atenção sob as premissas que presidem atualmente à proteção de pessoas, mas que salvaguarda interesses invariáveis, perduráveis e dignos de tutela, seria não só um erro, mas também um absurdo, prescindir dele. Aqueles que defendem a sua revogação desconhecem completamente as possibilidades de aproveitamento que oferece e a finalidade a que se dirige, que, através de uma adequada interpretação da realidade social, mereceria pelo contrário um desenvolvimento e uma regulação dos seus aspetos conflituantes, para o dotar da funcionalidade que merece” (cfr. *ibid.*, pp. 8-9). A autora critica, ainda, a referida reforma, levada a cabo em 2003, em que o legislador passou por cima da substituição “exemplar”, que mereceria ter sido revisitada de modo a torná-la apta a cumprir a função de proteção que lhe subjaz (cfr. *ibid.*, p. 23). É, precisamente, o facto de não se contemplar, respeitar ou proporcionar à figura o âmbito que merece como forma de proteção que levou ao surgimento de propostas no sentido da supressão da figura, que, como vimos, veio a ocorrer recentemente no direito comum espanhol. No entanto, a prova de que a mesma continua a cumprir uma função útil é o facto de a mesma se encontrar regulada com bastante detalhe no Código Civil da Catalunha, que a admite no sentido mais amplo, podendo abranger todos os bens do incapaz (*ibid.*, p. 48).

⁵⁸ Cfr. Albero Muñoz Calvo, “La sustitución ejemplar...”, cit., sob o título: “La causa de la sustitución debe tener reflejo expreso en la regulación del tipo legal”. O autor salienta que os testamentos analisados pela jurisprudência espanhola nos quais figura uma substituição quase-pupilar demonstram a frequência com que o ascendente introduz encargos ou condições na disposição em benefício do substituto, relacionadas com a prestação de cuidados ao substituído, de cujo cumprimento se faz depender a eficácia da instituição. Cristina Amunátegui Rodríguez salienta a importância da redação do artigo 425-12 do Código Civil da Catalunha como uma das novidades que este introduziu, visto que dele consta, expressamente, uma referência à função

Os exemplos indicados pelos *Registradores* espanhóis em que a substituição “exemplar” devidamente utilizada se traduz numa solução mais aceitável do que a abertura da sucessão intestada são bastante elucidativos:

- a) A situação de um filho incapaz e solteiro cujos parentes mais próximos, após a morte dos seus progenitores, são os colaterais de terceiro e quarto grau, que serão chamados indistintamente, ainda que não se tenham preocupado em lhe garantir cuidados, ou não o tenham feito na mesma medida;
- b) A situação de um filho incapaz que tem irmãos e cônjuge que serão afastados se estiver preenchida a causa de indignidade prevista no artigo 756.º/7 do Código Civil espanhol. No entanto, há que atender à dificuldade de provar em juízo a existência da referida causa de indignidade, que remete para o binómio: necessidades da pessoa incapaz e seus meios de sustento e possibilidades económicas daqueles que estavam obrigados a prestar-lhe alimentos. Acresce que não é certo que alguém intentasse uma ação de declaração de indignidade, nomeadamente por desconhecer este seu fundamento ou o comportamento do substituto que preenche a respetiva previsão ⁵⁹.

Num tom laudatório relativamente ao projeto referido em que também se verificava a reforma da substituição “exemplar” em causa, apontam as mesmas vozes que este veio esclarecer que a substituição tem por objeto todos os bens do incapaz e não somente aqueles que recebeu do ascendente, seguindo a doutrina e a jurisprudência dominantes, posição que é mais consentânea com a finalidade que se pretende para o instituto.

Também é considerada adequada a referência ao “descendente sujeito a curatela representativa”, ou seja, à circunstância de o descendente ser auxiliado por um curador com faculdades representativas, atendendo

da substituição, suprarreferida (transcrevemos em nota, no final do Ponto n.º 5, o regime do Código Civil referido nesta matéria). Resulta do Preâmbulo do Livro de Sucessões do Código Civil da Catalunha que se visou atender às exigências da sociedade contemporânea, como nota Cristina Amunátegui Rodríguez, *ibid.*, p. 111.

⁵⁹ Albero Muñoz Calvo, *ibid.*

à orientação da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* no sentido da sua plena capacidade, nomeadamente para testar. Deste modo, são de evitar referências a uma “incapacidade para testar” apesar de ser considerada criticável a utilização do termo “sujeito” à curatela representativa, por remeter para um paradigma que se pretende afastar. Pelo contrário, prova de uma preocupação excessiva com a correção ideológica na redação proposta do artigo 776.º é a referência, já mencionada, à “vontade do substituído”, visto que, se este tivesse “vontade” não se compreenderia a necessidade de recurso à substituição. Na verdade, trata-se da substituição da vontade do substituído pela vontade do ascendente, o que se poderia admitir na nova redação do preceito sem grandes dificuldades. Também dentro da mesma ótica, é correta a indicação de que a substituição será ineficaz se as medidas de apoio à pessoa com *discapacidad* ficarem sem efeito ⁶⁰.

Lamentavelmente, a opção do legislador espanhol foi no sentido da supressão da figura da substituição “exemplar”. No entanto, a posição dos *Registradores* e da doutrina espanhola que ficou referida é de enorme utilidade, em particular no que se refere à ideia de que a teleologia do instituto deveria ser hoje unicamente a de proteger as pessoas com *discapacidad* e não a de evitar que tais pessoas morram intestadas. Veremos adiante se algumas lições se podem tirar desta discussão na doutrina espanhola para uma análise e para uma eventual reforma do instituto no direito português.

5. RELEVÂNCIA DA SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR AINDA HOJE?

I. O Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra, num projeto realizado por Paula Távora Vítor e Geraldo Rocha Ribeiro

⁶⁰ No sentido de que os aspetos do projeto mencionados no texto são dignos de elogio, cfr. Albero Muñoz Calvo, “La sustitución ejemplar...”, cit., sob os títulos: “Conclusiones: conveniència de mantener la sustitución ejemplar. Aciertos y desaciertos en la regulación del Anteproyecto”; “Otros aciertos”; «El sustituido: el descendiente “sujeto” a curatela representativa»; «Yerro en la previsión de que “el ascendente deberá tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del sustituido”».

sobre as incapacidades dos adultos a pedido do Ministério da Justiça, propunha a revogação da substituição quase-pupilar ⁶¹. No entanto, salvo o devido respeito, mesmo num novo paradigma em que se parte da capacidade do maior acompanhado (nomeadamente para fazer testamento) e não da sua incapacidade, há vários aspetos que nos parecem apontar no sentido de que a supressão desta figura não seria a melhor opção.

Em primeiro lugar, como referimos, poder-se-ia invocar que o instituto em causa não protege somente os interesses do maior acompanhado, pois também estão em causa os interesses dos progenitores em determinar o destino do seu património após a morte do seu filho ⁶². *No entanto, numa ótica reformista, parece-nos muito discutível que se deva dar um grande peso a esta preocupação que, aparentemente, só subsiste por razões de ordem histórica, que menor valia terão na sociedade atual. A preocupação principal deverá ser a proteção do maior acompanhado.*

Em segundo lugar, no entanto, pode-se invocar com pertinência que a incapacidade de testar do maior acompanhado ainda pode resultar da sentença de acompanhamento. E veja-se que a nossa lei continua a reportar-se a uma “incapacidade”, ainda que isso se possa considerar pouco adequado ao novo paradigma em matéria de pessoas com

⁶¹ O projeto encontra-se disponível em: <file:///D:/DTO%20SUC/PALESTRAS/CONF%20MAIOR%20ACOMPANHADO/PROPOSTA%20DO%20CENTRO%20DE%20DF%20DO%20COIMBRA%20SOBRE%20MAIOR%20ACOMPANHADO.pdf> (consultado a 12/10/2022).

⁶² Expressando bem esta ideia na vigência do Código de Seabra, Luíz da Cunha Gonçalves afirmava que a substituição pupilar visava “impedir que os bens do testador, por morte do seu herdeiro, filho, neto ou bisneto impúbere vão parar a mãos de pessoas que o testador pretende excluir da sua sucessão legítima”, por isso, não se tratava do exercício do poder paternal mas do exercício da liberdade de testar do ascendente, excecionalmente amplo neste caso, por poder abranger as legítimas dos filhos ou outros descendentes. Através desta figura, se evita que “por morte do descendente em idade impúbere, os bens dessa legítima e os da quota disponível venham a pertencer a pessoas que o testador não quer beneficiar, ou por não lho merecerem, ou não serem *da sua família, do seu sangue*; ou até que venham a ser recolhidos pelo Estado, por falta de herdeiros” (cfr. *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil português*, vol. X, cit., p. 135). Cunha Gonçalves concluía, por isso, que se tratava da herança do testador e não do menor ou interdito (*id.*, p. 139).

capacidade diminuída, o que será, talvez, justificado pelo tratamento da incapacidade de testar dos menores no mesmo preceito, sendo o corpo do preceito comum a ambas as alíneas (artigo 2189.º).

Por último, aqueles cuja interdição foi decretada ao abrigo do anterior regime passam a ser maiores acompanhados, sendo igual o âmbito dos atos que estes podem praticar, sem prejuízo da possibilidade de revisão do acompanhamento (artigo 26.º/4, 5 e 8 da Lei n.º 49/2018). No âmbito dos atos que o interdito por anomalia psíquica não podia praticar, encontrava-se o testamento [artigo 2189.º/b) do Código Civil na redação anterior à Lei n.º 49/2018].

Mas será a existência de uma forma de suprimento de uma incapacidade de testar no direito português compatível com a letra e com o espírito do artigo 12.º da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*? Em nosso entender sim. Consideram os comentadores da Convenção que o referido preceito não implica o afastamento de todas as formas de representação, o que pode acontecer em situações mais extremas (*v. g.* nas situações de estado de coma). *No entanto, quando a tomada de decisão cabe ao acompanhante, devem pautar-se pela vontade e preferências da pessoa e, não sendo possível determinar essa vontade, pela melhor interpretação das mesmas e não pelos melhores interesses do maior acompanhado.* De outro modo, voltar-se-ia a um modelo de substituição que a Convenção pretende afastar. Um bom reflexo desta perspetiva surge no artigo 145.º/2/e nos termos do qual o tribunal pode cometer ao acompanhante “*intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas*”, que deveriam constituir “*o núcleo do acompanhamento. uma vez que é no seu âmbito que devemos incluir os deveres de cuidado, os atos de apoio ao processo decisório, que potenciem a autonomia do acompanhado e os atos que visem a satisfação das necessidades do acompanhado, bem como o afastamento de situações de perigo em que este se encontre*”. *No mesmo sentido, a concessão de poderes de representação especial, nos casos em que isso seja especialmente justificado também respeitará o novo modelo, se for orientado pela vontade e preferências do maior acompanhado.* No entanto, isso já não acontece na hipótese de serem concedidos poderes de representação gerais, ao que acresce que o padrão resultante do artigo 146.º do CC para a atuação do acompanhante é a “*diligência requerida a um bom pai de família, na*

concreta situação considerada”, o que pode ser diverso dos desejos do acompanhado ⁶³ ⁶⁴.

⁶³ Neste sentido se pronuncia Paula Távora Vítor a quem pertencem as palavras mencionadas no texto [cfr. “Anotação ao artigo 12.º”, in Joaquim Correia Gomes, Luísa Neto, Paula Távora Vítor (coordenação), *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência — Comentário*, Lisboa, Imprensa Nacional, 2020, pp. 132-133. Disponível em: [file:///C:/Users/danie/Downloads/CDPDI%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/danie/Downloads/CDPDI%20(1).pdf) (consultado a 20/10/2022)].

⁶⁴ O problema da compatibilidade entre o artigo 12.º da *Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* e os mecanismos de proteção das pessoas com capacidade diminuída no plano sucessório também é discutido nos países de *common law* a propósito dos *statutory wills*. No Reino Unido, resulta da secção 18(1) (i) do *Mental Capacity Act*, de 2005, que o tribunal pode realizar um testamento em nome do incapaz. A decisão do tribunal é guiada pelo critério objetivo dos “best interests”, que a secção 4 concretiza. Resulta da secção 4(4) que a pessoa deve ser encorajada a participar, na medida do que seja razoável. Por outro lado, resulta da secção 4(6) que devem ser tidos em conta na determinação do “melhor interesse” da pessoa, na medida em que isso se possa razoavelmente determinar: a) os seus desejos e sentimentos passados e presentes, em particular qualquer declaração escrita feita por esta enquanto ainda tinha capacidade; b) as suas crenças e valores que provavelmente influenciariam a sua decisão se a pessoa tivesse capacidade; c) outros fatores que seria provável que a pessoa tivesse em conta se o pudesse fazer. A secção 4(7) estabelece que os magistrados têm de ter em conta, se tal for exequível e se for apropriado proceder a essa consulta: a) qualquer pessoa indicada pelo incapaz para ser consultada nos assuntos em causa; b) qualquer pessoa que cuide do incapaz ou interessada no seu bem-estar.

O recurso a um critério objetivo na realização do testamento pelo incapaz traduziu-se numa mudança do paradigma em vigor na legislação anterior, de cariz subjetivo. De facto, uma coisa é concretizar o testamento que o incapaz “poderia ter feito” (e que é no seu “melhor interesse”) e outra é concretizar o testamento que este “teria feito” [cfr. Rosalind F. Croucher, «“An interventionist, paternalistic jurisdiction? The place of statutory wills in Australian Succession Law”, *UNSW Law Journal*, vol. 32, 3 (2009), pp. 674-698, em particular, pp. 681 e 689]. Tendo em conta esta diferença, resulta das *Explanatory Notes* do *Mental Capacity Act* (nota 28), que: «O melhor interesse não é um teste de “julgamento substituído” (o que a pessoa teria querido), mas, pelo contrário, requer que se determine o que seria no melhor interesse da pessoa por aplicação de um teste objetivo. Todas as circunstâncias relevantes, incluindo os fatores mencionados nesta secção, têm de se considerados, mas nenhum deles tem mais peso ou assume prioridade sobre outro. Todos devem ser atendidos para determinar o que seria no melhor interesse da pessoa em causa. Os fatores referidos nesta secção não uma definição de melhor interesse e não são exaustivos” Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/notes> (consultado a 08/11/2022).

Nesta perspetiva, aquilo que é no “melhor interesse” de uma pessoa aparenta ser aquilo que ela deveria ter feito, mesmo que os seus desejos, eventualmente negativos ou caprichosos, fossem no sentido contrário como aponta Croucher, *ibid.*, p. 690. A mesma autora considera que a possibilidade de o tribunal fazer um testamento em nome do incapaz é compatível com a liberdade de testar, pois quando tal poder é exercido com base nas intenções e preferências do incapaz a mesma traduz-se numa extensão da sua autonomia. No entanto, quando o paradigma é objetivo e não subjetivo, baseado naquilo que o testador “deveria ter feito”, está em causa uma abordagem paternalista, que se afasta da função do testamento como um ato baseado na livre vontade dos titulares dos bens, ainda que injusta (Croucher, *ibid.*, p. 697). É, precisamente, este paternalismo que torna a abordagem do *Mental Capacity Act* incompatível com a *Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*.

Resulta da jurisprudência que os *statutory wills* são ocasionalmente utilizados como mecanismos de recompensa ou punição das pessoas ligadas a alguém sem capacidade para testar e não se vinculam às preferências dessa pessoa; ou seja, aquilo que é no “melhor interesse” de uma pessoa pode violar o seu direito a ter capacidade jurídica em condições de igualdade, que lhe é reconhecido pela Convenção (artigo 12.º/2). Na tomada de decisões no contexto dos cuidados sociais e de saúde o paternalismo subjacente ao paradigma do “melhor interesse” revela-se, deste modo, problemático, visto que tende a substituir a visão do sujeito pela visão do médico, que “sabe o que é melhor”. Por outro lado, este critério de decisão poderá funcionar como uma cortina de fumo que esconde outras razões para a decisão que terão menor justificação legal, tais como os valores sociais e culturais de quem decide. Finalmente, nega a capacidade de tomada de decisões a pessoas com deficiência, contra o que dita a Convenção. Tendo em conta estes aspetos, Rosie Harding, conclui que o regime em vigor no Reino Unido deveria ser revisto. A autora reconhece que há situações em que a utilização destes testamentos não coloca particulares dificuldades, como aquelas em que os tribunais reestabelecem a vontade testamentária de uma pessoa que perdeu a sua capacidade testamentária, normalmente por demência — até 2025 as estatísticas apontam para um milhão de pessoas nesta situação no Reino Unido — tendo-se verificado uma alteração nas suas condições económicas. Pelo contrário, são problemáticas aquelas situações em que o tribunal deverá fazer um testamento com base nos “melhores interesses” de uma pessoa que nunca teve capacidade testamentária. Nestes casos, a autora entende que a pessoa deverá ser apoiada, se possível, na realização do seu testamento, o que seria compatível com a *Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Por outro lado, nas situações em que a pessoa, tendo tido, anteriormente, capacidade de testar, nunca fez testamento, seria difícil justificar o afastamento das regras da sucessão intestada, constituindo a execução de um *statutory will* nestas situações uma interferência inapropriada nos direitos das pessoas com deficiência, reconhecidos pela Convenção, em favor dos interesses financeiros dos potenciais beneficiários desse testamento. Neste caso, se resultam eventuais injustiças ou desigualdades da aplicação das regras da sucessão intestada, a autora entende que terão de ser tais regras a ser alteradas [cfr.

Com algumas alterações, a manutenção do instituto seria uma forma de permitir ao incapaz, na medida do possível, manifestar os seus desejos ao progenitor que se lhe substitui na realização do testamento e que deve respeitar as decisões e afetos deste ⁶⁵ ⁶⁶. Não será improvável que haja situações em que as pessoas com capacidade diminuída não possam realizar testamento, caso em que a figura da substituição quase-pupilar mantém toda a sua relevância, como foi referido ⁶⁷.

“The rise of statutory wills and the limits of best interests decision-making in inheritance”, *Modern Law Review*, 78, 6 (novembro 2015), pp. 945-970, em particular, pp. 964-970]. Pelo contrário, recorde-se que defendemos que, no direito português, o facto de o incapaz ter tido anteriormente capacidade testamentária sem ter outorgado testamento não impede o funcionamento da substituição quase-pupilar (cfr. o Ponto n.º 2).

⁶⁵ Neste sentido, no direito espanhol, cfr. Cristina Amunátegui Rodríguez, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., p. 15.

⁶⁶ A este propósito, cfr. o n.º 4 do artigo 12.º da Convenção que estabelece o seguinte: “Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efetivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, *vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa*, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial. As garantias são proporcionais ao grau em que tais medidas afetam os direitos e interesses da pessoa” (o itálico é nosso). Cristina Amunátegui Rodríguez refere que, apesar de o artigo 12.º/5 da Convenção se reportar somente à capacidade das pessoas com *discapacidad* para herdarem bens em igualdade com as demais pessoas, ou para controlar os seus assuntos económicos e nada referir quanto à liberdade de disposição por morte, nada nos impede de relacionar os seus princípios com os institutos vigentes com vista a proporcionar-lhes um campo de aplicação conforme com a Convenção e com vista à proteção da pessoa (cfr. *ibid.*, p. 44).

⁶⁷ No mesmo sentido se pronuncia Cristina Amunátegui Rodríguez, apontando a necessidade de reforma do instituto à luz do regime da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. A autora entende que o instituto é compatível com os princípios da *Convenção*, desde que se interpretem corretamente as regras que disciplinam a capacidade para fazer testamento no Código Civil espanhol e o respeito pelas preferências e liberdade de tomar decisões do próprio incapaz, na medida do possível e razoável. Defende também que, numa interpretação

De qualquer forma, uma coisa é, na medida do possível, atender aos desejos do incapaz e outra é considerar que este pode fazer testamento com o apoio de alguém, o que tem sido permitido em algumas decisões recentes na jurisprudência espanhola. Trata-se de uma posição inaceitável, não só à luz dos princípios que regulam o Direito Sucessório, nomeadamente relativos ao caráter pessoal do testamento, mas tendo em conta os problemas que esta solução levanta quanto à liberdade do consentimento, pois trata-se de testadores vulneráveis. Procurando proteger-se o incapaz, atinge-se exatamente o efeito contrário num ato pessoal, como é o testamento. Seria permitir ao curador — na terminologia do direito espanhol — entrar num negócio que não se pode realizar sem ter capacidade, ou seja, ou o incapaz pode fazer testamento ou não pode. Com o apoio de outra pessoa nunca o poderá fazer ⁶⁸.

II. Como já ficou referido, esta faculdade de o progenitor se substituir aos filhos no que se refere à possibilidade de dispor *mortis causa* dos bens é excluída por muitas legislações (como a italiana, francesa e, agora, também, pelo direito comum espanhol), constituindo, hoje, mais do que nunca, uma particularidade do direito português. Já dizia José Tavares, no domínio do Código anterior, que grande parte dos códigos modernos não admitia a substituição pupilar por envolver não uma verdadeira substituição, mas antes uma disposição testamentária

conforme à Convenção, a perspectiva ampla quanto ao âmbito da substituição — o que significa que esta abrange todos os bens do incapaz — é a mais correta (cfr. *ibid.*, p. 8-9 e 13). *De qualquer forma, a substituição “exemplar” ficaria limitada àquelas situações extremas de ausência de faculdades. Assim, em caso algum se trata de substituir a vontade testamentária daqueles que podem testar, privando-os dela ou limitando-os no seu exercício. A substituição funcionaria sempre de uma forma subsidiária, na medida em que a manifestação de uma vontade por testamento por parte do substituído torna a substituição ineficaz. A conformidade com a Convenção seria reforçada se passasse a constar do instituto uma referência aos desejos e preferências do incapaz na medida do possível e se se puder razoavelmente atender aos mesmos (cfr. *ibid.*, pp. 45-47).*

⁶⁸ Sobre este problema cfr. Cristina Amunátegui Rodríguez, *ibid.*, pp. 68-74. Como nos dá nota a autora, já em 2017 e 2018, o Supremo Tribunal espanhol corrigiu esta tendência, contrária ao caráter pessoal do testamento e aos princípios que regulam a proteção de pessoas com capacidade diminuída.

feita por uma pessoa em vez de outra ⁶⁹. Cunha Gonçalves também criticava o instituto como um reflexo da onnipotência do *paterfamilias*, já totalmente destruída ⁷⁰.

O instituto também não constava do Anteprojeto Galvão Telles, tendo sido introduzida na primeira Revisão Ministerial, o que mostra a sua complexidade e a relutância com que o mesmo foi consagrado no direito português. *Por isso, têm de existir motivos ponderosos para a sua manutenção na nossa ordem jurídica.* Na sua origem, a substituição pupilar visava não só garantir a manutenção do culto dos antepassados, através da instituição de um herdeiro que prosseguisse esse culto, como também constituía uma medida de proteção do menor impúbere de atentados dos sucessíveis legítimos contra a sua vida ⁷¹. *É esta função de proteção do maior acompanhado que ainda nos parece subsistir e justificar, não só a manutenção da substituição quase-pupilar, mas também a sua reforma, mais orientada para essa finalidade exclusiva* ⁷². Claro está, que, hoje, já não se trata de proteger o

⁶⁹ José Tavares, *Sucessões e Direito Sucessório*, vol. I: *Introdução — Noções e princípios fundamentais. Primeira parte — Sucessão testamentária*, 2.^a edição revista e aumentada, Lisboa, Portugal-Brasil, s.d., p. 406.

⁷⁰ Luíz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil português*, vol. X, cit., p. 134.

⁷¹ Cfr. Luíz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil português*, vol. X, cit., p. 134. No entanto, esta função de proteção do impúbere que esteve na origem da substituição pupilar, não teria necessariamente de existir no domínio da legislação anterior a 1966, na medida em que o substituto poderia ser uma pessoa que nenhuns serviços prestou ao menor ou demente ou ao testador, porque poderia ser outro menor ou um nascituro, nos termos dos artigos 1776.º e 1777.º do Código de Seabra (*ibid.*, p. 138).

⁷² Em certa medida aponta nesse sentido o regime relativamente recente da substituição “exemplar” (quase-pupilar) no Código Civil da Catalunha, aprovado pela Ley n.º 10/2008, de 10 de julho, que transcrevemos (tradução nossa):

«Secção terceira. “A substituição exemplar”

Artigo 425-10 “Requisitos”: 1. A substituição exemplar só pode ser ordenada por ascendentes de uma pessoa incapaz que seja sua legitimária e compreende, para além dos bens do testador os do incapaz que não tenha outorgado testamento nem pacto sucessório. 2. Para que a substituição exemplar seja válida, o ascendente deve deixar ao substituído a legítima que lhe caiba

menor ou o maior acompanhado de atentados contra a sua vida devidos à ambição dos herdeiros legítimos ⁷³.

Um dos aspetos a ponderar, prende-se com a supressão da limitação resultante do artigo 2300.º, aproximando-se a figura de uma forma pura de suprimento de uma incapacidade ou, numa formulação mais conforme com a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, uma forma de atender a uma situação de capacidade

e a incapacidade *deve ser declarada judicialmente em vida do descendente substituído, ainda que o seja depois de ter sido ordenada a substituição.* (itálico nosso).

Artigo 425-11 “Concurso de substituições”: 1. Se vários ascendentes substituírem exemplarmente o mesmo descendente, prevalece a substituição estabelecida pelo ascendente falecido de grau mais próximo. Se estes forem do mesmo grau, sucedem na herança do incapaz todos os substitutos exemplares designados, nas quotas que resultem da aplicação aos ascendentes respetivos das normas da sucessão intestada. 2. Os bens procedentes de cada uma das heranças dos ascendentes que tenham ordenado a substituição cabem, em todo o caso, ao substituto exemplar respetivamente designado.

Artigo 425.12 “Designação do substituto”: 1. A substituição exemplar deve ser ordenada a favor de descendentes do cônjuge ou do unido de facto [*conviviente en pareja estable*]. Na falta destes, pode ordenar-se a favor de parentes do incapaz até ao quarto grau na linha colateral. Na falta destes de daqueles, pode ordenar-se a favor de qualquer pessoa. 2. *A substituição exemplar pode ordenar-se, sem ter de se respeitar a ordem estabelecida no n.º 1, a favor de pessoas singulares ou coletivas que tenham exercício a tutela do incapaz ou que tenham assumido deveres de cuidado e prestação de alimentos a estes e a tenham cumprido até à sua morte*» (itálico nosso).

Para Cristina Amunátegui Rodríguez, a manutenção da substituição “exemplar” após algumas reformas nas regras de Direito Sucessório, como ocorreu na Catalunha, pela *Ley n.º 10/2008*, de 10 de julho, aponta no sentido da manutenção do instituto e da sua configuração como uma verdadeira exceção ao caráter pessoal do testamento, como resulta, aliás, das regras suprarreferidas (cfr. *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., p. 9).

⁷³ Posição que, na realidade, é algo exagerada, como denota Luís Menezes Leitão. *Direito das Sucessões*, cit., p. 213, nota 375. O mesmo autor salienta que o propósito da substituição quase-pupilar é o de evitar que certos bens sejam atribuídos aos sucessíveis legítimos (*ibid.*, p. 213). No entanto, como resulta do nosso texto, mais do que isso, pensamos que a finalidade de proteção do incapaz que o instituto prossegue deveria ser mais valorizada.

diminuída, com reflexos na capacidade de testar. Tal como acontece no direito catalão, esta alteração implicaria a consagração de regras relativas à existência de duas substituições realizadas por cada um dos progenitores, visto que ambas poderiam, potencialmente, produzir os seus efeitos, desde que no momento da morte do maior acompanhado ambos já tivessem falecido ⁷⁴.

Outro dos aspetos relevantes a realçar, tal como no direito espanhol, prende-se com a ligação entre a instituição dos herdeiros ou a nomeação dos legatários em substituição do maior acompanhado e a proteção deste último, que deveria constar da própria lei e condicionar a eficácia da própria substituição.

Acresce que há aspetos de regime que precisam de ser clarificados, como o de saber se os progenitores que se substituem ao maior acompanhado têm de ser seus acompanhantes e o de saber se a sobrevivência de um cônjuge ao mesmo implica a caducidade da substituição.

⁷⁴ Conforme salienta Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, cit., p. 227, nota 544).

O artigo 425-11 do Código Civil da Catalunha resolve o problema que se coloca no direito espanhol visto que a disposição não caduca quando sobrevivem ascendentes ao substituído. Sobre a questão nesta ordem jurídica, cfr. Cristina Amunátegui Rodríguez, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, cit., pp. 157-162.

A (IN)VIABILIDADE DO MODELO PORTUGUÊS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

Diana Coutinho *

INTRODUÇÃO

Em traços gerais, o nosso artigo corresponde à comunicação apresentada no I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões, que decorreu na Escola de Direito da Universidade do Minho, nos dias 12 e 13 de Maio de 2022.

O objeto do nosso estudo é o novo regime jurídico da gestação de substituição, em vigor desde 1 de janeiro de 2022, por força da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, em especial numa perspetiva de comparação com a regulamentação da gestação de substituição em outros ordenamentos jurídicos. Note-se que a Lei n.º 90/2021 veio proceder à alteração dos artigos 8.º, 14.º e 39.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), adiantando ainda os artigos 13.º-A e 13.º-B, e surge três anos depois da declaração de inconstitucionalidade de vários preceitos do anterior regime.

Na ordem jurídica portuguesa, a admissibilidade legal da prática de gestação de substituição continua a ser uma mera utopia. Em 2016,

* Prof. Convidada (equiparada a Prof. Auxiliar da EDUM). Investigadora Colaboradora do JusGov. Doutora em Ciências Jurídicas Privatísticas.

quando o legislador veio permitir o acesso à gestação de substituição, ainda que a título excepcional e mediante a observância de certas condições, acalentou a esperança de muitos casais impossibilitados de gerar um filho. Porém, na vigência do regime introduzido pela Lei n.º 25/2016 só foram celebrados três contratos de gestação de substituição, sem que tenha ocorrido o nascimento de uma criança. A suspensão da aplicação do anterior regime ocorreu por força do Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional (TC), e posteriormente com reforço pelo Acórdão n.º 465/2019.

Seguiu-se a discussão de novos projetos-lei no sentido de aprovação de um novo regime que permitisse a prática legalmente admitida de contratos de gestação de substituição, bem como respeitasse o espírito das decisões do Tribunal Constitucional. Após vários anos de espera, a esperança de muitas pessoas recorrerem legalmente à gestação de substituição em Portugal foi retomada, embora ainda falte a regulamentação para que efetivamente a Lei possa ser aplicada. Porém, a própria Lei, juntamente com a natureza complexa da questão, continua a apresentar algumas fragilidades, desafios e problemáticas.

Desta forma, no nosso artigo procuraremos destacar algumas questões problemáticas em torno da gestação de substituição, bem como os desafios que o novo regime pode enfrentar. Optámos por fazer esta análise numa perspetiva de comparação com alguns dos principais regimes jurídicos de gestação de substituição no contexto internacional. Além disso, destacaremos um dos principais desafios que os Estados enfrentam e que não podem ignorar: a gestação de substituição transfronteiriça ou internacional. No fundo, pretendemos perceber qual o tratamento jurídico dado à gestação de substituição em diferentes países, quais as principais diferenças e semelhanças no que concerne aos aspetos mais problemáticos do nosso regime, por forma a entender se as nossas soluções são as mais adequadas e/ou sinónimo de potencial fracasso.

1. OS TRAÇOS GERAIS DO NOVO REGIME PORTUGUÊS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: A LEI N.º 90/2021

A Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro veio estabelecer o novo regime jurídico da gestação de substituição, com data de entrada em

vigor em 1 de janeiro de 2022. Porém, o Governo ainda não aprovou a respetiva regulamentação, para efeitos de pormenorização e concretização do regime da gestação de substituição, o que já deveria ter sucedido no até final de janeiro de 2022. Desta forma, à data da nossa comunicação e da redação deste artigo, ainda não é possível recorrer à gestação de substituição em Portugal ao abrigo do novo regime jurídico ¹.

A Lei n.º 90/2021 veio proceder à alteração dos artigos 8.º, 14.º e 39.º da LPMA, adiantando ainda os artigos 13.º-A e 13.º-B, e mantém a noção legal de gestação de substituição, o carácter excecional e gratuito. Quanto às causas de recurso a Lei alterou tenuemente a redação do n.º 2 do art. 8.º, por forma a evitar qualquer dúvida sobre quais as condições de acesso. Ou seja, esclarece que o acesso se limita a causas clínicas que impedem de forma absoluta e definitiva a gravidez de uma mulher, portanto cingindo as causas de acesso a problemas de saúde ou físicos provenientes da mulher-beneficiária, e afastando uma interpretação de “outra situação clínica” que pudesse abranger o acesso por casais de homens ou homens solteiros. Desta forma, sem surpresas, o modelo português continuará a ter cariz subsidiário face à reprodução natural e assistida, aparecendo como último recurso para ter um filho quando por razões clínicas a mulher não consegue gerar uma gravidez no seu corpo.

De forma expressa, aditando dois artigos à LPMA, o legislador veio estabelecer os direitos da gestante de substituição no artigo 13.º-A e os seus deveres no artigo 13.º-B. A consagração legal expressa visa, certamente, evitar as críticas apresentadas ao regime lacunoso da Lei n.º 25/2016, bem como há regulamentação destas questões por via de Decreto-Regulamentar.

Quanto à tramitação do processo de gestação de substituição mantém-se a base do regime jurídico anterior. Assim, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) continua a ser a entidade competente para autorizar a celebração dos contratos de gestação de substituição ², bem como supervisionar a sua

¹ Nem de qualquer outro regime.

² Cfr. n.º 5 do art. 8.º da atual versão da LPMA.

celebração ³. Destacaremos *supra* a nossa discordância com a atribuição deste papel ao CNPMA, pois embora se aceite a legitimidade e competência desta entidade para autorização prévia e acompanhamento do processo, somos defensores de um modelo de gestação de substituição com intervenção de uma autoridade judicial ou de natureza próxima.

A celebração do contrato de gestação de substituição dependerá de uma autorização prévia do CNPMA, que será antecedida de audição da Ordem dos Médicos e da Ordem dos Psicólogos ⁴. Quando apresentem o pedido, os candidatos-beneficiários já escolheram uma gestante de substituição, o CNPMA não terá a função de encontrar ou indicar uma mulher que queira ser gestante de substituição. A autorização do CNPMA dependerá da observância das condições previstas no n.º 2 do art. 8.º e das disposições do n.º 13 do art. 8.º na nova redação da LPMA. O CNPMA disponibilizará no seu site o formulário eletrónico para que as partes possam fazer o pedido de autorização prévia. Uma vez preenchido, o formulário terá de ser assinada pelos candidatos a beneficiários e pela candidata a gestante, e acompanhado dos documentos identificados nas alíneas do n.º 6 do art. 8.º na nova versão da LPMA. A lei nada diz sobre a existência de prazos ou limites mínimos ou máximos para a celebração e execução do contrato após a autorização do CNPMA.

Quanto ao consentimento, o legislador veio reformular o art. 14.º da LPMA. No caso da gestante, acolhendo da posição do TC, a livre revogabilidade do consentimento prestado estende-se ao registo da criança nascida na sequência deste contrato. Assim, sem novidades, embora não se concorde inteiramente com este limite, conforme explicado *supra*, o legislador acolheu uma das condições essenciais para a admissibilidade dos contratos de gestação de substituição em Portugal: o direito ao arrependimento da gestante, como corolário do seu direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

³ Crf. n.º 13 do art. 8.º da atual versão da LPMA.

⁴ A inclusão da Ordem dos Psicólogos constitui uma novidade face ao regime anterior, porém não resulta da Lei que os resultados destas audições sejam vinculativos, em última instância cabe ao CNPMA decidir.

O estabelecimento da filiação será a favor dos beneficiários do contrato, sem prejuízo do caso de arrependimento da gestante. Ou seja, se o contrato estiver em conformidade com a lei e a gestante não se arrependendo, os beneficiários serão tidos como pais da criança que venha a nascer. Assim, estamos perante um modelo legal de parentalidade. Todavia, embora a Lei não determine expressamente o estabelecimento da maternidade a favor da gestante de substituição quando esta se arrepende, o n.º 9 do art. 8.º da nova versão da LPMA indicia que, pelo menos, a solução deste artigo poderá ser outra quando tal aconteça. Seguindo as indicações do TC, a decisão de arrependimento não implicaria necessariamente o estabelecimento da maternidade a favor da gestante, pelo menos a título definitivo, podendo o conflito ou concurso positivo de parentalidade ser resolvido em sede judicial, devendo a solução passar pelo superior interesse da criança. De qualquer forma, esta ausência ou pouco esclarecimento da lei poderá gerar situações dúbias. O legislador deveria ter definido expressamente qual o modelo de estabelecimento da parentalidade em casos de arrependimento da gestante.

Por fim, a Lei n.º 90/2021 revogou o anterior n.º 12 da LPMA, o qual determinada a nulidade dos contratos de gestação de substituição fora dos casos admitidos por lei. A revogação foi ao encontro das críticas apresentadas pelo TC, parecendo deixar em aberto qual o regime de invalidade. É certo que um contrato celebrado contra a lei sofrerá sempre de nulidade por força do art. 294.º do CC. Quais as consequências a nível da filiação? O estabelecimento da maternidade como uma sanção era uma das críticas apontadas. Ora, salvo nos casos de arrependimento da gestante, o legislador parece atribuir a filiação aos beneficiários de um contrato de gestação de substituição, mesmo que este seja inválido.

2. A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

2.1. Uma figura transversal, um cenário tripartido

Qual o olhar do mundo jurídico sobre a gestação de substituição? Qual o modelo adotado pelo Estados? O nosso regime diverge do que se passa em outros países?

A generalidade dos países proíbe a prática da gestação de substituição, sobretudo a prática onerosa. Os principais argumentos para esta proibição baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, na proteção do superior interesse da criança, a proteção da gestante, o risco de comercialização e tráfico humano, entre outros. Por outro lado, os Estados que admitem a gestação de substituição, usualmente, invocam o direito à liberdade pessoal e contratual das partes, ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito a constituir família, entre outros.

Assim, o quadro internacional mostra-nos uma figura que diverge entre a prática legalmente admitida e legalmente proibida, mas também vive da prática clandestina, das restrições de acesso a título gratuito à total liberdade de celebração de contratos, das diferenças quanto aos modelos de estabelecimento da filiação ou das regras quanto ao reconhecimento de crianças nascidas no estrangeiro, da intermediação à criminalização da gestação de substituição, da intervenção prévia de uma autoridade administrativa, médica ou judicial à executoriedade do contrato, etc ⁵. Por conseguinte, não existe um modelo único ou comum de gestação de substituição.

De forma geral, quando falamos da forma de regulamentar a gestação de substituição, é possível agrupar os países em três grupos considerando a sua posição em relação à gestação de substituição.

No primeiro grupo encontram-se os Estados proibicionistas, isto é, estão em causa os países que proíbem em absoluto a prática da gestação de substituição (independentemente da modalidade) e não atribuem quaisquer efeitos jurídicos a um contrato de gestação de substituição. Por exemplo, os ordenamentos jurídicos de base romano-germânica têm tendência para proibir a prática de forma absoluta, como é o caso da Espanha, França, Alemanha ou Itália.

No segundo grupo surgem os Estados absolutamente permissivos, que são aqueles que admitem a prática de qualquer modalidade de

⁵ Por razões de cumprimento das regras de formatação do artigo, não temos possibilidade de analisar todos os ordenamentos jurídicos nem tão-pouco todos os aspetos legais dos diferentes regimes jurídicos. Para um estudo mais aprofundado sobre uma perspetiva comparada da gestação de substituição, COUTINHO, Diana, *As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição*, Almedina, fevereiro de 2022.

gestação de substituição, reconhecendo efeitos jurídicos ao contrato. Neste grupo, encontramos alguns Estados dos EUA, a Ucrânia, a Rússia, entre outros.

No terceiro grupo encontramos os Estados que assumem uma posição intermédia, ou seja, os chamados os Estados semi-proibicionistas ou semi-permissivos. Estes Estados apenas permitem a prática a título altruísta e/ou gratuito, excecional e mediante a verificação de certos requisitos. Na posição intermédia destacamos o nosso ordenamento jurídico, a África do Sul, o Reino Unido, a Grécia, o Canadá, Israel, entre outros.

Independentemente da posição assumida pelos Estados (proibição, permissão ou intermédia), verificam-se também diferenças quanto ao modo de assumir ou manifestar essa posição. Assim, alguns Estados manifestam a sua posição de forma expressa através de legislação, enquanto outros Estados apenas manifestam-se a sua posição de forma implícita através de certos instrumentos legais, da jurisprudência ou da prática corrente. Por consequência, encontramos um panorama composto por Estados que proíbem ou admitem expressamente a prática da gestação de substituição, quer de forma absoluta ou restritiva; os Estados que proíbem ou admitem implicitamente a prática, basicamente através de disposições gerais do Direito; os Estados que não regulam a gestação de substituição (nem proíbem nem admitem legalmente) verificando-se um vazio legal.

2.2. A comparação de modelos de gestação de substituição

Para analisarmos o que poderá falhar ou será mais adequado no modelo português de gestação de substituição em comparação com alguns ordenamentos jurídicos, em especial com aqueles que admitem a prática de gestação de substituição, vamos primeiramente enunciar qual o tratamento jurídico dado por esses países a algumas das questões mais problemáticas em matéria de gestação de substituição. Para esse efeito, temos como referência três questões a que procuramos dar resposta, nomeadamente:

- i)* quanto ao direito ao arrependimento da gestante;
- iii)* quanto ao estabelecimento da filiação;

iii) quanto à intervenção de autoridades administrativas ou judiciais;

Nos países que admitem a prática a título comercial ou oneroso, em regra, a gestante renúncia previamente aos direitos e deveres inerentes à prática da maternidade, limitando-se o direito de arrependimento a momento anterior ou simultâneo ao nascimento da criança ou, simplesmente, negando-se o exercício do direito ao arrependimento.

Em alguns países, como sucede na Rússia, a gestante tem de reafirmar o seu consentimento no momento do parto, caso contrário é considerada a mãe. Na Ucrânia, vigora um modelo de transferência legal da parentalidade, ou seja, uma vez preenchidos os requisitos para a celebração do contrato de gestação de substituição, quando a criança nasce, os beneficiários serão automaticamente reconhecidos como pais. A gestante não tem direito a impugnar a maternidade e está expressamente previsto na lei esta exclusão. Desta forma, o modelo de GS ucraniano proíbe o exercício do direito de arrependimento da gestante quando a criança foi concebida com material genético de, pelo menos, um dos beneficiários (requisito de validade do contrato). Note-se, porém, que existe uma incongruência prática entre a disposição do Código de Família e o Regulamento do Registo Civil ucraniano. Pelo art. 123.º, n.º 2 do código de família ucraniano, os beneficiários são considerados os pais da criança. Contudo, este reconhecimento não é automático para efeitos oficiais de registo do nascimento. De acordo com o Regulamento do Registo Civil Ucraniano, para que os beneficiários sejam registados como pais, é necessário que a gestante preste o seu consentimento perante notário (a autenticidade da assinatura do documento de prestação do consentimento deve ser reconhecida em cartório).

Situação análoga sucede em países que tem um procedimento administrativo ou judicial prévio para aferir a validade e o consentimento da gestante. É o que acontece, por exemplo, no Estado norte-americano da Califórnia, no qual o direito de arrependimento é limitado a uma fase prévia ao nascimento a criança. Isto é, antes de a criança nascer as partes são presentes a tribunal, o juiz verifica se estão preenchidas as condições de validade do contrato, a gestante renúncia aos direitos e na altura do nascimento a criança é

considerada filha dos beneficiários. Estamos, assim, perante um regime de transferência legal da parentalidade dependente de autorização do juiz. Da lei decorre que os beneficiários são considerados os pais legais da criança nascida de um contrato válido de gestação de substituição, mas a atribuição da guarda aos beneficiários apenas pode ser feita após autorização judicial. O objetivo é permitir o controlo da legalidade do contrato celebrado e garantir o superior interesse da criança.

Na Grécia existe a necessidade de autorização judicial prévia à implantação do embrião no útero da gestante. Por esse motivo, o pedido para esta autorização apenas pode ser intentado pela beneficiária. Após a autorização judicial para a implantação do embrião, o contrato torna-se vinculativo para as partes e implica a atribuição automática da filiação da criança à beneficiária a partir do momento do nascimento (modelo *ex ante* de estabelecimento da filiação). No entanto, a presunção de que a beneficiária é a mãe legal não é absoluta, uma vez que pode ser afastada mediante prova em contrário. Por outras palavras, a beneficiária ou a gestante têm o prazo de seis meses a contar do nascimento da criança para provar que aquela foi concebida com material genético da gestante. Trata-se da única situação em que a lei grega permite que ocorra uma alteração àquele que seria o desfecho do contrato de gestação, pois, existindo a autorização judicial, mesmo que a gestante se arrependa durante a gestação ou após o parto e deseje ficar com a criança, a beneficiária será considerada a mãe. Portanto, não existe a possibilidade de arrependimento ⁶ da gestante e, caso esta se recuse a entregar a criança, os beneficiários podem exigir judicialmente o cumprimento do contrato. Quanto ao estabelecimento da paternidade vigora a presunção legal de paternidade a favor do marido da beneficiária, desde que ele tenha consentido na celebração do

⁶ Note-se que a gestante não tem o direito ao arrependimento entendido no sentido de ficar com a criança, mas tal não significa que os seus comportamentos fiquem limitados durante a gravidez. Veja-se que a gestante pode abortar nos termos previstos no Código Penal (art. 304, n.º 2).

contrato ⁷. Se os beneficiários não forem casados, o estabelecimento da paternidade acontece mediante a prestação do consentimento, por escrito, perante notário, para que lhe sejam concedidos os direitos legais como pai.

Na Austrália, a generalidade das legislações, com exceção do estado de Victoria e da Austrália Ocidental, estabelecem um processo judicial de aprovação prévia da filiação fundada na prestação do consentimento e de transferência judicial da parentalidade para os beneficiários mediante a verificação de vários requisitos e de decisão judicial.

A África do Sul tem um modelo de intervenção judicial prévia, ou seja, para que o contrato de gestação de substituição seja celebrado é necessária uma autorização judicial antes da implantação do embrião. Caso o contrato seja validamente celebrado, a filiação será estabelecida a favor do(s) beneficiário(s) no momento do nascimento da criança. Na hipótese de estar em causa uma situação de gestação de substituição genética ⁸, a gestante tem direito ao arrependimento, sendo-lhe permitido rescindir o contrato no prazo de 60 dias a contar do nascimento da criança, mediante notificação ao tribunal da sua intenção. Note-se, porém, que esta revogação não procede de forma automática; é necessário que o tribunal a aceite. Para tal, deve estar convencido de que a decisão da gestante é voluntária e que entende as consequências dessa decisão.

No Reino Unido vigora o modelo de transferência judicial da parentalidade, visando acautelar a posição da gestante e os direitos da criança. Ou seja, quando a criança nasce é considerada filha da gestante, sendo que a gestante não pode dar o seu consentimento antes de decorridas seis semanas após o parto. Só no final desse período, mesmo a criança já tendo sido entregue aos beneficiários, é que estes podem intentar uma ação a solicitar a transferência judicial da parentalidade. O juiz irá analisar se foram cumpridos os requisitos de validade do contrato de gestação de substituição, e caso a gestante tenha

⁷ Se o marido da beneficiária prestou o seu consentimento para a celebração do contrato de gestação, ele não pode impugnar a paternidade.

⁸ Quando a gestante contribuiu com os seus gâmetas.

concordado com a transferência (não se arrepende), a criança passa a ser legalmente filha dos beneficiários.

Face ao exposto, no caso do ordenamento jurídico português somos a apontar as seguintes críticas. A atribuição do direito de arrependimento da gestante é imprescindível para a validade de um contrato de gestação de substituição, conforme ficou bem explanado nas decisões do Tribunal Constitucional de 2018 e 2019. Sem questionarmos a essencialidade deste direito, parece-nos que o prazo máximo estipulado não se coaduna com o próprio fundamento que legitima este direito: o livre desenvolvimento da personalidade. Ademais, a sua aplicabilidade prática parece-nos que facilmente é contornável, uma vez que o registo da criança pode ser feito no próprio dia.

Acresce ainda que não consideramos como viável e adequado a atribuição de competências a uma entidade como o CNPMA para acompanhar todo o processo. Por um lado, embora pudesse atuar em alguns momentos, sobretudo numa fase inicial auxiliar da escolha das gestantes, na verdade não tem competência para a fazer de celebração dos contratos. Por outro lado, está-se a colocar a mesma entidade que admite a celebração de um contrato, a acompanhar a sua execução. Por fim, é para nós essencial que a fase final — da reafirmação do consentimento da gestante fosse perante autoridade judicial ou equiparada. Na verdade, consideramos que um modelo com essa intervenção seria o mais adequado.

2.3. Algumas problemáticas em torno da gestação de substituição transfronteiriça

De forma mais cautelosa, a nova lei da gestação de substituição começou por delimitar o seu âmbito de aplicação a nacionais e estrangeiros com residência permanente em Portugal. Esta solução procurará, certamente, evitar que Portugal se torne um país de turismo reprodutivo, e revela-se positiva quando comparada com a total ausência de delimitação na Lei n.º 25/2016.

Repare-se que quando a gestação de substituição foi admitida em 2016, o legislador nada disse sobre esta questão, o que rapidamente abriu a porta para Portugal se tornar um país de turismo reprodutivo. Dos cerca de cinquenta pedidos que deram entrada no CNPMA para

a celebração de contratos de gestação de substituição mais de metade respeitavam a nacionais espanhóis. Note-se, porém, que esta solução não eliminará alguns dos problemas em matéria de filiação, sobretudo quanto aos cidadãos estrangeiros quando o seu país de origem (v. nacionalidade) não reconheça a filiação em favor dos beneficiários de um contrato de gestação de substituição. O não reconhecimento da relação de filiação pode ter repercussões ao nível do estatuto pessoal da criança, da atribuição da nacionalidade, do seu direito à identidade pessoal e genética, de direitos sucessórios, do exercício das responsabilidades parentais pelos beneficiários, entre outros.

É importante a regulamentação a nível interno, destacando-se por positivo o facto de o legislador português se debruçar sobre esta matéria. Mas os Estados, inclusive Portugal, não podem ignorar os problemas da gestação de substituição transfronteiriça ou internacional, que é uma realidade.

Destacamos, face ao contexto mundial atual, as consequências da guerra na Ucrânia em matéria de gestação de substituição. A Ucrânia era um dos principais países de turismo reprodutivo, o principal da Europa, ao qual muitos portugueses recorriam. Os preços eram relativamente acessíveis, o procedimento e burocracia legal eram simples, e o estabelecimento da filiação em favor dos beneficiários também: a gestante renunciava ao estatuto jurídico de mãe, à luz da lei ucraniana os beneficiários eram considerados os pais da criança nascida naquele território em virtude de um contrato de gestação de substituição. O pai português conseguia a inscrição da criança no consulado português (não era transcrição, era inscrição no registo), e a beneficiária conseguia o estabelecimento da maternidade em Portugal por via do processo de adoção do filho do cônjuge. Os homens solteiros que recorriam não tinham qualquer obstáculo. Algumas beneficiárias entre o período de aprovação da lei n.º 25/2016 e o acórdão de 2018 conseguiram também a inscrição no registo português, sem terem de recorrer à adoção. No fundo, quem tem dinheiro pode deslocar-se a um país onde a prática seja lícita para realizar um contrato e exercer o seu desejo de parentalidade.

Certamente, muitos tomaram conhecimento das notícias sobre o “destino” de milhares de bebés ucranianos nascidos neste contexto, do destino de material genético depositado nas clínicas, de casais a

viajarem até à fronteira para tentar resgatar os seus filhos. Alguns desses casais são portugueses e já nasceu em Portugal, pelo menos, uma criança de uma gestante ucraniana. Como se estabelece a filiação? O Governo português criou um regime excepcional que veio permitir o estabelecimento da filiação em favor dos beneficiários, o que indiretamente significa o reconhecimento da validade de um contrato de gestação de substituição oneroso, pelo menos quanto ao efeito de filiação.

A verdade é que em relação ao beneficiário — tendo ligação genética — a paternidade teria sempre de ser estabelecida. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) já veio reconhecer que o direito à identidade genética no âmbito do direito ao respeito pela vida privada impõe este reconhecimento em relação ao pai-beneficiário. O problema naturalmente circunscreve à mulher-beneficiária *versus* gestante de substituição. É uma solução previsível num contexto de conflito, mas que é um alerta para os problemas da gestação de substituição transfronteiriça...

A legislação portuguesa futura em matéria de gestação de substituição transfronteiriça deverá ter em conta as principais orientações do TEDH: são cinco as principais contribuições. Em primeiro lugar, destaca-se a defesa pela primazia do superior interesse da criança como critério uniformizador a adotar em qualquer decisão que a envolva. Em segundo lugar, o reconhecimento da relação de filiação validamente constituída em país estrangeira. Em terceiro lugar, a imposição de limites à atuação da ROPI. Em quarto lugar, a delimitação do âmbito de aplicação do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Em quinto lugar, a delimitação do âmbito do direito à reprodução.

Assim, na jurisprudência do TEDH destaca-se o apelo à proteção do superior interesse da criança nascida na sequência de um contrato de gestação de substituição transfronteiriço. o TEDH tem vindo a defender a necessidade de proteção e garantia do direito à identidade e à vida privada familiar desta criança, direito plasmado no art. 8.º da CEDH. Em particular, a jurisprudência do TEDH contribuiu para a mudança de paradigma no reconhecimento de efeitos de filiação no âmbito de contratos de gestação transfronteiriços, marcando a tendência do que se deve praticar nesta matéria. Num primeiro momento,

reconhecendo a relação jurídica estabelecida pai-criança e, num segundo momento, a relação jurídica entre a criança e a mãe intencional. No caso de um casal de beneficiários é suficiente que pelo menos um dos membros tenha ligação genética com a criança para que se possa considerar a prevalência do direito ao respeito pela vida privada da criança (direito à identidade). Esse direito é claramente reconhecido em relação ao progenitor genético, mas também se ficciona o reconhecimento em relação ao membro do casal que não é progenitor genético (embora, neste caso, os meios para se proceder ao reconhecimento sejam deixados à consideração do Estado). Na ausência de ligação genética entre os beneficiários e a criança, é concedida aos Estados uma maior margem de apreciação para rejeitar o reconhecimento da filiação, embora essa rejeição não possa ocorrer se colocar em causa o superior interesse da criança. O direito à vida privada da criança é autónomo do direito ao respeito pela sua vida familiar. Neste último caso, apenas deve ser concedida à criança a possibilidade de viver com os beneficiários em condições normais e sem restrições.

As contribuições do TEDH apresentam-se como deveras importantes para a ponderação em matéria de legislação sobre esta temática, nomeadamente num acordo ou convenção internacional, como se projeta com a Conferência de Haia. A nosso ver, a complexidade da temática e a divergência de conceção ético-jurídicas não podem ser um limite à discussão e procura de soluções. A gestação de substituição é um fenómeno transversal aos Estados e vai continuar a ser praticada. Portanto, é fundamental encontrar soluções, a curto e médio prazo, para minimizar os riscos, os perigos e as consequências problemáticas.

3. NOTAS FINAIS

Decorridos mais de cinco anos após a entrada em vigor da Lei n.º 25/2016, que veio admitir pela 1.^a vez o acesso à gestação de substituição em Portugal, e sem que tenha ocorrido o nascimento de qualquer criança no âmbito daquele regime, deu-se o tão esperado passo de criação do novo regime de gestação de substituição.

Porém, mais uma vez, a pressa do legislador português não foi “amiga” da perfeição. Por um lado, a lei continua ser ter aplicabilidade

prática. Por outro lado, o exposto no ponto anterior da nossa investigação, facilmente se depreenderá que não concordamos com todas as soluções apresentadas pelo legislador. É positivo que o legislador tenha tomado uma posição, mas a complexidade da matéria e a segurança/proteção de todos os envolvidos exigiam outros cuidados que não foram considerados. De momento, os problemas parecerem continuar a ser superiores (ou mais relevantes) do que as soluções encontradas. Estamos certos que esta Lei ainda fará correr muita tinta...

A ACEITAÇÃO DA HERANÇA. PURA E SIMPLES OU A BENEFÍCIO DE INVENTÁRIO

UMA ABORDAGEM SUBSTANTIVA E PROCESSUAL

Diana Leiras *

I. RESPONSABILIDADE PELOS ENCARGOS DA HERANÇA: CONSIDERAÇÕES BASILARES

A sucessão abre-se no momento da morte do seu autor (art. 2031.º do Código Civil, doravante CC), sendo o seu objeto composto pelas relações jurídicas de que o *de cuius* era titular, desde que não excetuadas por lei (art. 2025.º do CC). Tais relações jurídicas tanto podem respeitar a bens e direitos como a obrigações e dívidas ¹, pelo que se a herança tem dívidas, desde logo dívidas que foram contraídas pelo autor da sucessão, ocorre, por regra, a transmissão delas para a universalidade da herança, que passa a constituir a garantia patrimonial dos credores ².

* Doutora em Direito. Professora Adjunta Convidada da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense. dleiras@ipca.pt

¹ Parafrazeando GOMES DA SILVA, “[a] aquisição do herdeiro é unitária”; [a]través da aquisição, o herdeiro torna-se titular imediato de todas as situações jurídicas”. Cfr. *Herança e sucessão por morte, A sujeição do património do de cuius a um regime unitário no Livro V do Código Civil*, Universidade Católica, 2002, p. 54.

² Vid. CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 310-311, que explica que “[a] morte do *de cuius* não

Nos termos do art. 2068.º do CC, “[a] herança responde pelas despesas com o funeral e sufrágios do seu autor, pelos encargos com a testamentaria, administração e liquidação do património hereditário, pelo pagamento das dívidas do falecido e pelo cumprimento dos legados”. Este preceito enuncia, assim, as realidades (encargos) que devem ser suportadas pelas forças da herança, respondendo todos e cada um dos bens desta pelas dívidas do *de cuius* à data da morte, e outras posteriores a esta data, umas relacionadas com o falecimento dele e outras com o património da herança ³, e, ainda, pelos legados ⁴.

Para efeito da satisfação dos encargos da herança, para além dos bens deixados pelo *de cuius* à data da sua morte, também fazem parte do acervo hereditário os bens sub-rogados no lugar dos bens da herança por meio de troca direta, o preço dos alienados, os bens adquiridos com dinheiro ou valores da herança, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição e, por fim, os frutos percebidos até à partilha (art. 2069.º do CC). Portanto, existindo encargos a satisfazer pela herança, considera-se que esses bens e valores integram a comunhão hereditária ⁵.

Os credores da herança e os legatários gozam de preferência sobre os credores pessoais dos herdeiros, e os primeiros sobre os segundos

extingue as suas obrigações, acontecendo que a posição jurídica no lado passivo das relações jurídicas é ocupada pelos seus sucessores”.

³ Em causa estão “encargos ordinários da herança”, impostos pela lei sucessória e referentes a todo e a qualquer herdeiro, não sendo, pois, confundíveis com os encargos especiais impostos pelo testador a certos seus herdeiros ou legatários testamentários e legítimos. Cfr. CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 73 nota 190.

⁴ Os legados tanto podem ser testamentários (art. 2030.º, n.ºs 1 e 4, do CC) como legais (*v. g.* o apanágio do cônjuge sobrevivente, consagrado no art. 2018.º do CC, ou os alimentos devidos ao membro da união de facto nos termos do art. 2020.º do CC).

⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, M. (*et. al.*), *O novo regime do processo de inventário e outras alterações na legislação processual civil*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 38.

No ac. do TRP de 10.01.2013, proc. n.º 2174/09.0TBVNG.P (Relator: José Barros), disponível em www.dgsi.pt, decidiu-se que esta extensão da herança não abrange “as obrigações *assumidas ex novo* pelos herdeiros, mesmo que visem a beneficiação da herança”.

(art. 2070.º, n.º 1, do CC), estando a ordem a observar na satisfação dos encargos da herança contida no art. 2068.º do CC (art. 2070.º, n.º 2, do CC). As preferências mantêm-se nos cinco anos após a abertura da sucessão ou a constituição da dívida, se esta é posterior, ainda que a partilha da herança já tenha sido realizada, e prevalecem ainda que algum credor preterido tenha adquirido garantia real constituída sobre os bens hereditários (art. 2070.º, n.º 3, do CC).

Dos arts. 2068.º e 2071.º, ambos do CC (e, ainda, dos arts. 2097.º e 2098.º do mesmo diploma legal), resulta claramente que são os herdeiros, e não os legatários, que respondem pelos encargos da herança, o que se justifica com o facto de ser o herdeiro o sucessor universal, isto é, aquele que sucede na totalidade ou numa quota do património hereditário (o legatário sucede a título particular, em bens ou valores determinados), cfr. art. 2030.º do CC, em especial, n.º 2⁶. Ademais, sendo os legados considerados encargos da herança (art. 2068.º do CC, *in fine*), o legatário é, ele próprio, um credor da herança, aspeto que é confirmado pelo art. 2265.º, n.º 1, do CC⁷.

Não obstante, dado que o legatário ocupa a posição mais desfavorável na ordem de satisfação dos encargos da herança (arts. 2070.º, n.º 2, e 2068.º, ambos do CC), ele responde por dívidas da herança se os bens que lhe foram legados forem necessários para pagar os credores da herança, podendo, assim, para pagamento destes, ver reduzidos

⁶ Nas palavras de GOMES DA SILVA, J., *ob. cit.*, pp. 203, os herdeiros “os únicos sucessores no património, aqueles em que se verifica a *successio in universum ius*”.

No caso de alienação de herança ou de quinhão hereditário, o adquirente sucede nos encargos respetivos, mas o alienante responde solidariamente por esses encargos, sem prejuízo do direito de regresso contra o adquirente (art. 2128.º do CC). Para desenvolvimentos sobre o regime de sucessão nos encargos contido no art. 2128.º do CC, *vid.*, *v. g.*, OLIVEIRA DE ASCENSÃO, J., *Direito Civil Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 490 (“O herdeiro, dada a sua posição pessoal, continua vinculado pelos encargos, mas os bens mantêm a responsabilidade, não se podendo por negócio jurídico desafetá-los”).

Tendo sido feita partilha parcial, a responsabilidade solidária do alienante mantêm-se apenas quanto aos bens que não foram partilhados. Cfr. neste sentido o Ac. do TRE, 28.10.2021, proc. n.º 4029/04.1TBSTB-C.E1 (Relatora: Maria Adelaide Domingos), disponível em www.dgsi.pt.

⁷ DUARTE PINHEIRO, J., *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 47.

e mesmo esvaziados os seus legados ⁸. É, aliás, por esta razão que o art. 1107.º do Código de Processo Civil (doravante CPC) atribui legitimidade aos legatários em processo de inventário para deliberar sobre o passivo e a forma do seu pagamento no caso em que da aprovação das dívidas resulte a redução de legados.

O legatário também responde por dívidas da herança no caso em que o testador tenha onerado o legado com uma dívida, mas apenas dentro dos limites do valor da coisa legada (art. 2276.º do CC) ⁹, ou, ainda, quando toda a herança tenha sido distribuída em legados, caso em que, em princípio, todos os legatários respondem na proporção dos seus legados (art. 2277.º do CC) ¹⁰.

Certos encargos da herança podem e devem ser satisfeitos pelo cabeça de casal no âmbito do exercício das suas funções de administração da herança indivisa (arts. 2079.º e ss. do CC), *rectius* as despesas do funeral, sufrágios e de administração (art. 2090.º do CC). No entanto, a regra é de que a satisfação dos encargos da herança tem de ser efetuada conjuntamente por todos os herdeiros (arts. 2097.º e 2091.º, n.º 1, do CC) ¹¹, ocupando estes o lugar do *de cuius* e podendo

⁸ Considerando a preferência dos credores da herança sobre os legatários, poderá não ser possível cumprir as disposições patrimoniais realizadas em testamento.

Conforme explica CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, I, p. 311, nota 796, neste caso, a responsabilidade dos legatários é subsidiária em relação à dos herdeiros (arts. 2070.º e 2278.º), mas isso não significa que exista qualquer preferência da satisfação dos legados em relação ao pagamento das legítimas aos herdeiros legítimos (arts. 2168.º e 2172.º do CC). Os herdeiros legítimos preferem aos sucessores testamentários (herdeiros ou legatários) na ordem de prioridade de chamamento à sucessão.

⁹ Os encargos impostos aos legatários respeitam “a cláusulas modais, limitativas dos próprios legados, e não a dívidas gerais do património do *de cuius*”. Cfr. CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, I, p. 71.

¹⁰ O art. 2072.º do CC prevê um regime específico para a responsabilidade do usufrutuário (que é havido como legatário, nos termos do art. 2030.º, n.º 4, do CC). Verifica-se que, sobre o usufrutuário apenas recai o ónus de adiantar ao herdeiro as somas necessárias, e que caso não proceda dessa forma, fica obrigado a pagar-lhes juros ou sujeito a que se vendam os bens usufruídos.

¹¹ Se a herança é deferida a um único herdeiro, ele é o único responsável subjetivo pelo cumprimento dos encargos da herança (sem prejuízo da competência própria do cabeça de casal quando não seja ele quem exerce este cargo), mas existindo separação do seu património pessoal do património da herança por ele adquirida,

ser demandados enquanto representantes da herança¹². Pela satisfação dos encargos da herança indivisa respondem coletivamente os bens que fazem parte desse património (art. 2097.º do CC), e não os bens pessoais dos herdeiros, e isto é assim ainda que se trate de dívida solidária (a solidariedade do devedor originário entretanto falecido não se estende aos seus herdeiros, cfr. art. 515.º, n.º 1, do CC)¹³.

Do art. 2071.º do CC, que dispõe sobre *responsabilidade do herdeiro pelos encargos da herança*, resulta que, para a separação entre o património hereditário e o património pessoal do herdeiro, é indiferente o modo como o sucessível aceitou a herança — a benefício de inventário ou pura e simplesmente (art. 2052.º, n.º 1, do CC)¹⁴ —,

a qual responde com os seus próprios bens por tais encargos (arts. 2068.º e 2071.º do CC). Cfr. CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, pp. 82-83.

¹² Ao contrário da herança jacente (art. 12.º, al. a), do CPC), a herança já aceite, mas ainda não partilhada, não goza de personalidade judiciária, razão pela qual os herdeiros são partes legítimas em ação destinada à respetiva cobrança, na qualidade de cotitulares da universidade que compõe esse património autónomo. Vid., neste sentido, *v. g.*, CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, pp. 80-81; e PAIS DE AMARAL, J. A., *Direito da Família e das Sucessões*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 353. Na jurisprudência, cfr. *v. g.* o Ac. do STJ de 21.11.2019, proc. n.º 1418/14.7TBEVR.E1-A.S1 (Relator: Bernardo Domingos) e o Ac. do TRG de 07.12.2016, proc. n.º 74/15.0T8CHV-A.G1 (Relatora: Maria Purificação Carvalho), ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

Da mesma forma, se está pendente ação judicial intentada contra o devedor que veio a falecer, esta parte processual deve ser substituída pelos seus herdeiros (art. 351.º, n.º 1, do CPC), mas sem que esta substituição processual implique que estes passem a responder pessoalmente pelos encargos da herança. Cfr. o Ac. do TRL de 13.07.2017, proc. n.º 559/10.4TBCSC-C.L1-6 (Relator: António Santos), disponível em www.dgsi.pt.

¹³ Cfr. *v. g.*, o Ac. do STJ, de 24.05.2022, proc. n.º 1791/04.5TBPBL-C.C1.S1 (Relatora: Maria da Graça Trigo), disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴ A vocação sucessória culmina com a atribuição do direito de aceitar ou não a sucessão. Com efeito, a aquisição da herança não se processa *ipso iure*, antes se baseia na manifestação de vontade do sucessível, embora com retroação dos efeitos do ato jurídico de aceitação (máxime a aquisição o domínio e posse dos bens da herança) ao momento da abertura da sucessão (arts. 2050.º do CC). Cfr. GOMES DA SILVA, J., *ob. cit.*, p. 72, que afirma que o Direito português segue um sistema de *aditio* (assim também, por exemplo, no Direito italiano) e não de aquisição *ipso iure* da herança. Vid. também CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, pp. 5, 12 e 13. Não obstante, há uma exceção: a aquisição da herança pelo Estado, como

sendo a herança responsável pelos seus próprios encargos ¹⁵. Com efeito, a lei substantiva (e também a processual, cfr. art. 744.º, n.º 1, do CPC, que concretiza processualmente o disposto no art. 2071.º do CC ¹⁶) estabelece a desresponsabilização do herdeiro para além das forças da herança, sendo, pois, a sua responsabilidade *intra vires hereditatis*, e não *ultra vires*, na qual não opera essa limitação de responsabilidade, respondendo pelas dívidas da herança também os bens próprios do herdeiro ¹⁷. Está, assim, estabelecida *ex lege* a separação entre o património hereditário e o património pessoal dos herdeiros, sendo esta uma solução que protege o interesse do herdeiro (e dos respetivos credores pessoais, no caso de a herança ter um passivo superior ao seu ativo), e, outrossim, dos credores da herança (no caso de insolvência do património do herdeiro) ¹⁸.

Não obstante o exposto, a partilha representa um momento marcante na efetivação da responsabilidade pelos encargos da herança. Vejamos.

sucessor legítimo, opera de direito, sem necessidade de aceitação e sem possibilidade de repúdio (art. 2154.º do CC).

- ¹⁵ A herança constitui, assim, uma universalidade composta por um património autónomo diretamente responsável pelos seus encargos. Por estes respondem todos e cada um dos bens da herança, como universalidade, desde que suscetíveis de penhora (cfr. arts. 601.º do CC e 735.º e ss. do CPC), sem prejuízo da afetação de certos bens da herança a certos encargos (no caso de dívidas garantidas por hipoteca ou penhor). Cfr. CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, I, p. 81, nota 213.
- ¹⁶ O art. 744.º, n.º 1, do CPC visa processualizar o princípio da limitação da responsabilidade do herdeiro pelas dívidas da herança. Vid. LEBRE DE FREITAS, J., *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2017, p. 270.
- ¹⁷ Vid. *v. g.* PAMPLONA CORTE-REAL, C., *Direito da Família e das Sucessões, vol. II Sucessões, Lex* — Edições Jurídicas, 1993, p. 146; CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, pp. 80-81; e CARVALHO FERNANDES, L., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição, Coimbra, Quid Iuris, 2012, p. 335.
- ¹⁸ Vid. PEREIRA COELHO, F. M., *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, pp. 85 e 271 a 273; PIRES DE LIMA, F., e ANTUNES VARELA, A., *Código Civil anotado*, vol. VI, Coimbra Editora, 1998, p. 124; e CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, pp. 77 e 78. Este último autor explicita que esta separação de patrimónios também se consolida no facto de o herdeiro conservar “em relação à herança até à sua integral liquidação e partilha, todos os direitos e obrigações que tinha para com o falecido à exceção dos que se extinguem por efeito da morte deste” (art. 2074.º, n.º 1, do CC).

No caso em que a liquidação dos encargos da herança é feita antes da realização da partilha, esta apenas incidirá sobre o saldo que houver depois de pagas as dívidas da herança ¹⁹. Já se a partilha for realizada sem que os direitos dos credores da herança tenham sido satisfeitos, os mesmos subsistem, e os herdeiros passam a ser responsáveis pelo pagamento das dívidas da herança, na proporção da quota que a cada um deles tenha cabido na herança (art. 2098.º, n.º 1, do CC) ²⁰. Salientamos que este é o único critério aplicável para determinar a medida de responsabilidade dos herdeiros, sendo irrelevante qualquer outro, designadamente o valor por que os bens lhes foram adjudicados ²¹.

II. SEPARAÇÃO ENTRE O PATRIMÓNIO HEREDITÁRIO E O PATRIMÓNIO PESSOAL DOS HERDEIROS: REGIME SUBSTANTIVO E PROCESSUAL

Sendo certo que a própria lei estabelece a separação entre o património da herança e o património pessoal de cada um dos herdeiros, proclamando, pois, o *princípio da limitação da responsabilidade do*

¹⁹ Se os direitos de terceiro sobre determinados bens da herança forem de natureza remível (isto é, de natureza resgatável ou expurgável, cfr. arts. 721.º e ss. do CC) e houver na herança dinheiro suficiente, “pode qualquer dos co-herdeiros ou o cônjuge meeiro exigir que esses direitos sejam remidos antes de efetuada a partilha” (art. 2099.º do CC). O interesse é de qualquer dos herdeiros, porque antes da partilha nenhum deles “tem um efetivo e exclusivo direito sobre os bens certos onerados e porque há um interesse legal em que o problema não passe para a partilha, evitando desigualdades reais e não procedendo às complexas, e por vezes questionadas, operações previstas no art. 2100.º”. Cfr. CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, p. 81, notas 212 e 213.

²⁰ Não obstante, os herdeiros podem acordar em certo modo de pagamento (deliberar que o pagamento se faça à custa de dinheiro ou outros bens separados para esse efeito, ou que fique a cargo de algum ou de alguns deles), conforme resulta do n.º 2 do art. 2098.º do CC. Esse acordo produz efeitos em relação aos credores e legatários, embora o n.º 3 do art. 2098.º ressalve, para que estes não fiquem prejudicados perante a insuficiência de bens, que “se uns e outros não puderem ser pagos integralmente nos sobreditos termos, têm recurso contra os outros bens ou contra os outros herdeiros, nos termos gerais”.

²¹ Cfr. o Ac. do TRC de 12.09.2006, proc. n.º 365-B/1998.C1 (Relator: Artur Dias).

herdeiro pelos encargos da herança, a questão que ora se nos impõe é se tal separação se efetiva *ope legis*, ou, se pelo contrário, está dependente da atuação do sucessível em certo sentido, nomeadamente quanto ao modo de aceitação da herança, sendo caso disso ²².

Partindo do já aludido art. 2071.º do CC, verificamos que dele decorrem para o herdeiro diferentes consequências (de domínio probatório) consoante o modo por que aceitou a herança: se aceitou pura e simplesmente, caber-lhe-á fazer a prova de que, no acervo hereditário, não estão contidos bens de valor suficiente para pagamento da dívida (n.º 2); se aceitou a benefício de inventário, inverte-se o ónus da prova, incumbindo aos credores da herança fazer a prova de que, para além dos bens descritos no inventário, a herança tem outros bens, que podem responder pela dívida (n.º 1).

Este regime substantivo tem enquadramento e suporte na lei adjetiva, *rectius* no art. 744.º do CPC, relativo à penhora em execução movida contra herdeiro. Vejamos.

No âmbito de uma execução desse tipo, tendo a penhora recaído sobre bens próprios do herdeiro (e não sobre bens que este tenha recebido do autor da herança, como impõe o n.º 1 do art. 744.º do CPC), pode ele deduzir oposição à penhora, por simples requerimento, dirigido ao agente de execução, requerendo o levantamento dessa penhora, e indicando os bens da herança que tem em seu poder (art. 744.º, n.º 2, do CPC). Se ouvido o exequente, este não se opuser, o agente de execução procede em conformidade com o pedido do executado (art. 744.º, n.º 2, *in fine*, do CPC) ²³.

²² O Direito português afasta-se do regime tradicional dos direitos hereditários de inspiração romana ao limitar a responsabilidade do herdeiro (art. 2071.º do CC). Como veremos, a eventual diferença entre as formas de aceitação da herança é relegada para o domínio probatório. Cfr. GOMES DA SILVA, J., *ob. cit.*, p. 144.

²³ Se o herdeiro executado nada fizer, ou seja, não proceder nos termos do n.º 2 do art. 744.º do CPC, o seu património pessoal vai responder por uma dívida da herança, que não sendo sua, lhe é alheia. Cfr. o Ac. do STJ, 25.11.1998, proc. n.º 98B1008 (Relator: Dionísio Correia), disponível em www.dgsi.pt.

A oposição por simples requerimento a que se refere o art. 744.º, n.º 2, do CPC constitui o meio de reação que o herdeiro executado tem ao seu dispor contra a penhora do seu património pessoal, e não a impugnação da habilitação em recurso deduzido contra a decisão final do incidente de habilitação. Cfr. Ac. do

Já se opondo o exequente ao levantamento da penhora, que é a situação mais recorrente na prática (até porque a lei não exige que esta oposição seja fundamentada), o herdeiro, se aceitou a herança pura e simplesmente, só conseguirá eximir-se a essa penhora, obtendo o seu levantamento, se alegar e provar perante o juiz (art. 744.º, n.º 3, do CPC): “a) Que os bens penhorados não provieram da herança”; e “b) Que não recebeu da herança mais bens do que aqueles que indicou ou, se recebeu mais, que os outros foram todos aplicados em solver encargos dela”²⁴.

Por sua vez, da conjugação deste preceito (art. 744.º, n.º 3, do CPC) com o art. 2071.º, n.º 1, do CC depreendemos que ao herdeiro que aceitou a herança a benefício de inventário bastará alegar e provar, mediante a apresentação da certidão do respetivo processo de inventário, que os bens penhorados não pertencem à herança, e indicar os que, desta, se encontram em seu poder, havendo-os. Por sua vez, ao credor caberá o ónus da prova relativamente à existência de outros bens que não foram inventariados ou que os bens penhorados provieram efetivamente da herança. Ficando provado que o bem penhorado não proveio da herança, o mesmo não responde pela dívida da herança, razão pela qual a penhora realizada deverá ser levantada²⁵.

Posto isto, se é certo que quando os herdeiros não realizam a partilha da herança por meio de inventário não ficam sujeitos às incomodidades próprias do contencioso, e que a partilha amigável se realiza, em princípio, com maior celeridade e economia de custos, também o é que esta

TRC, 14.12.2020, proc. n.º 3836/18.2T8CBR-B.C1 (Relator: Luís Cravo), disponível em www.dgsi.pt.

Em sentido próximo, vid. o Ac. do TRL de 25.01.2007, proc. n.º 9459/06-2 (Relator: Francisco Gagueijo), disponível em www.dgsi.pt, no qual se decidiu que a limitação da responsabilidade dos herdeiros pelos encargos para além do valor dos bens herdados, só poderá ser efetuada em sede de processo de inventário ou de processo executivo (por oposição à penhora, com a justificação de que os bens penhorados não integram o acervo da herança, nos termos do art. 827, do CPC — atual art. 744.º), e nunca por meio de ação que visa unicamente declarar a existência de um direito de crédito de alegado credor da herança.

²⁴ Cfr. *v. g.*, CARVALHO GONÇALVES, M., *Lições de Processo Executivo*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 359.

²⁵ Vid. LEBRE DE FREITAS, J., *ob. cit.*, p. 271; e CARVALHO GONÇALVES, M., *ob. cit.*, p. 359.

última forma de partilha não implica aceitação beneficiária, e esta, como vimos, devido a uma diferença de prova, é mais protetora para os herdeiros (perante os credores da herança) do que a aceitação pura e simples ²⁶. Neste conspecto, salientamos que esta proteção abrange todos os encargos da herança, e, portanto, também aqueles que não eram conhecidos dos herdeiros aquando da realização da partilha, mas cuja satisfação lhes pode ser exigida ao abrigo do art. 2098.º, n.º 1, do CC.

Aqui chegados, estamos convictos de que, na aceitação a benefício de inventário, se estabelece uma separação patrimonial *perfeita* entre a herança e o património pessoal do herdeiro, que assenta na declaração deste que aceita a herança mas com reserva do direito de só receber o seu valor líquido, depois de pagos os encargos (responsabilidade *cum viribus*). Já na aceitação pura e simples, essa separação ainda que exista é *imperfeita*, porquanto não se afigura fácil para o herdeiro demonstrar quais são os bens que integram essa massa patrimonial e afastar as agressões ao seu património pessoal por parte dos credores da herança ²⁷.

Como dissemos, no âmbito da execução movida contra herdeiro que não aceitou a herança a benefício de inventário e na qual foram penhorados bens próprios dele, se o exequente tiver deduzido oposição ao levantamento da penhora, não bastará ao herdeiro (na sua posição de executado) demonstrar que a penhora recaiu sobre bens da sua titularidade e indicar os bens da herança que tem em seu poder. Cumulativamente, terá de demonstrar que não existiam na herança valores suficientes para pagamento da dívida, fazendo prova de que não recebeu da herança mais bens do que aqueles que indicou ou, se recebeu mais,

²⁶ Associando essa função de proteção ao processo de inventário, vid. CARVALHO DE SÁ, D., *Do inventário descrever, avaliar e partir*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 25.

A função do inventário de limitar a responsabilidade do herdeiro no que respeita a dívidas da herança está expressamente indicada no Regulamento Europeu (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, *relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu* (cfr. Considerando n.º 33).

²⁷ Cfr. GOMES DA SILVA, J., *ob. cit.*, pp. 161-163; e ARAÚJO DIAS, C. M., *Lições de Direito das Sucessões*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 162.

que os outros foram todos aplicados em solver encargos dela, e tendo de indicar os meios de prova logo no requerimento em que suscita o incidente (arts. 744.º, n.º 3, e 293.º, ambos do CPC) ²⁸. Destarte, se o herdeiro não cumpre o ónus da prova que legalmente lhe é imposto, com a acrescida dificuldade inerente à prova do facto negativo de que não recebeu mais bens do que aqueles que indicou, a penhora que tenha incidido sobre bens próprios seus, não será levantada.

A este propósito, vejam-se os ensinamentos prestados por GOMES DA SILVA: — “Provar que numa herança não existem valores suficientes para o cumprimento dos encargos, imagina-se uma prova difícil. A lógica levamos a pressupor que só é possível demonstrar esse facto negativo, se o ou os herdeiros conseguirem provar a existência de todos os bens que compõem a herança”; e, ainda, “[e]ste pensamento é confirmado pelo Código de Processo Civil, que vem completar o disposto na lei civil ²⁹.”

Dito isto, apesar de a responsabilidade do herdeiro não ser *ultra vires hereditatis*, no caso de aceitação pura e simples da herança, em razão de contingências de prova, a limitação de responsabilidade ao valor dos bens da herança pode não operar e, por conseguinte, aquele pode ter de pagar dívidas da herança com bens pessoais ³⁰. A este respeito, consideramos particularmente elucidativo o seguinte trecho do Acórdão do STJ de 21.11.2019, proferido no proc. n.º 1418/14.7TBEVR.E1-A.S1 ³¹:

— “Os autores não estão impedidos de formular um pedido contra a herança indivisa, representada por todos os herdeiros, de

²⁸ Conforme consignou o Ac. do TRL, 13.07.2017, proc. n.º 559/10.4TBCSC-C.L1-6 (Relator: António Santos), disponível em www.dgsi.pt, é aplicável a este incidente o disposto nos arts. 293.º a 295.º do CPC (*ex vi* do art. 292.º do CPC, e n.º 2 do art. 785.º, do CPC, este último por analogia), e, portanto, o executado deve indicar os meios de prova logo no requerimento em que suscite o incidente.

²⁹ GOMES DA SILVA, J., *ob. cit.*, pp. 157-159, alude a uma prova que não é diabólica, mas impossível.

Não indo tão longe, CARVALHO FERNANDES, L., *ob. cit.*, p. 336, e OLIVEIRA DE ASCENSÃO, J., *ob. cit.*, p. 516, referem-se à dificuldade de realização da prova pelo herdeiro.

³⁰ Cfr. neste sentido, GOMES DA SILVA, J., *ob. cit.*, p. 159; CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, I, p. 77; e CARVALHO FERNANDES, L., *ob. cit.*, p. 336.

³¹ (Relator: Bernardo Domingos), disponível em www.dgsi.pt.

valor superior ao acervo hereditário, o que sucede é que os herdeiros estão salvaguardados de responder para além dos bens que constituem a herança, ou do valor dos bens herdados por cada um, se esta foi aceite a benefício de inventário. Sendo a herança aceita pura e simplesmente, a responsabilidade do herdeiro também não deve exceder o valor recebido da herança mas, nesse caso, incumbe ao herdeiro fazer a prova de que os valores recebidos são insuficientes para cumprir o encargo, ou seja, trata-se de matéria de exceção a alegar e provar por parte do herdeiro que não teve o cuidado de exigir a partilha em benefício de inventário. Se o não fizer pode ter de satisfazer um encargo de valor superior ao valor dos bens herdados, daí que não seja ilícito pedir e obter uma condenação em valor superior às forças da herança” (o sublinhado é nosso).

Ora, casos como este não são tão raros como se possa pensar. A jurisprudência dá-nos a conhecer diversos casos de execuções movidas contra herdeiros em que estes, tendo aceitado a herança pura e simplesmente, e não com o benefício de inventário, acabaram por responder com património pessoal por dívidas da herança devido ao facto de não terem cumprido de forma plena o ónus da prova imposto pelo art. 744.º, n.º 3, do CPC. Vejamos dois acórdãos exemplificativos:

- O Acórdão do TRL de 13.07.2017 (proc. n.º 559/10.4TBCS-C-C.L1-6 ³²) decidiu revogar a decisão do tribunal de primeira instância que ordenou “o levantamento imediato das penhoras de saldos bancários titulados pelos habilitados”, uma vez que, como estes aceitaram a herança pura e simplesmente, era ónus deles alegar e provar que os bens penhorados (as quantias depositadas) não provieram da herança; não era a exequente que tinha de alegar e provar que tais quantias eram provenientes da venda pelos executados de bens móveis pertencentes à herança; e o

³² (Relator: António Santos), disponível em www.dgsi.pt.

- Acórdão do TRL de 06.04.2020 (proc. n.º 7303/18.6T8LRS-A. L1-2 ³³) decidiu pela improcedência da oposição à penhora realizada sobre um terço do vencimento mensal auferido por uma das executadas herdeiras do devedor, por esta não ter feito, no requerimento em que suscitou o incidente, prova de que não recebeu outros bens da herança do que aqueles que indicou ou, se recebeu mais, que os outros foram todos aplicados em solver encargos dela. Da fundamentação desta decisão judicial consta ainda que “o art. 744.º do CPC foi corretamente aplicado com respeito do pressuposto de que a herdeira só responde na proporção e até ao limite da sua quota, independentemente dos concretos bens que foram penhorados” ³⁴.

III. A ACEITAÇÃO DA HERANÇA EM BENEFÍCIO DE INVENTÁRIO

1. Considerações preliminares

Como vimos *supra*, a aceitação da herança pode verificar-se de forma pura e simples ou a benefício de inventário (art. 2052.º, n.º 1, do CC) ³⁵, mas a *inversão do ónus da prova* do herdeiro para o credor da herança,

³³ (Relator: Nelson Borges Carneiro), disponível www.dgsi.pt.

³⁴ Cfr. também o Ac. do TRP de 04.05.2022, proc. n.º 8791/06.9YYPRTE.P1 (Relator: Paulo Duarte Teixeira), disponível em www.dgsi.pt, no qual não foi concedido provimento ao pedido do herdeiro de levantamento da penhora sobre o prédio que recebeu em partilha da herança, pelo facto de aquele não ter aceitado a herança a benefício de inventário e, por essa razão, ter ficado onerado com o ónus da prova da insuficiência de bens da herança, não ter feito prova de que o valor desse bem, deduzido o valor dos encargos da herança já satisfeitos, é negativo. No mesmo segmento, vid. os seguintes arestos: TRG, 01.07.2021, proc. n.º 997/04.1TBVVD-F.G1 (Relator: Jorge Santos); TRE de 28.10.2021, proc. n.º 4029/04.1TBSTB-C.E1 (Relatora: Maria Adelaide Domingos); e TRG de 31.10.2012, proc. n.º 2072/09.3TBVCT-B.G1 (Relator: Ramos Lopes), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

³⁵ Em princípio, o sucessível tem o direito de optar entre estas duas espécies de aceitação (o n.º 2 do art. 2052.º do CC dispõe que se têm “como não escritas as cláusulas testamentárias que, direta ou indiretamente, imponham uma ou outra espécie de aceitação”).

que assenta na presunção de que não existem outros bens hereditários (para além dos inventariados) ³⁶, só se verifica com a aceitação a benefício de inventário (art. 2071.º do CC e art. 744.º do CPC) ³⁷.

Para que o sucessível aceite a herança com tal benefício, das duas uma: ou requer inventário ou intervém em inventário pendente (art. 2053.º do CC). Assim, distintamente da aceitação pura e simples, que se faz sem mais, o mesmo é dizer, independentemente de processo de inventário ³⁸, a aceitação a benefício de inventário está absolutamente dependente desse processo. Com efeito, esta figura não tem, hoje, ao invés do que sucedia no Código Civil de 1867, da autoria de Visconde de Seabra (conhecido, por isso, como *Código de Seabra*), autonomia em relação ao processo destinado à partilha da herança; o atual Código Civil não a regula, antes se limita a indicá-la e a prescrever como a mesma se efetiva ³⁹.

³⁶ GOMES DA SILVA, J., *ob. cit.* pp. 161-162.

³⁷ No Ac. do STJ de 06.07.1981, proc. n.º 069276 (Relator: Joaquim Figueiredo), disponível em www.dgsi.pt, decidiu-se que “[o] facto de se ter procedido a escritura pública em que, com a intervenção de herdeiro e de legatário, se declarou serem os bens aí descritos os únicos que constituíam a herança, não integra nenhuma das causas de inversão do ónus da prova previstas no artigo 344.º, do Código Civil”.

³⁸ A lei guarda silêncio quanto à forma de concretização desta espécie de aceitação, mas a mesma pode ser extraída do art. 2053.º do CC *a contrario sensu*. Cfr. CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, p. 19; e CARVALHO FERNANDES, L., *ob. cit.*, p. 275.

³⁹ O Código de Seabra, seguindo o modelo sistemático do Código Civil francês (1804), estruturava o inventário como uma mera modalidade de aceitação da herança, a qual se encontrava regulada de forma pormenorizada (arts. 2044.º a 2063.º). Nesse processo, que estava sujeito a determinados prazos e formalismos, era relacionado todo o ativo e o passivo da herança, liquidava-se este por força daquele e repartia-se o remanescente, se o houvesse, atribuindo-se aos sucessores. O motivo pelo qual o atual Código Civil não regula esta figura poderá ter que ver com a sua aplicação escassa ou até nula na vigência desse Código. Para mais desenvolvimentos a este respeito, vid. LOPES CARDOSO, A., *Partilhas litigiosas*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2018, p. 96.

Numa perspetiva de Direito comparado, salientamos que o Código Civil espanhol — CC esp. (1889) também prevê que a aceitação pode ser pura e simples ou a benefício de inventário (art. 998.º), mas a limitação da responsabilidade do herdeiro pelos encargos da herança só opera no caso de aceitação beneficiária; no caso de aceitação pura e simples, o herdeiro responde por todos os encargos da

Clarificarmos que, apesar da letra do art. 2053.º do CC, não deve considerar-se que a aceitação beneficiária se produz com a mera instauração do processo de inventário ou intervenção em processo de inventário pendente. Como é lógico, as vantagens que esta espécie de aceitação confere ao herdeiro, as quais temos vindo a referir (art. 2071.º, n.º 1, do CC), só se produzem se esse processo prosseguir os seus termos, e nele for obtida uma relação dos bens objeto da sucessão, e eventual liquidação da herança. Se tal não acontecer, por motivo de desistência da instância ⁴⁰, deve considerar-se, dada a natureza irrevogável da aceitação (art. 2061.º do CC), que o herdeiro aceitou a herança, mas com a preclusão do benefício de inventário, o mesmo é dizer, de forma pura e simples.

A este respeito, salientamos que a função de relação dos bens é indissociável do processo de inventário seja qual seja a finalidade do mesmo (art. 1082.º do CPC): neste processo têm de ser relacionados os bens objeto do património em causa (arts. 1097.º, n.º 3, al. c), e 1098.º, e 1084.º, todos do CPC).

Sob outro prisma, notamos que o facto de o sucessível ter aceitado a herança pura e simplesmente não o impede de requerer

herança não só com o património da herança mas também com o seu próprio património (cfr. arts. 1023 e 1003, ambos do CC esp.).

A aceitação a benefício de inventário está regulada de forma pormenorizada nesse Código (arts. 998 a 1034), não como modo de aceitação da herança, mas como procedimento liquidatário desta.

A *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* veio estabelecer que a declaração de aceitação a benefício de inventário se faz perante notário, e não perante juiz (art. 1011 CC esp.), sendo a única exceção a do herdeiro que se encontra em país estrangeiro, que pode fazer a sua declaração perante o agente diplomático ou consular de Espanha que esteja habilitado para exercer as funções de notário nesse país (art. 1012 do CC esp.).

Espírito Santo, J., *Inventário judicial e notarial*, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 45 e ss, faz uma interessante análise de Direito comparado sobre aspetos gerais da aceitação da herança e da partilha no âmbito do Direito comum espanhol, e, ainda, do Direito francês, italiano e alemão.

⁴⁰ Em processo de inventário não é permitida a desistência do pedido. Cfr. o Ac. do TRC de 03.11.2015, proc. n.º 3845/12.5tBVIS.C1 (Relator: Falcão de Magalhães), disponível em www.dgsi.pt. No sentido de que, após a citação dos demais interessados, a desistência da instância só é possível desde que ela seja aceite por todos os demais interessados, cfr. o Ac. do TRE de 20.12.2012, proc. n.º 324/05.0TBTVR. E1 (Relatora: Maria Isabel Silva), disponível em www.dgsi.pt.

inventário ou intervir em processo de inventário pendente, mas sem que, em tal caso, se possa considerar, outrossim por razão da natureza irrevogável da aceitação, que tenha aceitado a herança a benefício de inventário.

Portanto, em qualquer dos casos indicados, o herdeiro obtém efeitos do processo de inventário com ressalva da inversão do ónus da prova prevista no n.º 1 do art. 2071.º do CC ⁴¹. Ainda assim, há que ter em conta a aplicação das regras do caso julgado em matéria de inventariação de bens quanto a credor que tenha intervindo no inventário ⁴². Neste âmbito, assinalamos que, embora não sejam interessados diretos na partilha, os credores da herança podem reclamar contra a relação de bens, desde logo, alegando (e provando) a existência de outros bens da herança (art. 1104.º, n.º 1, al. *d*), do CPC). Isto é assim porque os bens que integram o património hereditário constituem a garantia do pagamento dos credores da herança e, nos termos do art. 1085.º, n.º 2, al. *b*), do CPC, tais interessados podem, em processo de inventário pendente, intervir “nas questões relativas à verificação e satisfação dos seus direitos” ⁴³.

2. Aceitação beneficiária no caso de *inventário divisório*

Exposto o modo (ou melhor, modos) de efetivação da aceitação beneficiária, passamos à análise dos casos em que a partilha da herança se realiza por meio de inventário, cumprindo este processo a função de “fazer cessar a comunhão hereditária e proceder à partilha de bens” (art. 1082.º, al. *a*), do CPC).

Tal processo, geralmente denominado de *inventário divisório*, afasta-se daquele que está enunciado na alínea *b*) do mesmo preceito legal, que visa “relacionar os bens que constituem objeto de sucessão e servir de base à

⁴¹ Como ensina OLIVEIRA DE ASCENSÃO, J., *ob. cit.*, p. 516, “[n]ão é a existência de inventário, mas a aceitação a benefício de inventário, que o art. 2071.º/1 liga à inversão do ónus da prova”.

⁴² Vid. CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, p. 19, nota 37.

⁴³ Como explica GOMES DA SILVA, J., *ob. cit.*, p. 162, “[a] prova de que certos bens não foram incluídos no inventário implica, naturalmente, a sua inclusão na relação de bens, com a conseqüente responsabilidade”.

eventual liquidação da herança, sempre que não haja que realizar a partilha de herança” (*inventário arrolamento*)⁴⁴.

Ora, quanto à forma da partilha da herança, rege o disposto no art. 2102.º do CC.

De acordo com o n.º 1 desse preceito legal, “[h]avendo acordo dos interessados, a partilha é realizada nas conservatórias ou por via notarial, e, em qualquer outro caso, por meio de inventário, nos termos previstos em lei especial”. Portanto, se todos os herdeiros estão de acordo quanto ao modo como deve ser organizada a partilha da herança, e não se trata de um caso em que a lei impõe que a partilha se realize por meio de inventário, esta pode fazer-se nas conservatórias, através de procedimento simplificado de sucessão hereditária, ou por via notarial⁴⁵. Destarte, não sendo possível alcançar o referido acordo, independentemente da natureza dos bens a partilhar, a partilha só poderá realizar-se em processo de inventário (art. 2102.º, n.º 2, al. *a*), do CC).

As alíneas *b*) e *c*) do n.º 2 do art. 2102.º do CC indicam mais dois casos em que se tem de proceder à partilha de herança por inventário, os quais têm como desiderato a proteção de certos interessados carecidos de proteção legal⁴⁶.

Nos termos da al. *b*) dessa norma, procede-se à partilha por meio de inventário “[q]uando o Ministério Público entenda que o interesse do incapaz a quem a herança é deferida implica aceitação beneficiária”.

⁴⁴ Vid. *u. g.* CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, p. 18; e TEIXEIRA DE SOUSA, M. (*et. al.*), *ob. cit.*, p. 20.

⁴⁵ Se os bens a partilhar não exigirem essas formalidades, a partilha pode realizar-se verbalmente, atento o princípio da liberdade de forma consagrado no art. 219.º do CC. Cfr. MENÉRES CAMPOS, I., *Código Civil anotado, Livro V*, Cristina Dias, Coord., Coimbra, Almedina, 2018, p. 127.

⁴⁶ Em legislação avulsa, encontramos outros casos em que aceitação de heranças, ou também de doações e legados, se tem de fazer a benefício de inventário. Cfr. *u. g.*, o art. 34.º, n.º 3, da Lei-Quadro das Fundações (de Direito Privado) — Lei n.º 24/2012, de 9.7, que determina que “as fundações só podem aceitar heranças a benefício de inventário”; os arts. 38.º e 39.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (DL n.º 280/2007, de 07.08); e os arts. 9.º, n.º 2, al. *a*), e 33.º, n.º 1, al. *j*), do Regime Jurídico das Autarquias Locais (Lei n.º 75/2013, de 12/09).

Os pais, enquanto representantes legais do menor (art. 124.º do CC) exercem as suas competências com os limites que a lei especifica (arts. 1877.º e ss., e 1921.º e ss., todos do CC), estando os mesmos impedidos de, sem autorização judicial, aceitar herança com encargos, e convencionar partilha extrajudicial (arts. 1889.º, n.º 1, al. *l*), do CC)⁴⁷. No caso em que o menor é representado por um tutor (arts. 1927.º e ss.), a lei faz a mesma exigência no art. 1938.º, n.º 1, al. *c*), do CC, mas ainda que a herança não tenha encargos⁴⁸. Para o caso de a herança ser deferida a maior acompanhado, notamos que, ao abrigo do art. 145.º, n.º 4, do CC, a representação legal segue o regime da tutela (embora com as adaptações necessárias, e com possibilidade de o tribunal dispensar a constituição do conselho de família). Acresce que, integrando a herança bens imóveis, a exigência de autorização judicial também decorre do art. 145.º, n.º 3, do CC.

Ora, pode o M.P. ou o tribunal, consoante o caso⁴⁹, não conceder a autorização requerida para a aceitação da herança e realização extrajudicial da partilha, caso em que a partilha será realizada em processo de inventário, com aceitação beneficiária pelo menor ou

⁴⁷ A expressão “encargos” contida nesta norma inclui as dívidas do *de cujus*, autor da herança deixada ao menor. Cfr. neste sentido, o Ac. do TRC, de 26.10.1999, proc. n.º 2064/99 (Relator: Gil Roque), disponível em www.dgsi.pt. Da mesma forma, os representantes legais carecem de autorização judicial para “repudiar a herança ou legado” (art. 1889.º, n.º 1, al. *j*), do CC).

Se o representante legal do menor pratica o ato sem tal autorização, o mesmo é passível de anulação, a requerimento do filho, até um ano depois deste atingir a maioridade (cfr. art. 1892.º do CC). Neste sentido, decidiu o Ac. do TRL, de 21.09.2017, proc. n.º 223/15.8T8CBA.L1-2 (Relatora: Ondina Carmo Alves), disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁸ Se o tutor praticar o ato sem a autorização exigida por esta norma, o mesmo é passível de anulação nos termos previstos no art. 1940.º do CC.

⁴⁹ Em princípio, a competência para a decisão relativa a pedido de autorização para a prática de atos pelo representante legal ou acompanhado, quando legalmente exigida, está deferida ao Ministério Público (doravante apenas M.P.), por força do art. 2.º, n.º 1, al. *b*), do DL n.º 272/2001, de 13.10. Porém, segundo dispõe a alínea *b*) do n.º 2 desse mesmo preceito legal, tal competência do M.P. está excetuada quando esteja em causa autorização para outorgar partilha extrajudicial e o representante legal concorra à sucessão com o seu representando, sendo necessário nomear curador especial, bem como nos casos em que o pedido de autorização seja dependente de processo de inventário ou de acompanhamento.

maior acompanhado (e também pelos outros sucessíveis contanto que, previamente à sua intervenção no inventário, não tenham aceitado a herança) ⁵⁰.

Posto isto, por um lado, a circunstância de a herança ser deferida a incapaz não implica a obrigatoriedade de aceitação a benefício de inventário, e que a partilha se realize em processo de inventário obrigatório, como resultava do Código Civil até à reforma do processo de inventário operada em 1994, através do Decreto-Lei n.º 227/94, de 8.9 ⁵¹; por outro, a aceitação da herança pelo incapaz (por intermédio do seu representante legal) depende da averiguação, pelo M.P. (ou, em certos casos, pelo tribunal) se o interesse desse sucessível na herança em questão implica, ou não, que a sua aceitação seja a benefício de inventário.

Não obstante o ensejo do referido Decreto-Lei n.º 227/94 de eliminar a figura do inventário obrigatório, a verdade é que a mesma não desapareceu totalmente do nosso Código Civil, ainda que já não seja usada a expressão qualificativa. Nos termos da alínea c) do n.º 2 do

⁵⁰ A este propósito, *vid.* o Parecer n.º 5/2014, de 30.06 (Diário da República n.º 123/2014, Série II de 30.6.2014), da Procuradoria-Geral da República (PGR) sobre o Regime Jurídico do Processo de Inventário aprovado pela Lei n.º 23/2013, de 05.03 (RJPI), no qual se refere que, “a autorização para o representante legal do incapaz convencionar partilha «extrajudicial» deverá ser recusada se o Ministério Público considerar que a satisfação do interesse do incapaz reclama a instauração de processo de inventário”.

⁵¹ Na redação anterior a este diploma legal, o Código Civil determinava que, a herança deferida a menor, interdito, inabilitado ou pessoa coletiva tinha de ser aceite a benefício de inventário (art. 2053.º), e impunha a obrigatoriedade de inventário judicial sempre que fosse exigida aceitação beneficiária da herança, e também, nos casos em que algum dos herdeiros não pudesse, por motivo de ausência ou de incapacidade permanente, outorgar em partilha extrajudicial (art. 2102.º, n.º 2).

Tal exigência legal de obrigatoriedade de instauração de um processo de inventário para a aceitação da herança e realização da partilha de herança teve os seus antecedentes imediatos no Código de Seabra (arts. 2025.º e 2064.º). Para maiores desenvolvimentos a este respeito, *vid.* ESPÍRITO SANTO, J., *ob. cit.*, pp. 24-25, que nos dá conta da distinção que a doutrina fazia “entre inventário de menores (ou legalmente equiparados: interditos, ausentes ou desconhecidos), obrigatório e legalmente nominado como *orfanológico*, e inventário de maiores, com caráter voluntário, i.e., só desencadeado por vontade de um ou mais interessados”.

art. 2102.º do CC, é obrigatória a aceitação beneficiária e a correspondente partilha em inventário “[n]os casos em que algum dos herdeiros não possa, por motivo de ausência em parte incerta ou de incapacidade de facto permanente, intervir em partilha realizada por acordo”⁵². Nos casos contidos nesta norma, a impossibilidade de realização da partilha por acordo está relacionada com o facto de um sucessível chamado à herança (ou até mais do que um) se encontrar ausente em parte incerta⁵³ ou sofrer de incapacidade de facto permanente (e não de direito, caso já abrangido pela disciplina da alínea *b*) do n.º 2 do art. 2102.º do CC).

Por fim, damos conta de que, conforme a redação da alínea *a*) do n.º 1 do art. 1083.º do CPC (introduzida pela mais recente reforma do processo de inventário, operada pela Lei n.º 117/2019, de 13.09), nos casos contidos nas alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 2102.º do CC, o processo de inventário tem necessariamente de ser instaurado em tribunal judicial, não podendo, pois, em exceção à regra contida no n.º 2 do mesmo artigo, ser requerido, à escolha do interessado que o instaura ou mediante acordo entre todos os interessados, nos tribunais judiciais ou nos cartórios notariais. Acrescentamos, ainda, que neste processo, à semelhança do que sucedia na vigência do Código de Processo Civil de 1961, o M.P. tem legitimidade para requerer inventário e para intervir a título principal, isto é, em todos os atos e termos do processo, podendo, assim, intervir sempre que entenda adequado perante ação ou omissão dos representantes legais de tais interessados diretos (art. 1085.º, n.º 1, al. *b*), do CPC)⁵⁴.

⁵² Vid. neste sentido, LOPES CARDOSO, A., *ob. cit.*, I, p. 107.

⁵³ A referência a ausência não deve ser entendida m sentido técnico, aplicando-se o preceito mesmo que não tenha sido declarada a justificação de ausência. O regime do processo de inventário confirma essa teoria: nos termos do art. 1086.º, n.º 2, do CPC, se a curadoria não estiver instituída a curadoria, ou seja, se o ausente não tiver já um curador (provisório ou definitivo), no inventário, será nomeado um curador especial para o representar, cabendo tal nomeação ao tribunal. Vid. neste sentido, *v. g.*, OLIVEIRA DE ASCENSÃO, J., *ob. cit.*, p. 510.

⁵⁴ Constituiu intenção clara do legislador, com a reforma do processo de inventário operada pela Lei n.º 117/2019, que todos os processos de inventário respeitantes a heranças deferidas a menores, maiores acompanhados ou ausentes em parte incerta sejam tramitados nos tribunais judiciais. Com a entrada em vigor dessa

3. Aceitação beneficiária no caso de *inventário arrolamento*

Sendo chamado à herança apenas um sucessível, este, no pressuposto de que aceita esse chamamento, é o único titular da universalidade de direito constituída pelo caudal hereditário e de cada um dos bens que o constituem, razão pela qual não há que realizar partilha. Não obstante, a lei substantiva e processual permite que, neste caso, seja requerido inventário com a finalidade de relacionar os bens objeto de sucessão e, eventualmente servir de base à liquidação da herança (art. 2103.º do CC, e art. 1082.º, al. *b*) do CPC) ⁵⁵.

Do n.º 2 do art. 1084.º do CPC resulta que, a este inventário, designado *inventário arrolamento*, assim como aos demais indicados no art. 1082.º do CPC, são aplicáveis as disposições reguladoras do inventário destinado a fazer cessar a comunhão hereditária, mas essa aplicabilidade não abrange todas essas normas (arts. 1097.º a 1130.º, do CPC), mas tão-só as que o puderem e deverem ser (desde logo, são inaplicáveis as disposições relativas à partilha), e com as devidas adaptações ⁵⁶. Neste conspecto, chamamos à colação o Acórdão do TRG de 17.02.2022, proferido no proc. n.º 1242/20.8T8VCT.G1 ⁵⁷, que

lei (em 1 de janeiro de 2020), os processos de inventário com herdeiros nessas condições que se encontravam pendentes nos cartórios notariais tiveram de ser remetidos (oficiosamente) pelos notários que os estavam a tramitar para o tribunal competente (cfr. arts. 15.º e 12.º, n.º 1, da Lei n.º 117/2019).

Parece-nos que esta solução legal demonstra as sérias reservas que predominavam quanto à efetiva proteção dos interesses dos incapazes e ausentes em parte incerta no âmbito do RJPI (aprovado em anexo à Lei n.º 23/2013, de 05/03), em que o M.P. só intervinha no processo a final, estando já a partilha realizada (art. 66.º, n.º 2, do RJPI). Cfr. o nosso artigo “O papel do Ministério Público no processo de inventário na defesa dos interesses de herdeiros incapazes e ausentes — o antes e o após a Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro: uma reflexão”, in *Dizer o Direito: o papel dos tribunais no século XXI: Atas do VII Congresso Internacional “Direito na Lusofonia*, de 21 a 25.06.2021, Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 89-95, disponível em <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/30/71/820-1>.

⁵⁵ O objeto deste processo também abrange o deferimento da curadoria provisória (arts. 89.º e ss. do CC, em especial art. 93.º). Cfr. ESPÍRITO SANTO, J., *ob. cit.*, p. 64, p. 96.

⁵⁶ Vid. neste sentido, ESPÍRITO SANTO, J., *ob. cit.*, pp. 64-66.

⁵⁷ (Relatora: Alexandra Lopes), disponível em www.dgsi.pt.

respeita a uma situação em que existe um único herdeiro e todo o património hereditário foi distribuído em legados. No aresto, podemos ler o seguinte:

- “Numa situação de herdeiro único de uma herança distribuída em legados: o inventário destina-se a relacionar e a servir de base a eventual liquidação da herança; esta liquidação contempla, em sentido amplo, a definição dos termos da imputação dos bens ao herdeiro único, depois de deduzidos dos legados — na totalidade, quando não ofenderem a legítima do herdeiro legitimário, ou reduzidos quando ofenderem a legítima do herdeiro legitimário; (atendendo aos regimes da liquidação da herança, isto é, da satisfação dos seus encargos nos termos do art. 2097.º do C. Civil; dos encargos globais pelos quais responde a herança, onde se integra o cumprimento dos legados nos termos da parte final do art. 2068.º do C. Civil; da redução dos legados por inoficiosidade, nos termos dos arts. 2168.º e 2178.º do C. Civil)”⁵⁸.

⁵⁸ Em sentido oposto, no ac. do TRG de 14.01.2016, proc. n.º 31/14.3T8VPC.G1 (relator: Francisco Cunha Xavier), disponível em www.dgsi.pt, que respeita a um caso em que o falecido legou todos os seus bens não acautelando a legítima do seu herdeiro legitimário, decidiu-se que “(a) ação declarativa comum, e não o processo de inventário, é o meio processual adequado para o autor, único herdeiro legitimário do *de cuius*, pedir a redução/revogação de liberalidades por inoficiosidade”.

Situação diversa, mas que também não reúne consenso e que também não podemos desenvolver neste texto, verifica-se quando toda a herança está distribuída em legados mas não há herdeiros. Para CAPELO DE SOUSA, R., *ob. cit.*, II, p. 18, como nesse caso os legatários respondem pelos encargos da herança (art. 2277.º do CC), entre os quais se incluem os próprios legados (art. 2068.º, *in fine*, do CC), os mesmos podem aceitar a benefício de inventário (o autor, recorrendo a doutrina dominante na vigência do Código de Seabra (Cunha Gonçalves e Dias Ferreira) afirma que, “historicamente a aceitação beneficiária foi sempre um instituto pensado para a vocação sucessória a título de herança”). Vid. também neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, M. (*et. al.*), *ob. cit.*, p. 20, que admite que, apesar de toda a herança estar distribuída em legados, pode ser requerido inventário (que qualifica como processo universal) se houver que satisfazer encargos da herança, incluindo os próprios legados, que não possam ou não tenham sido satisfeitos pelo testamenteiro (art. 2327.º do CC) e pelos quais são responsáveis os

A maior proteção que, a aceitação a benefício de inventário confere ao sucessível chamado à herança face aos credores desta, comparativamente à aceitação pura e simples, (arts. 2071.º, n.º 1, do CC e 744.º, n.º 1, do CPC) ⁵⁹, pode levar aquele a optar por aceitar a herança com tal benefício. Mas, a realização da partilha por meio de inventário pode não resultar da vontade do sucessível, pois que, em certos casos, para tutela dos interesses de menores, maiores acompanhados e ausentes em parte incerta, é a própria lei que impõe a aceitação beneficiária. A este propósito, remetemos para o que expusemos no ponto anterior a propósito do disposto nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 2 do art. 2102.º do CC.

Neste contexto, trazemos para reflexão uma questão que reputamos de maior interesse prático perante a realidade atual, em que são cada vez mais recorrentes os casos em que o falecido deixa dívidas, e, em certos deles, os sucessíveis chamados à herança desconhecem a existência e/ou dimensão do passivo da herança (porque não tinham uma relação de proximidade com o falecido, por exemplo).

A questão em causa consiste em saber se pode ser requerido processo de inventário exclusivamente para os efeitos previstos na alínea *b)* do art. 1082.º do CPC, quando exista pluralidade de sucessíveis, de

próprios legatários (art. 2277.º do CC). Já EDUARDO SOUSA PAIVA/HELENA CABRITA, *Manual do Processo de Inventário à luz do novo regime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 54, admitem essa possibilidade com fundamento de que o art. 2081.º do CC estabelece quem deve exercer o cargo de cabeça de casal quando toda a herança está dividida em legados (o legatário mais beneficiado). Contrariando a posição destes autores, LOPES CARDOSO, A., *ob. cit.*, p. 321, sustenta que “[a] figura de eventual cabeça de casal, estabelecida no art. 2081.º CCiv, destina-se a fins diferentes de administração”, e afirma: “[a] também eventual necessidade de exigir ao herdeiro a entrega do legado (CCiv., arts. 2265.º e 2270.º) não exige inventário, mas ação adrede intentada. Se, porém, for discutida a extensão do legado (CCiv., art. 2269.º) já é de admitir que possa ser requerido inventário” (*ob. cit.*, I, p. 321). Neste segmento, vid. também CARVALHO DE SÁ, que indica, como possível fundamento de oposição ao inventário, “haver apenas legatários, que não herdeiros” (*ob. cit.*, p. 105), e o Ac. do TRL de 17.04.2007, proc. n.º 710/2007-7 (Relator: Luís Espírito Santo), disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁹ O herdeiro universal é o único responsável subjetivo pelo cumprimento dos encargos da herança, mas, por tais encargos, não responde o seu património pessoal, salvo por razões de contingências de prova. Cfr. *supra* II.

modo que a estes se permita aceitar a herança a benefício de inventário (podem pretender diferir a realização da partilha ou realizá-la por acordo...).

A resposta a esta questão não é de todo linear, na medida em que, como já referimos, a aceitação da herança não tem, no atual Código Civil, a autonomia que tinha no Código de Seabra, e o processo de inventário prossegue as finalidades indicados no art. 1082.º do CPC, entre as quais não se encontra explicitamente referida a aceitação da herança (pese embora o disposto no art. 2053.º do CC). Acresce que, como também já salientamos, a lei substantiva estabelece uma relação estrita entre a situação de herdeiro único e a do inventário aqui em causa (art. 2103.º do CC, e art. 1082.º, al. *b*), do CPC).

Na vigência do atual regime do processo de inventário, esta situação já foi suscitada na jurisprudência, tal como demonstra o Acórdão do TRG, de 26.05.2022, proferido no proc. n.º 130/21.5T8ADV.E1⁶⁰. Porém, analisando o aresto, verificamos que o tribunal de recurso não tomou posição quanto à questão propriamente dita. O recurso, interposto pelos requerentes do inventário perante a decisão de extinção da instância proferida pelo tribunal de primeira instância, foi julgado procedente apenas com o fundamento de que este tribunal já havia proferido decisão, devidamente fundamentada, no qual admitiu liminarmente o requerimento inicial apresentado, com aquele fim, e essa decisão uma vez transitada em julgado, faz caso julgado, impedindo que o tribunal venha a proferir nova decisão em sentido contrário.

Por sua vez, partindo do despacho do tribunal de primeira instância, constatamos que, no entender deste tribunal, quando existe mais do que um herdeiro, o processo de inventário tem de visar a realização da partilha, nos termos do art. 1082.º, al. *a*), do CPC, não podendo, pois, ser requerido ao abrigo da alínea *b*) do mesmo preceito legal:

“Com efeito, importa esclarecer que o segmento da alínea *b*) do mencionado artigo em que se refere «sempre que não haja que realizar a partilha da herança», não pode ser interpretado no sentido em que aparentemente o fazem as requerentes quando referem «não

⁶⁰ (Relator: Manuel Bargado), disponível em www.dgsi.pt.

carecendo, por agora, de se realizar a partilha»: o de que “não há que realizar a partilha porquanto não pretendem, para já, partilhar a herança”; antes deve ser interpretado no sentido em que a modalidade de inventário aí prevista está reservada para as situações em que “não há que realizar a partilha, por tal não ser objetivamente necessário”, seja porque existe apenas um herdeiro, seja porque a herança foi previamente distribuída em legados. Isto para dizer que a manifestação de vontade das requerentes — no caso, de não quererem partilhar a herança — não releva para efeitos de determinação da tramitação processual aplicável”. (o sublinhado é nosso).

Para nós, apenas se admitindo em qualquer caso, isto é, quer tenha sido chamado à herança um ou mais sucessíveis, que o processo de inventário possa ser requerido ao abrigo do art. 1082.º, al. *b*) do CPC, se permite aos sucessíveis enveredar por outros caminhos, que não a realização da partilha em processo inventário (quando esta não seja a vontade deles e a lei não o imponha) sem que lhes seja retraído o direito de aceitar a herança a benefício de inventário. Uma interpretação em sentido diverso implica vedar ao sucessível a aceitação a benefício de inventário quando o art. 2052.º do CC lhe permite escolher livremente entre essa espécie de aceitação e a aceitação pura e simples.

Podemos ainda referir, a favor da posição que adotamos, a letra contida no art. 1085.º, n.º 1, al. *a*), *in fine*, no qual é atribuída legitimidade para requerer o inventário em causa e para nele intervir, como partes principais, em todos os atos e termos do processo, aos “interessados na elaboração da relação dos bens”. Se bem que o legislador poderá ter utilizado o plural para atender ao caso em que toda a herança tenha sido distribuída em legados, de modo a atribuir tais legitimidades aos legatários, a verdade é que a situação que agora tratamos também tem enquadramento e suporte na letra da lei.

IV. CONCLUSÕES

Ainda que a lei proclame o princípio da responsabilidade limitada dos herdeiros pelos encargos da herança, no âmbito de uma ação

executiva contra herdeiro que aceitou a herança pura e simplesmente, tem aquele, em vista do levantamento da penhora de bens próprios seus quando a tal o exequente se tenha oposto, de cumprir um ónus da prova que é de tal forma exigente que acaba por destinar a sua pretensão ao insucesso.

Já no caso de aceitação a benefício de inventário, com a qual se concretiza uma separação perfeita entre o património da herança e o património pessoal do herdeiro, a responsabilidade deste fica limitada aos bens inventariados, sendo ao credor que cabe o ónus da prova: de que existem outros bens para além dos que constam da relação de bens apresentada em processo de inventário.

Considerando essa importante função do processo de inventário mas igualmente a faculdade que assiste a qualquer sucessível de aceitar a herança pura e simplesmente ou a benefício de inventário, cremos que o *inventário arrolamento*, no qual não se procede à partilha, mas apenas à relação dos bens e, outrossim, a uma eventual liquidação da herança, pode ser requerido mesmo quando exista uma pluralidade de sucessíveis.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO DIAS, C. M., *Lições de Direito das Sucessões*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina.
- CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- CARVALHO DE SÁ, D., *Do inventário descrever, avaliar e partir*, Coimbra, Almedina, 2014.
- CARVALHO FERNANDES, L., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a edição, Coimbra, Quid Iuris, 2012.
- CARVALHO GONÇALVES, M., *Lições de Processo Executivo*, Coimbra, Almedina, 2020.
- DUARTE PINHEIRO, J., *Direito das Sucessões contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2019.
- ESPÍRITO SANTO, J., *Inventário judicial e notarial*, Lisboa, AAFDL, 2021.
- GOMES DA SILVA, J., *Herança e sucessão por morte, A sujeição do património do de cuius a um regime unitário no Livro V do Código Civil*, Universidade Católica, 2002.
- LEBRE DE FREITAS, J., *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.^a ed., Coimbra, Gestlegal, 2017.
- LOPES CARDOSO, A., *Partilhas litigiosas*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2018.
- LEIRAS, Diana, “O papel do Ministério Público no processo de inventário na defesa dos interesses de herdeiros incapazes e ausentes — o antes e o após a Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro: uma reflexão”, in *Dizer o Direito: o papel dos tribunais no século XXI: Atas do VII Congresso Internacional “Direito na Lusofonia*, de 21

- a 25.06.2021, Escola de Direito da Universidade do Minho, disponível em <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/30/71/820-1>.
- MENÉRES CAMPOS, I., *Código Civil anotado, Livro V*, Cristina Dias, Coord., Coimbra, Almedina, 2018.
- OLIVEIRA DE ASCENSÃO, J., *Direito Civil Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora.
- PAIS DE AMARAL, J. A., *Direito da Família e das Sucessões*, 6.^a edição, Coimbra, Almedina, 2019.
- PAMPLONA CORTE-REAL, C., *Direito da Família e das Sucessões, vol. II Sucessões*, Lex — Edições Jurídicas, 1993.
- PEREIRA COELHO, F. M., *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992.
- PIRES DE LIMA, F., e ANTUNES VARELA, A., *Código Civil anotado*, vol. VI, Coimbra Editora, 1998.
- SOUSA PAIVA, E./CABRITA, HELENA, *Manual do Processo de Inventário à luz do novo regime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- TEIXEIRA DE SOUSA, M. (et. al.), *O novo regime do processo de inventário e outras alterações na legislação processual civil*, Coimbra, Almedina, 2020.

INTERVENCIÓN JUDICIAL ANTE LOS DESACUERDOS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Esther Pillado González *

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación. III. Competencia. IV. Legitimación. V. Objeto del proceso. VI. Tramitación. Resolución y recursos. VII. Reflexión final. VIII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En el título III de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) se contiene la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia; de los tres capítulos en que se divide el citado Título, el II se centra en la intervención judicial en relación con la patria potestad, contemplándose, además de una previsión general sobre la tramitación de los expedientes en esta materia (sección primera, art. 85), dos procedimientos distintos, el relativo a la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (sección segunda, art. 86) y aquel que se refiere a las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración

* Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Vigo.

de los bienes del menor o persona con discapacidad (sección tercera, arts. 87 a 89).

En las páginas que siguen, se analiza el procedimiento para la resolución de conflictos que surgen entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad; con carácter previo, procede una referencia general al concepto de patria potestad, su contenido, los sujetos a los que corresponde y cómo debe ejercitarse, lo que obliga a acudir a los arts. 154 y ss. Código Civil (en adelante, CC).

De acuerdo con el art. 154 CC, la patria potestad engloba el conjunto de derechos y obligaciones que los progenitores tienen en relación a los hijos no emancipados y que se concretan en “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, “representarlos y administrar sus bienes” y, finalmente, “decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad”. Es decir, la patria potestad supone que los progenitores se harán cargo de los aspectos esenciales y trascendentales de la vida de sus hijos, quienes, a su vez, deben obedecer y contribuir de forma equitativa al levantamiento de las cargas familiares cuando convivan con ellos (art. 155 CC).

Desde el punto de vista subjetivo, la patria potestad se ejerce por los progenitores sobre los hijos no emancipados (art.154.1 CC); en su caso, el menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor (art. 157 CC).

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha introducido un cambio relevante en materia de patria potestad en cuanto ha eliminado la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada por considerarlas figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone en la citada ley, en coherencia con las previsiones contenidas en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. En consecuencia, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad ya no procede la prórroga de la patria potestad ni tampoco la rehabilitación de la patria potestad

del hijo mayor de edad soltero que vive en compañía de sus padres que fuere incapacitado, como se preveía en el art. 171 CC ¹; derogado este precepto por la Ley 8/2021, se prestarán a la persona con discapacidad los apoyos que sean precisos del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los necesite (arts. 249 y ss. CC).

El ejercicio de la patria potestad requiere que los progenitores tengan en cuenta lo que es mejor para el menor a la vista de su personalidad y siempre respetando sus derechos y su integridad física y mental (art. 154.2 CC); esto es, la patria potestad se debe ejercer en todo caso en interés del menor, en cuanto éste es el principio básico y esencial que debe regir cuando se adopta cualquier decisión que le afecte, tal como imponen tanto la Convención de Derechos del Niño como la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (arts. 3.1 y 2.1, respectivamente). La determinación concreta del interés del menor corresponde a los progenitores, pero, en caso de desacuerdo, será la autoridad judicial quien señale qué es más beneficioso para el mismo.

Como regla general, la patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores, permitiéndose los actos que uno de ellos realice con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156.1 CC); además, el mismo precepto considera que serán válidos los actos que realice uno de ellos “conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

El apartado 2.º del art. 156 CC introduce una previsión especial para aquellos casos en que se haya dictado sentencia condenatoria y, mientras no se extinga la responsabilidad penal, o se haya iniciado un proceso penal contra uno de los progenitores por atentar contra la

¹ Tal como señala el apartado III Exposición de Motivos Ley 8/2021 “conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa”.

vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor; en estos casos, bastará su consentimiento para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable cuando no se haya interpuesto denuncia previa y la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos. Se trata de un supuesto de especial necesidad que permitirá al cónyuge que está siendo víctima de una situación de violencia decidir de forma unilateral sobre la atención psicológica ante el riesgo para la integridad física y psicológica del menor ².

El tenor literal del art. 156.1 CC permite hacer una distinción entre lo que se denomina patria potestad ordinaria y que se corresponde con todas las decisiones que se deben adoptar en relación a los hijos en el día a día sobre su desarrollo o educación y que podrán ser adoptadas de forma unilateral por aquel de los progenitores que tenga al menor en su compañía por ejercer la custodia o, en su caso, el régimen de visitas; y otras decisiones que afectan de forma trascendental a la vida del menor, en relación a las cuales sí es necesario el consenso entre las partes ³. Tal como se apuntará en el apartado siguiente, centrado en el objeto del expediente previsto en el art. 86 LJV, sólo cuando se trate de alguna de esas decisiones de especial entidad, si existe desacuerdo entre los progenitores, podrá acudir ante la autoridad

² Linacero de La Fuente, M., “La patria potestad. Responsabilidad parental”, en *Tratado de Derecho de Familia* (dir. Linacero de la Fuente), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 464.

³ Como señala con acierto Romero Coloma (“Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2015 parte Estudios, 2015, BIB 2015\997), carecería de sentido práctico que, al convivir cada uno de los progenitores, por ejemplo, en un domicilio distinto — por estar separados o divorciados —, cualquier decisión respecto al menor se paralizase hasta poder efectuar la consulta al otro progenitor que no convive con el hijo.

judicial para que resuelva, a través de auto, a quién le corresponde tomar la decisión sobre el menor.

Frente a la norma general de ejercicio conjunto de la patria potestad, caben dos excepciones; de un lado, el ejercicio exclusivo por uno solo de los progenitores en supuestos de ausencia o imposibilidad del otro (art. 156.4 CC) ⁴; se trata de supuestos como el fallecimiento de uno de los progenitores o la privación por sentencia firme de la patria potestad o ausencia declarada judicialmente o cualquier supuesto en que, de hecho, no sea posible ejercer la patria potestad, como puede ser una enfermedad grave.

De otro lado, la segunda excepción se refiere al caso de progenitores que viven separados, ejerciéndose la patria potestad por “aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio” (art. 156.5 CC); se incluyen aquí los progenitores que están separados de hecho o que nunca han convivido, porque en el caso de nulidad, separación o divorcio, en la correspondiente sentencia, la autoridad judicial habrá acordado lo más oportuno a la vista del interés del menor.

En todos los supuestos previstos legalmente, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro (art. 156.3 *in fine* CC).

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como ya se ha adelantado, el art. 86.1 LJV señala que son dos los supuestos concretos en que será posible acudir ante la autoridad

⁴ La Ley 8/2021 ha modificado el precepto suprimiendo la referencia a la incapacidad en coherencia con la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la consideración de la plena capacidad de todas las personas, eliminando la declaración de incapacidad. Se parte ahora de que las personas con discapacidad pueden ejercer la patria potestad salvo que se disponga otra cosa por la autoridad judicial.

judicial para solicitar su intervención: de un lado, cuando existen desacuerdos entre los progenitores en relación al ejercicio conjunto de la patria potestad; de otro, cuando el titular de la patria potestad sea un menor de edad no emancipado y hubiera desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor. En ambos casos, la concreción del ámbito de aplicación del procedimiento requiere hacer una distinción, en los términos expuestos, entre lo que se denomina patria potestad ordinaria que se refiere a las decisiones que forman parte de la vida cotidiana del menor o aquellas que se deban acordar por razones de urgencia, que pueden ser adoptadas por uno solo de los progenitores, y otras decisiones que afectan al menor de forma trascendental y que precisan del consenso entre los progenitores; únicamente cuando el desacuerdo surge en relación a estas últimas procederá acudir al procedimiento del art. 86.1 LJV ⁵.

El art 156.1 CC no enumera las decisiones concretas que se pueden adoptar por uno solo de los progenitores, sino que alude únicamente a que serán válidas las que se adopten de acuerdo con “el uso social y circunstancias o situaciones de urgente necesidad”; al respecto, la jurisprudencia incluye dentro del uso social todos aquellos actos relativos al desarrollo normal de un menor y que se repiten con relativa frecuencia

⁵ En este sentido, el Auto Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de junio de 2017 (TOL6.415.393) señala que “ Cabe distinguir con base en lo preceptuado en los párrafos 1.º y 3.º del art. 156 CC, entre actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, que puede realizar válidamente uno solo de los progenitores (el que ejerce la guarda y custodia de hecho o en virtud de resolución judicial) sin necesidad de recabar el consentimiento del otro, y actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, que precisan el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial, entendiéndose por tales actos extraordinarios los referidos a las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y no pueden calificarse como ordinarias o habituales en el seno de la familia por resultar excepcionales conforme a los usos sociales. Entre estas últimas se consideran, desde luego, la elección del lugar de residencia del menor y la de traslado de domicilio del mismo, así como la elección del colegio, al margen igualmente las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor, el sometimiento a terapias o tratamientos (fisioterapia, quimioterapia, rehabilitación, etc.), intervención quirúrgica, o inclusive actividades de ocio o deporte de riesgo o extraescolares que constituyen un gasto extraordinario, que deban abonarse por ambos progenitores por mitad”.

en la vida de éste. Sin ánimo de exhaustividad: llevar al niño al pediatra en revisiones ordinarias, la administración de fármacos en pequeñas enfermedades, decisiones relativas a la ropa o calzado que se ha de poner, la adquisición de libros o material escolar, la decisión sobre la alimentación del día a día, la solicitud de becas de estudio, la delegación en un familiar de la recogida del menor en el centro educativo o la realización de actividades de ocio y tiempo libre que no sean peligrosas. En cuanto a las situaciones urgentes, son aquellas que precisan de una rápida e inmediata actuación por parte del progenitor que en ese momento esté acompañando al menor y que pueden afectar a su vida, salud o integridad física, así como a su patrimonio o bienes.

No integran la patria potestad ordinaria y, por tanto, exigirán consenso entre los progenitores, todas aquellas decisiones que exceden el ordinario y habitual ejercicio de la potestad parental; por ello, el objeto de este procedimiento es muy amplio en cuanto, tal como señala el Auto Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de abril de 2018, “el trámite del art. 86 de la Ley de Jurisdicción voluntaria está previsto para superar la discrepancias de todo orden que se produzca entre los progenitores en relación al ejercicio efectivo de la potestad parental, y siendo que el referido precepto no pone límite alguno al ejercicio de la pretensión, que la refiere a que el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores, desacuerdo que puede ser tanto escrito como verbal, ya que la diferencia entre ellos no es más que una cuestión de prueba y no condiciona la realidad de su existencia”⁶.

De acuerdo con la jurisprudencia, las discrepancias entre los progenitores sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad más habituales son las relativas al cambio de domicilio del menor, que supondrá apartar al mismo de su entorno habitual, además de influir en la relación con el progenitor no custodio sobre todo en aquellos casos en que medie mucha distancia entre el lugar del nuevo domicilio del menor y aquel donde radique el del progenitor no custodio⁷. La

⁶ Auto Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de abril de 2018 (TOL6.589.788).

⁷ A este respecto, considera el TS que la relativa al domicilio es “una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la

elección de centro educativo es una fuente de conflicto recurrente entre los progenitores ya sea en el momento inicial de la escolarización o cuando ya está iniciada ésta y se pretende un cambio de centro escolar. El desacuerdo puede venir derivado de la elección entre un colegio público o privado; religioso o laico; o por el régimen de internado o no; o por la ubicación del centro escolar, en la misma ciudad de los progenitores o en otra distinta, ya sea en España o en otro país ⁸. También es habitual el desacuerdo entre los progenitores en relación a la formación religiosa del menor y la participación en actos propios de una confesión religiosa (como puede ser que se bautice, que haga la primera comunión o que se confirme). Otra de las razones que lleva a acudir a este procedimiento de jurisdicción voluntaria es la disensión a la hora de decidir sobre las medidas a adoptar en relación a la salud física o psíquica del menor, en concreto, el sometimiento a determinado tratamiento médico o la práctica de una intervención quirúrgica; también la determinación de las actividades extraescolares que debe realizar el menor son fuente de conflictos entre los progenitores no sólo porque inciden sobre la formación del menor, sino también porque constituyen normalmente un gasto extraordinario. Además, en el último año, a raíz de la crisis sanitaria provocada por la Covid-19 han sido recurrentes las solicitudes de intervención judicial para la toma de decisión sobre la necesidad de vacunar al menor contra la citada enfermedad debido al eventual riesgo de una reacción adversa que la administración de la vacuna pudiera generar en su salud ⁹; también la pandemia ha llevado a los progenitores a utilizar este procedimiento ante el desacuerdo sobre si el menor debía o no acudir presencialmente

decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura”. Sentencia Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 (TOL2.672.517).

⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 15 de enero de 2021 (TOL8.450.907); Autos Audiencia Provincial de Bizkaia, de 23 de enero de 2020 (TOL7.965.829) y de 27 de diciembre de 2018 (TOL7.072.934).

⁹ Auto Juzgado de primera instancia de Vigo de 15 de noviembre de 2021 (TOL8.641.531).

al centro escolar, una vez levantado el estado de alarma, ante el temor al contagio de la enfermedad ¹⁰.

Al margen de las ya señaladas, que son las decisiones más frecuentes que llevan a los progenitores a acudir ante los tribunales, también la autoridad judicial interviene cuando el desacuerdo se refiere a la emisión o no del documento nacional de identidad o pasaporte para viajar al extranjero, ya sea para visitar a un familiar o para ir de vacaciones ¹¹, o a la realización de actividades de ocio o tiempo libre de alto riesgo (como pueden ser la escalada) o si se deben publicar imágenes del menor en redes sociales ¹².

La delimitación del ámbito de aplicación de este procedimiento exige también concretar en qué casos la discrepancia sobre el ejercicio de la patria potestad entre los progenitores, que están separados o divorciados, debe ser resuelta a través de este expediente de jurisdicción voluntaria o, por el contrario, es preciso acudir a un procedimiento de modificación de medidas acordadas en un proceso matrimonial previo (art. 775 Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LEC) o a la ejecución forzosa de medidas acordadas en sentencia dictada en proceso matrimonial (con las particularidades previstas en el art. 776 LEC). La clave para la determinación del procedimiento adecuado exige comprobar si la decisión relativa a la patria potestad afecta o no a una resolución judicial previa en la que se han adoptado medidas relativas a su ejercicio entre los progenitores.

En concreto, cuando se ha dictado sentencia en un proceso de separación o divorcio donde se han acordado por la autoridad judicial unas medidas relativas a los hijos en común, no procede acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria con la pretensión de modificar las ya adoptadas judicialmente ¹³; ni siquiera cuando no se modifica

¹⁰ Auto Audiencia Provincial de Bizkaia, de 30 de junio de 2021 (TOL8.670.789); Auto Juzgado de 1.ª Instancia, de 10 de León de septiembre de 2020 (TOL8.090.282).

¹¹ Autos Audiencia Provincial de La Coruña, de 27 de mayo de 2020 (TOL8.210.499); de Tarragona, de 25 de noviembre de 2020 (TOL8.240.252).

¹² Sentencia Audiencia Provincial de Pontevedra, de 4 de junio de 2015 (EDJ 2015/104609); Auto Audiencia Provincial de Asturias, de 13 de marzo de 2019 (TOL7.231.534).

¹³ Auto Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de abril de 2020 (TOL8.134.353).

Por su parte, en la Sentencia Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 10 de julio de 2017 (TOL6.358.989) se entiende que el procedimiento adecuado es el de jurisdicción

la medida de forma directa pero sí indirectamente en cuanto la decisión puede tener una gran repercusión en las ya acordadas. En esta línea, el Auto Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019 señala que “El expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 85 y 86 LJV)) es apropiado solo cuando no exista una medida específica adoptada expresamente por resolución judicial, cuando se trate de una discrepancia concreta respecto a un acto con trascendencia jurídica en la que sea necesario, para que tenga validez, el consenso de ambos progenitores o cuando la decisión judicial dirimente no altere el equilibrio existente entre el conjunto de medidas establecidas en la sentencia firme (AAPB, sec. 12, de 31 de mayo de 2017). La urgencia no es la característica fundamental de este procedimiento, pero puede concurrir. Es posible, en determinadas condiciones, resolver la discrepancia sobre el lugar de residencia del menor en un expediente de jurisdicción voluntaria (AAPB, sec. 18 de 26 de abril de 2017 y de 6 de julio de 2017), pero si la discrepancia no es puntual y tiene impacto o influencia en las medidas adoptadas en un procedimiento de ruptura, no cabe remitirse a los arts. 88 a 89 de la Ley 15/2015, de 2 de junio, de la Jurisdicción Voluntaria. Normalmente no se tratará de una controversia ocasional que se pueda resolver como tal acto de jurisdicción voluntaria, pues tendrá perspectiva de permanencia y afectará a otros pronunciamientos, como el régimen relacional o los alimentos (vid. Auto dictado en el Rollo de Apelación n.º 611/2019). En estos casos el proceso adecuado es el de modificación de efectos de sentencia y el propio juzgado advertido el caso puede subsanar la errónea remisión a los actos de jurisdicción voluntaria subsanar y tramitar por el cauce adecuado”¹⁴.

voluntaria pues la solicitud, centrada en que se permita a uno de los progenitores la realización de todos los trámites relacionados con la petición de nacionalidad española de su hijo menor, no suponen modificación de las medidas previamente acordadas por la autoridad judicial en la sentencia.

¹⁴ Auto Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 2019 (TOL7.566.489).

En este sentido, también es muy ilustrativo el Auto Audiencia Provincial de Alicante de 4 de diciembre de 2019 (TOL7.874.577) cuando señala que “el procedimiento de jurisdicción voluntaria que se insta por la parte demandante al amparo de los arts. 85 y 86 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación con el art. 156 del Código Civil no es el adecuado para intentar como en este caso se hace una verdadera modificación

Tampoco procede acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando uno de los progenitores incumple alguna de las medidas contenidas en la sentencia en cuanto en ese caso será necesario instar la ejecución solicitando el cumplimiento de la resolución judicial de acuerdo con lo previsto en el art. 776 LEC ¹⁵.

de medidas adoptadas en sentencia de separación o divorcio o cualquier otra en relación con la custodia y alimentos de menores, que tiene su cauce propio y específico en el art 775 de la LEC por cambio sustancial de las circunstancias, en tanto que el procedimiento de jurisdicción voluntaria es el adecuado para el caso de desacuerdos puntuales en materias muy concretas relacionadas con el ejercicio de la patria potestad. En este caso la sentencia de divorcio atribuye el uso del que fuera domicilio conyugal a la madre con quien convivirá la hija común, y establece un régimen de visitas intersemanales y fines de semana alternos en favor del padre, por lo que la pretensión de trasladar el domicilio de la madre e hija de DIRECCION001 al Reino Unido en realidad está encubriendo una pretensión de una verdadera modificación de medidas adoptadas en el procedimiento de divorcio, no una cuestión puntual o extraordinaria surgida para una momento concreto o pasajero. Si se autorizara el cambio de domicilio, en realidad se estaría alterando o modificando el régimen de visitas por completo por un cauce inadecuado, porque la distancia entre las dos localidades mencionadas haría imposible la aplicación de una de las medidas relacionadas con el régimen de visitas de mayor importancia, cual es la de los días entre semana mencionados”.

- ¹⁵ Auto Audiencia Provincial de A Coruña de 15 de junio de 2021 (TOL8.567.843) cuando, ante la solicitud inicial del procedimiento de jurisdicción voluntaria en que se pide que “se resuelvan problemas surgidos a la hora de la entrega y recogida del menor y otros que denomina “de interpretación de la sentencia de medidas paterno — filiales”, incluyéndose cuestiones como “las discrepancias en el disfrute de las vacaciones estivales, tiempo de estancia con el menor durante la situación de pandemia, el vestido y calzado que lleva el menor, la necesidad de que le sean entregado con la tarjeta sanitaria y las discrepancias de los padres sobre la hora de la siesta del menor”, señala que “Lo que pide el recurrente son decisiones sobre la ejecución de sentencia, en la que denuncia incumplimientos por parte de la madre de sus obligaciones como persona encargada de la guarda del hijo, o modificaciones de cuestiones accesorias. Nada que tenga que ver con discrepancias en el ejercicio conjunto de la patria potestad o con una situación que requiera medidas de protección del menor. Estas cuestiones tienen su cauce adecuado de solución en el procedimiento de ejecución de la sentencia de medidas paterno-filiales, el del Libro III de la LEC con las especialidades del artículo 776”.

Por su parte, en el Auto Audiencia Provincial de Lleida, de 21 de octubre de 2019 (TOL7.573.110), en relación a la decisión de someter al menor a estudio y evaluación por un psicólogo adoptada unilateralmente por la madre, sin el consentimiento del padre, y no constando esta cuestión en la sentencia que atribuyó a ambos progenitores la patria potestad compartida, ante la demanda ejecutiva

Debe apuntarse que lo habitual será acudir a este expediente de jurisdicción voluntaria cuando las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad se producen entre progenitores que no conviven, ya sea porque están separados o divorciados, o cuando se ha producido la ruptura de pareja de hecho o porque no ha habido nunca convivencia; no obstante, no existe obstáculo alguno a su utilización en el caso de desencuentros en la toma de decisiones sobre los hijos entre progenitores que conviven, ya se trate de pareja matrimonial o no ¹⁶.

Finalmente, aunque se trata de un supuesto menos frecuente en la práctica, también se podrá acudir a este procedimiento en los supuestos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad es menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de los progenitores.

III. COMPETENCIA

La competencia objetiva para la resolución de este procedimiento corresponde al Juzgado de Primera Instancia (o de Familia); además, pese al silencio de los arts. 2.1 y 86.2 LJV, si concurre un acto de

presentada por el padre ante un incumplimiento de medidas por la madre, alude expresamente a que “El auto de medidas acordó el ejercicio compartido tanto de la patria potestad como de la guarda y custodia del hijo menor, que en aquél momento tenía un año y medio. Se trata de una atribución genérica por lo que no puede considerarse que el proceder de la madre comporte un incumplimiento que deba resolverse en el marco de la ejecución forzosa sino que, ante el distinto parecer del padre, los conflictos, desacuerdos o discrepancias entre los progenitores sobre dicho ejercicio compartido han de resolverse por el cauce del art. 236-11 y 236-13, iniciando un expediente de los contemplados en los arts. 85 y 86 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, y pudiendo igualmente someter sus discrepancias a mediación, tal como indica el art. 236-13.3 CCCat”.

¹⁶ Como señala el Auto Audiencia Provincial de Bizkaia, de 7 de mayo de 2021 (TOL8.589.227), “La solicitud de intervención judicial no está vinculada a la ruptura de la relación entre los progenitores — el precepto está incluido en el Capítulo I — “Disposiciones Generales” del Título VII “ De las relaciones paterno filiales” — Y es que las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad pueden producirse sin que exista previamente ningún procedimiento de separación o divorcio o de ruptura de la pareja de hecho, bien que la mayoría de estas controversias se produzcan en casos de ruptura del matrimonio o de la relación de pareja”.

violencia de género, serán de aplicación los arts. 87.ter Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y 49 bis LEC, de manera que asumirá la competencia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer si se cumplen todos los requisitos previstos legalmente ¹⁷.

En lo que respecta a la competencia territorial, el inciso primero del art. 86.2 LJV establece como fuero general para estos procedimientos el domicilio o, en su defecto, residencia del hijo; criterio respetuoso con el interés superior del menor en cuanto la competencia corresponde al órgano más cercano al lugar en que se encuentra. En el segundo inciso del citado precepto se incluye otro fuero específico para aquellos supuestos en que el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, siendo entonces “competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado”; la aplicación de este criterio puede suponer que la competencia territorial sea asumida por un órgano que no esté ubicado en el domicilio o residencia del menor, lo que no parece compatible con su interés.

Un problema de aplicación del fuero del domicilio o residencia de menor para la determinación del juzgado territorialmente competente en este procedimiento se puede producir cuando el desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad tiene lugar entre progenitores separados o divorciados y en la sentencia dictada en el correspondiente procedimiento judicial se ha fijado un régimen de guardia y custodia compartida, conviviendo el menor con cada uno de los progenitores en su domicilio situado en distintos partidos judiciales. En estos casos, al no existir ninguna norma que indique cuál debe considerarse el domicilio del menor, pueden producirse cuestiones de competencia territorial entre los dos juzgados que estén ubicados en los partidos judiciales correspondientes a los domicilios de los progenitores. Pues bien, siguiendo las pautas establecidas por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado, 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guardia y custodia compartida, el domicilio del menor a efectos de su empadronamiento podrá venir determinado en la sentencia de separación o divorcio; de

¹⁷ En este sentido, Auto Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de mayo de 2012 (TOL 5346823).

no ser así, “el domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo” y en aquellos casos en que los períodos de convivencia estén equilibrados y no pueda aplicarse este criterio, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquel en el que ha de ser empadronado el menor.

Otro problema que se puede derivar de la aplicación de la norma competencial prevista en el segundo inciso del art. 86.2 LJV es el conflicto de competencia entre el Juzgado de Primera Instancia o de Familia y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en aquellos casos en que la sentencia en la que se ha acordado el ejercicio conjunto de la patria potestad hubiera sido dictada por el órgano penal, en virtud de las previsiones contenida en los arts. 87.ter LOPJ y 49 bis LEC; en estos casos, la norma competencial comprendida en el inciso segundo del art. 86.2 LJV debe ser interpretada en el sentido de que sólo asumirá la competencia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que hubiera dictado la sentencia cuando la solicitud de intervención de la autoridad judicial ante el desacuerdo entre los progenitores por el ejercicio de la patria potestad se hubiera presentado mientras el proceso penal todavía estaba en trámite; por tanto, si el proceso penal se hubiera archivado, sobreseído o finalizado por extinción de la responsabilidad penal, la *vis atractiva* del Juzgado de Violencia sobre la Mujer habrá finalizado y la competencia será asumida por el órgano civil ¹⁸.

¹⁸ En este sentido se pronuncia el Auto Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 (TOL7.106.198) cuando señala que “No procede extender la competencia del juzgado de violencia contra la mujer para la modificación de medidas a los casos en los que se haya sobreseído provisional o libremente, o archivado el proceso antes de la interposición de la demanda, por el simple hecho de que dictara en su día las medidas definitivas (art. 775 LEC), dado que el legislador solo consideró necesario atribuirle competencia exclusiva y excluyente en tanto concurrieran simultáneamente las circunstancias que establece el art. 87 ter de la LOPJ. En este caso, como hemos dicho, no concurría imputado ni causa penal abierta, dado que se habían sobreseído las diligencias, razón por la cual el juzgado de violencia contra la mujer carecía de competencia para conocer de la demanda de modificación de medidas”.

IV. LEGITIMACIÓN

Ambos progenitores están legitimados para instar este procedimiento, ya sea de forma individual o conjunta (art. 86.3 LJV), siendo indiferente, como ya se ha apuntado, que los progenitores estén o hayan estado casados, sean o hayan sido pareja de hecho y con independencia de que haya habido o no convivencia.

Si el titular de la patria potestad es un menor no emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor (art. 86.3 LJV). Además, pese al silencio del art. 86 LJV, este expediente podrá ser iniciado también a instancia del Ministerio Fiscal. Tampoco se hace mención en este precepto a la posible iniciación de oficio de este expediente, en contraste con lo que ocurre en el procedimiento para acordar medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad, regulado en este mismo Capítulo II del Título III LJV, (art. 87.3 LJV); la razón de la diferencia en la regulación de este aspecto entre ambos procedimientos radica, sin duda, en el carácter tuitivo del segundo en la medida en que su finalidad es adoptar, de forma rápida, las medidas de protección que sean necesarias en relación al menor o persona con discapacidad que, de un lado, garantice que están cubiertas sus necesidades básicas y, de otro lado, que evite riesgos o peligros para para su persona o bienes en su entorno familiar o por actuaciones de terceros. Por ese motivo, se permite que el juez actúe de oficio. No ocurre lo mismo en el caso del desacuerdo entre los progenitores en materia de patria potestad, y sólo cuando esa discrepancia suponga una desatención del menor o un riesgo para personal o patrimonial permitirá una actuación de oficio, pero estaríamos entonces ante la adopción de una medida del art. 158 CC que encajaría en el ámbito de aplicación del expediente previsto en los arts. 87 y ss. LJV ¹⁹.

Igualmente, Autos Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2017 (TOL6.355.568) y 21 de marzo de 2018 (TOL6.554.433); Auto Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de noviembre de 2020 (TOL8.294.081).

¹⁹ En sentido contrario, para Armengot Villaplana (“De la intervención judicial con la patria potestad”, *Práctica de Tribunales*, núm. 116, 2015, La Ley 5180/2015),

V. OBJETO DEL PROCESO

El objeto de este expediente se limita a la atribución por parte del juez de la facultad de decidir sobre la patria potestad a uno de los progenitores, en cuando el art. 156 CC no hace recaer en él la decisión sobre el ejercicio de la patria potestad sustituyendo la voluntad de aquellos, sino que se trata de que el juez autorice a uno de ellos a tomar la decisión de forma individual y sin contar con el consenso del otro.

Además, el mismo art. 156 CC señala que, en el caso concreto de desacuerdos reiterados, con la consiguiente obstaculización del ejercicio de la patria potestad, o bien cuando conste alguna causa que entorpezca gravemente su ejercicio, el Juez podrá atribuirle, total o parcialmente, a uno de los progenitores o bien distribuir entre ellos sus funciones, no pudiendo exceder esta medida del plazo de dos años. Actúa de esta forma el juez en interés del menor al evitar que su vida sea judicializada por las continuas desavenencias de sus progenitores ²⁰.

El objeto del expediente está limitado al concreto desacuerdo relativo al ejercicio de la patria potestad y no es posible que se incluyan peticiones relacionadas con el mismo; por ejemplo, si el desencuentro entre los progenitores se refiere al centro educativo, público o privado, en el que debe matricularse el menor, no se puede añadir a la solicitud de intervención judicial que se aumente la pensión de alimentos para afrontar el coste del cambio de colegio ²¹.

sí será posible la iniciación de oficio del expediente de jurisdicción voluntaria previsto en el art. 86 LJV, por aplicación de la disposición contenida en el art. 87.3 LJV que “Si bien es cierto que esta última disposición está enmarcada en la regulación de los expedientes dirigidos a adoptar medidas de protección del menor o persona con capacidad judicialmente modificada ante un ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de sus bienes, la referencia explícita a las medidas a que se refiere todo el capítulo obliga a entender que también a los expedientes de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad les resulta aplicable la iniciación de oficio”.

²⁰ Nevado Montero, J.J., “El desacuerdo de los progenitores sobre la vacunación de sus hijos”..., *op. cit.*

²¹ Vid. González Del Pozo, J.P., (“Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II), Revista de Derecho de Familia, núm. 47, 2016, Tribunales.

VI. TRAMITACIÓN. RESOLUCIÓN Y RECURSOS

No se incluye en el art. 86 LJV ninguna especialidad en la tramitación de este expediente, de manera que habrá de acudirse a las normas generales contenidas en el Título Preliminar LJV (arts. 13 a 22), con las previsiones específicas incluidas en el art. 85 LJV, aplicable a los dos procedimientos regulados en el Título III LJV.

Por tanto, el procedimiento se iniciará o bien por el Ministerio Fiscal o por solicitud presentada por alguno de los sujetos legitimados, debiendo constar en la misma de forma clara el concreto desacuerdo de los progenitores en relación al ejercicio de la patria potestad ²², pues el objeto de este proceso se limita a ese desencuentro puntual entre los mismos o, en su caso, desacuerdos reiterados que dificulten el ejercicio de la patria potestad. Además, es importante reflejar que la decisión relativa a la patria potestad no afecta a una resolución judicial previa en la que se acuerda la guarda y custodia y las correspondientes medidas filioparentales, debiendo inadmitirse la misma por inadecuación de procedimiento ²³.

Además, el Ministerio Fiscal, en coherencia con la previsión contenida en el art. 4 LJV, intervendrá en estos procedimientos en que siempre será parte interesada una persona menor de edad o con discapacidad, de ahí que, tal como apunta el art. 85.1 LJV deberá ser citado a la comparecencia.

En este proceso se celebrará audiencia en todo caso (art. 85.1 LJV) ²⁴, siendo una de las excepciones a las que alude el art. 17 LJV; a la misma

²² Auto Audiencia Provincial de Guadalajara, de 9 de abril de 2019 (TOL7.455.018) “existencia de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, pero no habiendo concretado la cuestión sobre la que existe tal discordia, sino que se solicita su atribución para todos los actos, como señala muy acertadamente el Ministerio Fiscal y recoge el auto, no procede la admisión de dicha solicitud”.

²³ En ese sentido se pronuncia la jurisprudencia que inadmite la solicitud cuando considera que su objeto trasciende del propio de este expediente en cuanto supone la modificación de una medida previamente acordada en una previa resolución judicial. Entre otras, Autos Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de mayo de 2019 (TOL7.255.047); de Guadalajara, de 9 de abril de 2019 (TOL7.455.018); de Barcelona, 7 de febrero de 2019 (TOL7.067.259).

²⁴ La falta de convocatoria de la audiencia conllevará la nulidad de actuaciones ante la evidente indefensión que la infracción de la norma procesal genera en todos los

deberán ser citados por el Letrado de la Administración de Justicia todos los interesados. Además del Ministerio Fiscal, que como se ha apuntado debe ser parte en todos los procesos en que sean interesados personas menores de edad o discapacitadas, serán citados los promotores del expediente y, tal como textualmente alude el art. 85.1 LJV, “los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda”; esto es, cuando recaigan sobre ellos o se vean afectados por la decisión que se adopte sobre el ejercicio de la patria potestad o la administración de bienes, a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de su derecho de defensa ²⁵. También será citada “la persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”, cuando se vea directamente afectada por la resolución que se dicte.

En coherencia con el derecho de audiencia del menor previsto en el art. 9 LO 1/1996, también deberán ser citados a la comparecencia los menores si tuvieren suficiente madurez y, en todo caso, si tienen más de 12 años ²⁶; la audiencia deberá ser practicada con todas las garantías previstas legalmente con el objeto de evitar perjuicios a los menores y, al mismo tiempo para garantizar el buen fin de la diligencia, facilitando

interesados en el procedimiento. En este sentido, Auto Audiencia Provincial de Murcia, de 26 de marzo de 2019 (TOL.7.342.246).

²⁵ Ante la falta de citación de uno de los interesados, por ejemplo, un progenitor, impidiéndole hacer alegaciones y proponer prueba, con la consiguiente indefensión, tal como señala el Auto Audiencia Provincial de Málaga, de 12 de enero de 2021 (TOL8.677.225), procederá acordar la nulidad de actuaciones al amparo del art. 238.3 LOPJ.

²⁶ Pese al carácter preceptivo de la audiencia del menor en los supuestos legales, no quiere decir que no puedan darse excepciones sobre la base precisamente del interés del menor que aconseje que no sea escuchado en un caso concreto a la vista de las circunstancias concurrentes; esto puede ocurrir cuando la declaración del menor pueda causarle un perjuicio en su estabilidad física, psíquica o emocional, o cuando su opinión ya consta en las actuaciones y no ha habido cambio de circunstancias, aunque el hecho de que el menor ya haya sido explorado por el equipo psicossocial no excluye de forma automática la audiencia el menor por el juez, sino que habrán de explicitarse las razones que llevan a evitar la sobreexposición del menor en el proceso y que llevan a evitar que la audiencia directa con el juez. Vid. Pillado González, E., en “El derecho del menor a ser oído en los procesos de familia: naturaleza jurídica, carácter preceptivo y relevancia probatoria” en *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (coord. Calaza López y Pillado González), Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 625 y ss.

que el menor colabore y exprese con sinceridad sus opiniones sobre la cuestión objeto del procedimiento. En concreto, el art. 18.2.4.^a LJV señala que los menores deberán ser oídos “en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias”²⁷.

En lo que respecta a la audiencia de las personas con discapacidad, de acuerdo con el art. 7 bis LJV, deberán adoptarse, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal todas las adaptaciones necesarias para garantizar su derecho a “entender y ser entendidas” durante del desarrollo de la audiencia. Así, se facilitará la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender; lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida; y, finalmente, la persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

También deberá citarse a la comparecencia a los progenitores del menor, y, a falta de éstos, a su tutor, en el caso concreto de que el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado; finalmente, la inclusión en el mismo precepto *in fine* de la referencia a “otros interesados” debe ser entendida en el sentido de citar, por ejemplo, a los abuelos u otros parientes o allegados que tuvieran reconocido por resolución judicial un derecho a relacionarse con el menor y la decisión que se adopte en el expediente de jurisdicción voluntaria pudiera afectar al ejercicio de ese derecho.

En este procedimiento, no será preceptiva la postulación procesal (art. 85 LJV)²⁸, lo que tiene sentido a la vista del carácter más fáctico

²⁷ Vid. Grande Seara, P., “La audiencia del menor en los procesos de familia: práctica y documentación de la audiencia”, en *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (coord. Calaza López y Pillado González), Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 655 y ss.

²⁸ De acuerdo con el art. 14.3 LJV, en estos casos deberá facilitarse al interesado un impreso normalizado para formular su solicitud, no siendo necesario que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado.

que jurídico de las cuestiones que son su objeto y que afectan a menores o personas con discapacidad, estando sus intereses ya protegidos por el Ministerio Fiscal, cuya intervención es preceptiva ²⁹; eso no excluye, por supuesto, que las partes decidan acudir representadas por procurador y defendidas por abogado. En todo caso, tal como señala el art. 3.2 LJV, la postulación será preceptiva si se presenta oposición o para la presentación de recurso de apelación contra la resolución que ponga fin al expediente (art. 20.2 LJV).

Finalmente, debe apuntarse, como una especialidad importante de este procedimiento, que cabe la práctica de diligencias de oficio (art 85.2 LJV), tanto durante la comparecencia como en un momento posterior (arts. 18.2.4.^a y 85.2 LJV); en ese último caso, deberá garantizarse el derecho de defensa de los interesados, de ahí que se les deba dar traslado del acta para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de 5 días. Con la finalidad de que la autoridad judicial pueda adoptar la decisión que sea más ajustada a las necesidades e intereses del menor o persona con discapacidad, podrá fundamentarla en cualesquiera hechos de los que tuviera conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante o los restantes interesados (art. 19.2 LJV).

El expediente finaliza a través de auto en el que la autoridad judicial decidirá a quien le corresponde tomar la decisión en relación al ejercicio de la patria potestad; contra el mismo cabrá recurso de apelación que se tramitará de acuerdo con lo previsto en la LEC (art. 20.2 LJV) ³⁰.

²⁹ Banacloche Palao, J., *Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, La Ley, Madrid, 2020, p. 209.

Aunque también se alzan voces que, en sentido contrario, abogan por la conveniencia de la preceptiva postulación procesal teniendo en cuenta que en estos expedientes se ven afectados derechos e intereses de menores o personas con discapacidad. Vid. Fernández de Buján, A., “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, *Diario La Ley*, núm. 8273, Sección Doctrina, 2014 (Ref. D-89 La Ley), pp. 17 y 18; Nevado Montero, J.J., “El desacuerdo de los progenitores sobre la vacunación de sus hijos”, *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección *Persona y Derechos*, 2021, La Ley 812/2021.

³⁰ La disposición adicional primera LJV ha modificado el art. 156 CC eliminando la referencia a la inexistencia de recurso frente a las resoluciones que resolvían los procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a desacuerdos en materia de patria potestad; con ello se resuelven las dudas sobre el recurso de apelación en

Todo ello sin olvidar que la resolución no produce efectos de cosa juzgada, lo que permitirá iniciar un proceso contencioso sobre la misma cuestión (art. 19 LJV).

VII. REFLEXIÓN FINAL

La introducción de este expediente de jurisdicción voluntaria se presenta como un cauce ágil y sencillo para la resolución de los conflictos, muy habituales en la práctica, relativos al ejercicio conjunto de la patria potestad por parte los progenitores; de ahí que merezca una crítica positiva su previsión por el legislador. Pero, reconocido el acierto de la norma, procede una reflexión sobre la necesidad de incentivar la utilización de mecanismos de resolución de conflictos no adversariales para evitar no sólo la judicialización de la familia, sino también el colapso de los juzgados de familia ante esas discrepancias entre los progenitores.

A fin de reducir la judicialización de los conflictos y que éstos se cronifiquen y supongan una reiteración de demandas judiciales para la resolución por el juez de los constantes y reiterados desacuerdos entre los progenitores³¹, habría de acudir a la mediación familiar o a la coordinación de parentalidad con el objeto de facilitar el diálogo y el acuerdo entre los progenitores y así evitar los perjuicios que para los hijos en común supone la necesidad de la intervención de la autoridad judicial.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Armengot Villaplana, A., “De la intervención judicial con la patria potestad”, *Práctica de Tribunales*, núm. 116, 2015, La Ley 5180/2015.

estos casos pues la disposición transitoria décimo segunda de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, preveía un recurso en estos procedimientos que se admitía en un solo efecto.

³¹ No se puede obviar que acudir ante un órgano judicial para la resolución de una discrepancia sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad, agudiza en la mayoría de las ocasiones las diferencias entre los progenitores, aumentando las diferencias entre ellos y, en consecuencia, las posibilidades de una nueva judicialización.

- Banacloche Palao, J., *Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, La Ley, Madrid, 2020.
- Calaza López, S., “Dame más jurisdicción voluntaria de menores”, *Práctica de Tribunales*, núm. 124, *Sección Estudios*, 2017 (La Ley 124/2017)
- Calaza López, S., Pillado González, E., *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (coord. Calaza López y Pillado González), Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- De La Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. Vegas Torres, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Madrid, 2005.
- De Lucchi López-Tapia, Y., “Tutela procesal reactiva y preventiva en materia de modificación de medidas acordadas en procesos de familia”, *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 33, 2022.
- Díaz Solís, A., “Divergencias en el ejercicio de la patria potestad, en especial la autorización para el cambio de domicilio del menor”, *Diario La Ley*, núm. 9186, 2018.
- Fernández de Buján, A., Fernández de Buján, A., “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, *Diario La Ley*, núm. 8273, *Sección Doctrina*, 2014 (Ref. D-89 La Ley), pp. 17 y 18; “Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria”, en *Diario La Ley*, núm. 8496, 2015.
- Fernández de Buján, A. (dir.), *Comentarios prácticos a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- Fiscalía General Del Estado, *Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria; Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores*.
- González Del Pozo, J.P., “Las tormentosas relaciones procesales entre los expedientes de jurisdicción voluntaria previstos en los arts. 86 y 87 LJV y los procesos contenciosos de familia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 82, 2022, *Tribunas*.
- , “Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte I)”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, 2016, *Tribunas*.
- , “Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II)”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, 2016, *Tribunas*.
- Lasarte, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- Liébana Ortiz, J.R. (dir.), *Cuestiones prácticas sobre la Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- Linacero de La Fuente, M., *Derecho de las personas y de las relaciones familiares*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022;
- Linacero de La Fuente, M. (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- Nevado Montero, J.J., “El desacuerdo de los progenitores sobre la vacunación de sus hijos”, *Actualidad Civil*, núm. 1, *Sección Persona y Derechos*, 2021, *La Ley 812/2021*.

- O'callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV. Derecho de familia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2020.
- Romero Coloma, A., “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2015, parte Estudios, 2015, BIB 2015\997.
- Santana Páez, E., “El menor en los procesos de familia”, en *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 27, 2020, La Ley 11896/2020.

PATRIA POTESTAD Y DERECHOS DE LOS MENORES EN INTERNET

Estrella Toral-Lara *

Sumario: 1. Introducción. 2. Publicación de información relativa a menores en las redes sociales; 2.1. Publicación de información relativa a menores en las redes sociales por parte de sus titulares; 2.2. Publicación de información relativa a menores en las redes sociales por parte de sus padres o representantes legales. 3. Conflictos entre la protección del menor y su autonomía; 3.1. Supuestos conflictivos y soluciones judiciales; 3.2. Criterios de legitimación de las intromisiones en la intimidad del menor. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Internet y las redes sociales han generado un cambio de paradigma respecto de los derechos contenidos en el art. 18 de la Constitución Española (en adelante CE), que afecta más intensamente a los menores por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque los menores no siempre tienen suficiente capacidad de discernimiento para entender y valorar las consecuencias de sus actos. En segundo lugar, porque son quienes de manera más intensa hacen uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales.

* Universidad de Salamanca. <https://orcid.org/0000-0003-0296-8966>.

Los principales riesgos que las redes sociales pueden generar en relación con los derechos de los menores y el ejercicio de la patria potestad pueden dividirse en dos grandes bloques: Aquellas situaciones en las que el menor es el objeto de la información que se difunde. En estos casos habremos de plantearnos quién difunde la información que constituye la injerencia en la privacidad del menor, y en qué condiciones lo hace. Si la difusión se realiza por el titular del derecho afectado (el menor), es necesario determinar si tiene capacidad suficiente para otorgar el consentimiento requerido, y si es posible otorgar consentimiento por representación cuando el menor no tenga capacidad suficiente. Si la publicación de la imagen o información relativa al menor se realiza por su representante legal sin su consentimiento, deben valorarse y solventarse los posibles conflictos de intereses existentes, pues la representación del menor no autoriza a una difusión ilimitada de su imagen o intimidad, máxime cuando le pueda irrogar algún perjuicio.

En el segundo de los bloques hemos de ubicar todos aquellos conflictos que pueden generarse entre la autonomía del menor y el deber de protección de los menores, que incumbe no solo a padres y tutores, sino al propio Estado. En relación con el deber de protección que incumbe a los padres, son muy habituales los conflictos entre la autonomía del menor y el deber de protección de los menores inherente a la patria potestad. Por otra parte, pueden afectarse otros derechos fundamentales de los que el menor es titular en el ejercicio de la patria potestad. En el ámbito que nos ocupa, por ejemplo, son muy habituales los conflictos entre el derecho a la intimidad de los menores y el deber de protección de los padres o tutores. También puede vulnerarse el derecho a la propia imagen, o incluso su honor, a través de la publicación de imágenes de los menores en las redes sociales de quienes legalmente les representan.

Es necesario establecer reglas claras que nos indiquen cuándo y cómo es legítimo afectar la intimidad del menor en el ámbito de Internet y las redes sociales, pues a nadie le resultan ajenos hoy en día los riesgos que la utilización de la red implica, de manera más acusada, en el caso de menores.

Para abordar los problemas expuestos es necesario partir, aunque resulte una obviedad, del reconocimiento expreso a la titularidad por parte de los menores de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 4.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero,

de Protección Jurídica del Menor). No podía ser de otra manera, pues los derechos inherentes a la persona son independientes de la capacidad de obrar, y son una emanación de la propia dignidad no sujeta a la edad.

La protección de estos derechos de la personalidad es más intensa cuando afecta a menores de edad, pues son sujetos en formación más vulnerables a ataques. Además, estos ataques pueden tener consecuencias sobre su normal desarrollo físico, mental y moral, e incluso afectar al libre desarrollo de su personalidad y a su futura estima social.

El hecho de que los daños que se ocasionen sean más perjudiciales cuando afectan a menores, y que la protección de la infancia y la adolescencia sea un valor superior del ordenamiento jurídico, implica que pueda afirmarse que la vulneración de los derechos de la personalidad en el caso de menores de edad tiene un plus de antijuridicidad. Su protección reforzada también se recoge en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional españoles.

Las SSTS 1003/2008 (Roj: STS 5554/2008 — ECLI: ES:TS:2008:5554) y 1004/2008 (Roj: STS 5704/2008 — ECLI: ES:TS:2008:5704), de 23 de octubre, recuerdan que la doctrina constitucional exige la máxima cautela respecto a la información relativa a menores que se suministra, incluso cuando exista interés público en su divulgación, otorgándose un ámbito de protección especialmente reforzada.

Procedamos ahora a abordar los conflictos que se presentan en el ejercicio de la patria potestad cuando el menor es el objeto de la información que se divulga por parte de sus representantes legales. Como se ha dicho, deben distinguirse las situaciones en las que es el menor el que pretende publicar una información que le afecta y aquellas en las que son sus representantes legales quienes pretenden hacerlo.

2. PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN RELATIVA A MENORES EN LAS REDES SOCIALES

2.1. Publicación de información relativa a menores en las redes sociales por parte de sus titulares

La regla general es que las intromisiones en los derechos al honor, intimidad, propia imagen y protección de datos (así como en general

cualquier injerencia en un derecho) requiere de un consentimiento válidamente prestado que legitimará una intromisión que de otro modo será ilegítima. Si bien, en el caso de los menores, habrá que valorar con qué requisitos puede el menor prestar el consentimiento por sí mismo, cuándo es posible que lo preste su representante legal y en qué condiciones puede hacerlo.

Gil Antón (2015: epíg. 4.7) manifiesta que tanto en la normativa europea como en la española el consentimiento es un requisito indispensable y vertebrador de la protección de datos de carácter personal. Lo mismo cabe defender en relación con el derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen, en el sentido de que cuando el titular del derecho manifieste su consentimiento, autorice una eventual injerencia en el contenido de cualesquiera de estos derechos, la conducta se inviste de licitud (así se deriva del art. 2 Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, *de Protección civil del Derecho al honor intimidad y propia imagen*, en adelante LOPDH).

En este epígrafe nos centraremos en las especialidades y requisitos del consentimiento del menor para que pueda abrir un perfil en una red social o legitimar la difusión de una imagen o información por sí mismo.

Como se ha dicho, los menores son titulares de sus derechos al honor, intimidad, propia imagen y datos, y dado que son derechos de la personalidad, su ejercicio les corresponde a ellos mismos. El art. 162.2.1.º Código Civil español (en adelante CC) excepciona la representación de los padres que ostenten la patria potestad respecto de los derechos de la personalidad de los menores que, de acuerdo con su madurez, puedan ejercitarlos por sí mismos. Resulta imprescindible, por tanto, valorar cuándo los menores tienen madurez suficiente para ejercitar estos derechos y así determinar cuándo consienten válidamente injerencias en los mismos. Esta labor previa culminará estudiando la posibilidad de que sus padres o representantes legales intervengan de uno u otro modo en la toma de decisiones.

El problema radica en que no existe un régimen uniforme. La LOPDH establece el criterio de la madurez suficiente, mientras la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (en adelante LOPD (2018)) atiende al criterio cronológico en relación con el consentimiento para el tratamiento de los datos.

Es necesario conocer los pormenores de estos regímenes jurídicos e interpretarlos de manera que sea posible sistematizarlos y compatibilizarlos entre sí, determinando cuáles resultan de aplicación en las distintas situaciones. Todo ello, porque en el ámbito de las redes sociales los menores formalizan un contrato en el que consienten el tratamiento de datos personales que, en ocasiones, pueden suponer una vulneración a sus derechos al honor, intimidad y propia imagen.

a. El consentimiento de los menores en la LOPDH: el criterio de la madurez suficiente

Tradicionalmente, la prestación de un consentimiento válido por parte de los menores de edad se vincula a la existencia de madurez suficiente. El art. 3.1 de la LOPDH establece que los menores con madurez suficiente para prestar el consentimiento deben prestarlo ellos mismos. En el mismo sentido, como se adelantó, el Código Civil español excluye la representación legal de los padres que ostentan la patria potestad para aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo (art. 162.2.1 CC).

La jurisprudencia confirma el criterio de la validez del consentimiento cuando el menor goza de capacidad suficiente. La STS 730/2018 (sala 1.^a), de 1 de febrero (Roj: STS 228/2019 — ECLI: ES:TS:2019:228), con cita de las sentencias 205/2018, de 6 de marzo (Roj: STS 1629/2018 — ECLI: ES:TS:2018:1629) y 209/2017, de 28 de marzo (Roj: STS 1202/2017 — ECLI: ES:TS:2017:1202), con base en los arts. 162 y ss. CC, afirma que los menores gozan de capacidad para los actos relativos a sus derechos de la personalidad en el momento en que adquieren suficiente madurez. También proclama, en consonancia con el art 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), el derecho de los menores a ser oídos y a que sean tomadas en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez. La resolución termina manteniendo que ello “inevitablemente exige, además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable”.

El principal problema en relación con el criterio de la madurez suficiente para el ejercicio de estos derechos radica, como pone de manifiesto la sentencia, en la dificultad de determinar el grado de madurez del menor, pues no es posible baremarla conforme a reglas fijas. Decidir cuándo los menores tienen madurez requiere el análisis de la edad del menor, pero también su formación y desarrollo intelectual y emocional, así como otros factores exógenos. De hecho, resulta relevante la formación y el conocimiento que el menor tenga del propio funcionamiento técnico del medio a través del cual se difunde la imagen o información (por ejemplo, las redes sociales), pues afecta de manera relevante a la capacidad de evaluar y querer las consecuencias de sus propios actos cuando se publica una información o imagen.

La determinación de la capacidad suficiente no solo depende del sujeto, también depende de la naturaleza y consecuencias del acto de que se trate, dado que su alcance y trascendencia, y su influencia en el futuro desarrollo del menor, es diferente (en este sentido, García Garnica, 2004: 79, 80, para quien en el ámbito de los derechos de la personalidad debe prevalecer el criterio casuístico frente al cronológico, aunque sea contrario a la seguridad jurídica; también Santos Morón, 2011: 64).

Cuando los menores no tengan madurez suficiente, el art. 3.2 LOPDH permite otorgar el consentimiento a sus representantes legales (en ejercicio de sus deberes de vela y cuidado), con determinadas cautelas, y teniendo en cuenta la personalidad de los hijos en cuyo nombre actúan. Los padres, tutores o representantes legales prestarán el consentimiento por escrito, teniendo en cuenta la tuición que por ley debe procurar el Ministerio Fiscal. Así, se da traslado del consentimiento de los padres o tutores al Ministerio Fiscal, y si en ocho días este no se opone se entiende concedida la autorización (art. 3.2 LOPDH).

La intervención del Ministerio Fiscal, por tanto, es necesaria para que el consentimiento surta efecto, constituyendo una suerte de “asentimiento, autorización o ratificación” necesario para la validez del negocio jurídico de renuncia. En caso de que el fiscal se oponga, se requerirá autorización judicial que apruebe el consentimiento previamente otorgado (De la Rosa Cortina, 2016: 13). La omisión de este trámite determinaría la ineficacia del consentimiento y la antijuricidad

de la intromisión. No obstante, la virtualidad de tal previsión es escasa, pues el epígrafe 3.3 de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado español 2/2006 (en adelante Instrucción FGE 2/2006) mantiene que, constatado que estadísticamente son escasos los supuestos en los que se comunica a Fiscalía el consentimiento, los fiscales deben abstenerse de impugnar actos o negocios respetuosos con el interés del menor con base exclusivamente en el incumplimiento de este trámite formal.

Dado que se trata de un derecho de la personalidad, siempre es posible la revocación del consentimiento prestado (art. 2.3 LOPDH), que procederá del propio menor si tiene suficiente capacidad. De lo contrario será revocado por los padres o representantes legales. También se otorga legitimación al Ministerio Fiscal. Además, si el consentimiento se prestó por sus representantes legales mientras el menor no tenía suficiente capacidad, una vez adquiridas las condiciones de madurez suficientes, el menor ostenta la posibilidad de revocar por sí solo el consentimiento con independencia del tiempo transcurrido desde la prestación del consentimiento.

b. El consentimiento en la LOPD (2018): el criterio cronológico

Frente al criterio de la madurez suficiente como vía para determinar la existencia de capacidad en los menores, el criterio cronológico aporta mayor seguridad jurídica. El criterio cronológico implica determinar la capacidad a partir del dato objetivo de la edad, sin necesidad de valorar si el menor tiene la madurez suficiente para entender y querer las consecuencias derivadas de autorizar el tratamiento de sus datos personales.

El criterio de la capacidad natural resulta más respetuoso con la naturaleza propia de un derecho de la personalidad y con el derecho de autodeterminación del menor, pero en ocasiones resulta poco operativo, dada su indeterminación. El problema, en relación con esta opción, radica en determinar la edad idónea para autorizar el consentimiento.

El Reglamento General de Protección de datos (Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la *protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos*

datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en adelante RGPD), establece la edad mínima para consentir en 16 años, aunque no realiza una armonización plena (estableciendo una edad única para todos los Estados), y permite que las legislaciones nacionales determinen la edad mínima, siempre que no sea inferior a 13 años (art. 8). Por otra parte, el art. 8 del RGPD se refiere, exclusivamente, al consentimiento del niño en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información.

En España, el art. 7 de la LOPD (2018) fija la edad mínima para otorgar el consentimiento en 14 años, y lo hace con una finalidad mucho más extensa: autorizar el tratamiento de los datos personales.

c. Concurrencia y compatibilidad de criterios: el consentimiento de los menores en las redes sociales

Expuestos los diferentes criterios existentes para determinar la capacidad por parte de los menores en la LOPDH y en la LOPD (2018), cabe preguntarse cuál resulta de aplicación en la apertura de una red social y en las concretas publicaciones.

La apertura de una cuenta en una red social supone la formalización de un contrato relativo a bienes y servicios de la vida corriente en el que los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio de datos personales (Directiva UE 770/2019, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales). De conformidad con los usos sociales estos contratos puede formalizarlos un menor maduro, sin perjuicio de que sea imprescindible tener al menos 14 años para consentir al tratamiento de los datos personales que la formalización del contrato supone.

La gestión de la información publicada en las redes sociales implica tratamiento de datos personales, aunque también pueden verse afectados el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Algún autor entiende que el criterio subjetivo de la capacidad natural propio de la LOPDH deviene inoperativo tras la promulgación de la normativa sobre protección de datos, y que distintos criterios hermenéuticos (cronología posterior y su consideración como mandato europeo) aconsejan la normalización de la solución del criterio cronológico (Messía de la Cerda Ballesteros, 2019: 6).

No obstante, parece procedente defender que cuando estén afectados el derecho al honor, la intimidad y propia imagen, o la propia formalización de un contrato, no basta el criterio cronológico (14 años), sino que se requiere capacidad natural para entender y querer las consecuencias de los propios actos (Batuecas Caletrío, 2015: 153 y 154; Gil Membrado, 2017: 7). El requisito de los 14 años será condición necesaria (siempre que la actuación implique tratamiento de datos), pero no suficiente, si hay implicación de tales derechos de la personalidad o se requiere consentimiento contractual (en virtud de las exigencias de la LOPDH y el CC).

2.2. Publicación de información relativa a menores en las redes sociales por parte de sus padres o representantes legales

Como ya se ha dicho, en virtud de lo establecido en el art. 162.2.1 del Código Civil español los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo, quedan excluidos de la representación legal de los padres.

Cuando el menor no tenga madurez suficiente, a pesar de que como regla general no cabe la representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad, los representantes legales podrán prestar consentimiento a la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor (art. 3 de la LOPDH). Si la publicación de la imagen o información relativa al menor se realiza por su representante legal sin su consentimiento, deben valorarse y solventarse los posibles conflictos de intereses existentes, pues la representación del menor no autoriza a una difusión ilimitada de su imagen o intimidad, máxime cuando esto le pueda irrogar algún perjuicio.

La divulgación de imágenes en las redes sociales implica la difusión de un dato personal y una injerencia en el derecho a la propia imagen del menor, cuando no en su propia intimidad u honor. Además, debe tenerse muy presente que, aunque se suba a perfiles privados, la imagen del menor puede hacerse pública en cualquier momento, y con las cautelas derivadas de tal posibilidad debe abordarse el problema.

Los padres o representantes legales de los menores, por el mero hecho de serlo, no pueden difundir cualquier fotografía, pues los menores son titulares de los derechos al honor, intimidad y propia imagen,

y publicar una imagen que afecte a su correcto desarrollo puede suponer una intromisión ilegítima.

Por otra parte, el propio ejercicio legítimo del derecho a la intimidad de los padres, y su disposición, viene limitado por el ejercicio de la patria potestad, que les impide actuar de manera que puedan poner en peligro el derecho a la intimidad de sus hijos. Lama Aymá (2006: 153) mantiene que, con independencia de que los menores tengan o no madurez suficiente, los padres del menor ostentan la patria potestad, que exige la protección de los bienes de la personalidad del menor.

De hecho, si se publican imágenes de menores que menoscaben su dignidad o intereses, la Fiscalía puede actuar de oficio. La Instrucción FGE 2/2006 (epíg. 7) afirma que las intervenciones de personajes públicos que exponen sus intimidades, y las de sus propios hijos, *han* de ser tratadas por el fiscal (quizá sería más correcto utilizar *podrán*), de acuerdo con el principio del superior interés del menor y de su legitimación autónoma para interponer demanda contra sus progenitores y el medio de comunicación (en interés del menor), una vez ponderadas las circunstancias concurrentes.

Sin embargo, el informe *EU Kids on line* (2020), relativo a los menores españoles en el contexto europeo, indica que el 24% de los padres publica información *on line* de sus hijos en redes sociales sin preguntarles, y que el 16% de los menores reclaman que se retire la información.

La situación es muy similar en Portugal. El art. 1878 del Código civil portugués otorga a los padres el ejercicio de las responsabilidades parentales (entre las que constan velar por su salud y seguridad), que deben ejercerse protegiendo y beneficiando a los hijos con su actuación y teniendo en cuenta sus opiniones de acuerdo con su madurez y capacidad de entendimiento.

Los derechos de la personalidad se prevén en los arts. 70 y ss. del Código civil portugués (y el derecho a la propia imagen concretamente en el art. 79). Además, en el régimen jurídico portugués los padres también pueden actuar en representación de sus hijos en este ámbito, si bien, deben hacerlo cuando su intervención sea necesaria y siempre que les resulte beneficiosa (Martingo Cruz, 2020: 127 y 129).

El problema radica en que, tal y como mantiene Martingo Cruz (2020: 129 y 130), con carácter general (y sin perjuicio de que pueda

haber excepciones) no se ve el interés o beneficio para los hijos en que su imagen sea ampliamente divulgada por Internet. De hecho, la autora hace referencia a una de las primeras resoluciones jurisprudenciales adoptada en Portugal en la materia.

Esta decisión procede del Tribunal de Relação de Évora, el 25 de julio de 2015, y establece el deber de los padres de abstenerse de divulgar fotografías o informaciones que puedan identificar a su hija en las redes sociales, con la finalidad de salvaguardar su derecho a la intimidad y proteger su seguridad en el ciberespacio. También reseña la autora una resolución que emite el Supremo Tribunal de Justicia de Portugal, el 30 de mayo de 2019, que considera que la instrumentalización de las personas, y en particular de los menores, es contraria al orden público, dado que ofende a la dignidad humana. Es más, considera que en este tipo de contextos el consentimiento resulta irrelevante como causa de exclusión de la ilicitud de la lesión, con base en los arts. 81.1.º y 280.2.º del Código civil portugués (2020: 135).

A pesar de ello, el informe *EU Kids on line* (2020), relativo a los menores portugueses, establece que el 29% de los niños y adolescentes entre 9 y 16 años reportan que sus padres han publicado textos, videos o imágenes relativos a ellos sin preguntarles si estaban de acuerdo, y que el 14% pedirán a sus padres que se retire la información.

La generalización de esta conducta conduce a que cada vez sea más habitual que en los procedimientos de divorcio o de solicitud de medidas relativas a los hijos menores (en los supuestos de ruptura de las parejas de hecho), se solicite un pronunciamiento judicial en relación con este problema.

Cabe preguntarse, especialmente en supuestos de divorcio o separación de los padres, si este tipo de actos (publicar fotografías en redes sociales) es una facultad amparada por la guardia y custodia, dado que faculta para decidir sobre cuestiones diarias del menor (y en este ámbito cabría incluir la publicación de una fotografía que sea respetuosa con su dignidad e intereses). Tal anclaje se fundamenta en que la decisión de subir una fotografía no perjudicial no debe equipararse a otras de mayor calado vinculadas a la patria potestad: relativas a su salud, residencia...

Sin embargo, jurisprudencialmente existe un buen número de resoluciones que consideran que se trata de ejercicio de la patria potestad,

por lo que es necesario el consentimiento de ambos progenitores para publicar una fotografía en la red, de conformidad con lo establecido en el art. 156 Código Civil español (que prescribe el ejercicio conjunto o la actuación de uno con el consentimiento expreso o tácito del otro, teniendo en cuenta que son válidos los actos realizados por uno solo conforme a los usos sociales o en condiciones de urgente necesidad).

La SAP de Barcelona 385/2018 (secc. 12), de 15 de mayo (Roj: SAP B 4328/2018 — ECLI: ES: APB:2018:4328), argumenta que esta postura preserva el interés superior del menor, porque la cotidianidad actual de este tipo de publicaciones impide la necesaria meditación sobre su conveniencia (y sobre la futura opinión del menor respecto de la imagen publicada). Ciertamente, la necesidad de recabar el consentimiento del otro progenitor favorece la reflexión. En caso de desacuerdo entre los progenitores será el juez quien determine a cuál le corresponde adoptar la decisión, tras la tramitación del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria (art. 86 Ley 15/2015, de 2 de julio, *de Jurisdicción Voluntaria*).

La SAP de Barcelona 265/2015 (secc. 18), de 22 de abril (Roj: SAP B 4797/2015 — ECLI: ES: APB:2015:4797) centra su atención en el ámbito de difusión de las imágenes, e insta a ambos titulares de la patria potestad a restringir la privacidad de las imágenes del menor a familiares y amigos, desestimando la petición de que se prohíba a la madre publicar fotografías si la privacidad está así restringida. Gil Membrado afirma que la resolución parece entender que en estos supuestos la publicación de las fotografías es conforme a los usos sociales (Gil Membrado, 2017: 9). No obstante, la posterior SAP de Barcelona 360/2017 (secc. 18), de 25 de abril, a pesar de tener en cuenta que el ámbito de difusión se reduce inicialmente al grupo familiar y de amigos del padre, mantiene la ilegitimidad de la publicación por no contar con el consentimiento materno, por lo que no parece haber un cambio de postura para los supuestos de restricción del ámbito de difusión a familiares y amigos.

Estas resoluciones no se producen de manera aislada en España. La misma postura adopta el Tribunal de Distrito de La Haya en una sentencia publicada el pasado 1 de octubre de 2019. La sentencia condena a una *influencer* a retirar permanentemente todos los contenidos

de sus redes sociales en los que apareciesen sus hijos menores de edad. Además, le prohíbe publicar contenido de este tipo en el futuro. El fallo, al igual que en España, se ampara en que la decisión de publicar imágenes o vídeos de sus hijos en las redes sociales debe adoptarse conjuntamente por los padres. Esto sin perjuicio de que, a falta de acuerdo, la decisión corresponda al tribunal, que opta por la retirada y prohibición a futuro de las publicaciones (por considerarlo lo más beneficioso para los intereses de los menores, que ven comprometida su privacidad). Si bien, el tribunal autoriza la publicación en redes sociales privadas con menos de 250 seguidores.

En Italia, en diferentes ocasiones, los tribunales se han pronunciado en el sentido de hacer retirar a los progenitores fotografías de sus hijos en redes sociales. La sentencia del Tribunal de Mantua, de 17 de septiembre de 2017, también establece que para la publicación de fotografías de los hijos es necesario el consentimiento de ambos progenitores. Y la sentencia del Tribunal de Roma, de 23 de diciembre de 2017, tras la reclamación del hijo, ordena a la madre la retirada de las fotografías y le impone una indemnización de 10.000 euros (<https://www.ilsole24ore.com/art/anche-sanzioni-pecuniarie-genitore-che-pubblica-foto-figlio-web-AEvC46bD>).

En Portugal, Martingo Cruz (2020: 128) afirma que doctrina y jurisprudencia defienden que estas cuestiones se incluyen entre aquellas de particular importancia, sobre las que deben decidir ambos padres, pues pueden implicar una grave alteración en la vida diaria de los hijos. Entre estas cuestiones se incluyen las relativas a su salud, educación o representación... y también las relativas a su privacidad, por lo que los padres deben llegar a un acuerdo a este respecto. Es más, mantiene que incluso aunque exista acuerdo, si la publicación de la información es contraria al interés superior del hijo, tal actuación no será conforme a derecho.

Parece existir una tendencia generalizada a nivel europeo a anclar esta actuación en el ámbito de la patria potestad, exigiendo el consentimiento de ambos progenitores. El requisito solo se flexibiliza cuando se restringe el ámbito de publicación de la fotografía a familiares y amigos, y no en todos los casos, dado el riesgo de que esa publicidad restringida termine rompiéndose como consecuencia de la redifusión no consentida de la imagen.

Respecto a la posibilidad de que una vez alcanzada la mayoría de edad el menor pueda interponer una demanda por vulneración del derecho al honor, intimidad o propia imagen frente al causante de la intromisión (aunque proceda de sus propios padres), tal posibilidad existe, con independencia de que la red sea pública o privada, sin perjuicio de que la diferente difusión de la imagen deba tenerse en cuenta a los efectos de fijar la indemnización. De hecho, se llega a afirmar que en los supuestos más graves (*instamamis e instapapis*) cabría la posibilidad de que los hijos denunciasen a sus padres por la comisión del delito contra la intimidad previsto en el art. 197.7 del Código Penal español, pues a ello les legitima el art. 201.1 del mismo cuerpo legal (Gutiérrez Mayo, 2019).

3. CONFLICTOS ENTRE LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y SU AUTONOMÍA

El verdadero problema que surge a la hora de proteger la privacidad de los menores en las redes sociales es que voluntariamente deciden publicar datos de su vida privada y, dado que son titulares de los derechos contenidos en el art. 18.1 de la Constitución Española (honor, intimidad, propia imagen y protección de datos), si tienen madurez suficiente solo a ellos les corresponde consentir las intromisiones. Por otra parte, a menudo los menores conciben su identidad digital como una prolongación de su propia persona, por lo que las restricciones son una suerte de limitación al libre desarrollo de su personalidad. En este sentido compartimos con Martínez Martínez la afirmación de que difícilmente se puede prohibir que un menor mayor de 14 años acceda a las redes sociales, salvo un peligro o amenaza grave, porque esto implicaría privarle de un entorno de desarrollo personal (Martínez Martínez, 2013: 215).

¿Cómo proteger a quien voluntariamente se expone, a quien tiene intención de desvelar la información y no mantenerla oculta, si no perjudica a terceros?

Ser menor de edad no suprime el derecho de la persona a su auto-determinación, ni al libre desarrollo de su personalidad, por lo que deben respetarse las decisiones de aquellos menores que tienen

madurez suficiente para consentir. Sin embargo, no cabe renunciar a la exigencia constitucional de proteger la infancia y la adolescencia. Se trata de ponderar y adecuar ambas aspiraciones: el respeto a la autodeterminación del menor y su adecuada protección. Tal y como mantiene Messía de la Cerda (2019: 1), es necesario encontrar un punto de equilibrio que evite que la protección de los derechos de los menores se convierta en un medio de generación de daños y perjuicios para ellos mismos.

El art. 154 CC, así como el propio art. 39.3 CE, exige a los padres velar por los hijos y procurarles asistencia de todo orden durante su minoría de edad, y siempre que corresponda. La patria potestad, como responsabilidad parental, justifica y fundamenta la defensa integral de los menores siempre que se tenga en cuenta su personalidad en el ejercicio de la protección y se les escuche.

El ejercicio de los derechos de la personalidad corresponde al propio menor si tiene suficiente juicio, y a los padres cuando el menor no tenga madurez suficiente, en cumplimiento de una función derivada de la patria potestad (Navarro Michel, 2009: 54; Femenía López, 2013: 208; Godoy Domínguez, 2018: 6). No se trata del ejercicio de un derecho propio de los padres, por lo que todas las decisiones que adopten en relación con los hijos buscarán su mejor interés y la protección de sus derechos.

El deber/facultad de vigilancia de los padres se fundamenta en la protección de la integridad física y moral de los hijos, tanto respecto de los peligros externos como de los que puedan proceder de sí mismos (entre otras causas, como consecuencia del uso de la tecnología). Esta facultad de vigilancia no debe desvincularse del deber/facultad de educación que consagra el art. 27 CE, pues es necesario educar al menor en el uso de la tecnología, teniendo en cuenta que esta facilita el contacto con terceros ajenos al entorno personal y familiar (en el mismo sentido, De la Iglesia Monje, 2018: 3284).

El deber/función de educar no debe obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad del menor, ni la función de velar por los hijos debe vaciar de contenido el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones. La supervisión que ejerzan los padres sobre la utilización de las redes sociales por parte de los menores no puede vulnerar gratuitamente sus propios derechos ni anular la personalidad del menor,

pues contraviene lo establecido en la legislación vigente y supondría una involución en el concepto mismo de patria potestad, que acercaría aquella, de nuevo, al concepto de poder absoluto sobre el hijo (Batuecas Caletrío, 2015: 137).

3.1. Supuestos conflictivos y soluciones judiciales

Cabe preguntarse si los padres pueden reclamar datos de los hijos alojados en redes sociales, pues quienes reclaman los datos (los padres) son personas diferentes de los titulares de los datos (los hijos), por lo que la solicitud al responsable de la red social no está amparada por el derecho de acceso y la revelación de la información por parte de la red social supondría una cesión no consentida (si no media consentimiento del hijo).

El art. 12.6 LOPD (2018) autoriza a que, en cualquier caso, los titulares de la patria potestad ejerciten en nombre y representación de los menores de 14 años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles. Si bien, aunque así no fuese, la cesión de los datos estaría justificada y amparada por lo establecido en el derecho/deber de velar y educar a los hijos del art. 154 CC, siempre que los datos reclamados se circunscriban a cuestiones que afecten a la educación y formación del menor. Por ejemplo: fotografías con carga sexual, documentos de contenido político extremo, racistas..., pero no otros contenidos no perjudiciales o adecuados (Batuecas Caletrío, 2015: 161 y 162; Platero Alcón, 2017: 310). Esta justificación se extendería a los tutores en virtud de lo establecido en el art. 269 CC.

También es dudosa la legalidad del acceso no consentido a los dispositivos y redes sociales de menores, pues puede implicar intromisiones en la intimidad del menor e, incluso, vulnerar el derecho a la intimidad de terceros.

En relación con la posibilidad de acceder a las redes sociales de los menores sin su consentimiento, se ha afirmado que no puede ampararse en ninguna norma legal, dado que son titulares de sus derechos de la personalidad y que el art. 154.2 CC obliga a ejercer la patria potestad de forma que no limite el libre desarrollo de la personalidad del menor. Se mantiene que este tipo de actuación por parte de los

padres vulnera los principios que rigen el ejercicio de la patria potestad, fundamentada en la titularidad de los derechos de la personalidad por parte de los menores y en su madurez. Conforme a esta opinión, la información o actuación necesaria debe obtenerse dialogando con el menor, pues debe ser oído siempre que tengan suficiente madurez antes de adoptar decisiones que le afecten (Platero Alcón, 2017: 179).

Dado que los menores son titulares del derecho a la intimidad, los padres no pueden acceder a sus cuentas privadas o espiar sus conversaciones. Si bien, ningún derecho es absoluto y los derechos de la personalidad del menor coexisten con el deber-función de protección de los padres. Por este motivo no es posible equiparar las injerencias exclusivamente justificadas por la curiosidad o el cotilleo a aquellas amparadas por el deber/función de protección y educación de los padres.

El acceso a contenidos protegidos por la privacidad del menor está justificado cuando la integridad del menor está en peligro (De la Iglesia Monje, 2018: 3285), o cuando su actuación perjudica intereses de tercero, pero no cuando sea caprichoso o no le aporte ningún beneficio (STC pleno 154/2002, 18 de julio. ECLI:ES:TC: 2002:154). No se niega que los menores sean titulares de sus derechos de la personalidad, ni que han de ejercitarlos por sí mismos sin injerencias, supervisiones o controles que puedan vaciarlos de contenido (tal y como defiende Godoy Domínguez, 2018: 12). Sin embargo, existen situaciones en las que la intromisión en sus derechos es legítima, porque resulta adecuada y proporcionada para garantizar su integridad y correcto desarrollo, y está amparada por el interés superior del menor.

Así, podemos vislumbrar dos situaciones en las que sería legítima la intromisión en la intimidad del menor: la afectación de intereses de terceros o el riesgo de la propia integridad del menor.

En relación con la afectación de intereses de terceros, no debe olvidarse que los padres o guardadores responden civilmente en régimen de solidaridad o de subsidiariedad (dependiendo de las concretas circunstancias de discernimiento e imputabilidad civil del menor), por los daños y perjuicio que ocasionen. Aunque el menor con capacidad volitiva e intelectual suficiente para comprender la trascendencia de sus actos (y los riesgos y resultados de los mismos) responde civilmente, lo cierto es que hay pocos pronunciamientos judiciales que

establezcan tal responsabilidad, quizá para simplificar los procedimientos o porque en una gran mayoría de supuestos los menores son insolventes. No obstante, incluso cuando son imputables civilmente, nada obsta a que se condene a sus padres o tutores conforme al art. 1903 CC.

La responsabilidad civil de los padres o guardadores por los daños y perjuicios ocasionados por los menores descansa en el incumplimiento de la función de guarda, lo que ayuda a fundamentar, también, que el deber/facultad de velar por ellos les permite desarrollar un cierto control sobre su actividad en redes sociales.

En este sentido, la SAP de Guipúzcoa (secc. 2) 139/2016, de 27 de mayo (Roj: Sap Ss 388/2016 — ECLI: ES: APSS:2016:388), responsabiliza a los padres por los daños psicológicos causados por su hija menor de edad, que publicaba en redes sociales comentarios vejatorios relativos a su profesora. La responsabilidad de los padres se fundamenta, precisamente, en que no ejercitaron de manera adecuada el control de su hija y de los medios electrónicos que le proporcionaron, no percatándose del mal uso que de los mismos hacía. En relación con la posibilidad de acceder a redes o dispositivos de los menores sin su consentimiento, cuando está en riesgo su propia integridad física o psicológica, la STS 803/2010 (Sala 2.^a), de 30 de septiembre (Roj: STS 5117/2010 — ECLI: ES:TS:2010:5117), defiende la legitimidad de la intromisión de la madre en la intimidad de la hija menor con el objeto de obtener información que le permita confirmar la existencia de un peligro que pone en riesgo el normal desarrollo de su hija, así como su integridad física y moral (si bien la resolución mantiene que las actuaciones desarrolladas por la madre son posteriormente confirmadas por la hija tras alcanzar la mayoría de edad).

En el mismo sentido, la STS 850/2014 (Sala 2.^a), de 26 de noviembre (ROJ: STS 5174/2014 — ECLI:ES:TS:2014:5174), afirma que siempre que la actuación de los padres sea proporcionada, la defensa de los intereses de su hija menor “les faculta a acceder de forma proporcionada a la documentación de sus comunicaciones (correspondencia, correos electrónicos o telemáticos, conversaciones grabadas, etc.) en la medida en que sean necesarios para la defensa de sus intereses, incluido, obviamente, para ejercitar las acciones procedentes para la

reparación de los daños causados al fallecido, tanto en el ámbito civil como en el penal”. Es más, la sentencia considera que tampoco se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones de quien remite los SMS, “porque el art. 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros”.

La STS 5809/2015 (Sala 2.^a), de 10 de diciembre (Roj: STS 5809/2015 — ECLI:ES:TS:2015:5809), se pronuncia sobre la licitud de la prueba de determinados contenidos procedentes de una red social de una menor. En el procedimiento no se discute si es o no legal acceder a las cuentas privadas de la menor sin su consentimiento. Sin embargo, la sentencia recuerda que puede considerarse ilegal el espionaje o control masivo a través de determinadas aplicaciones, aunque autoriza que los padres accedan al contenido de los mensajes de los dispositivos de los hijos si están buscando protegerles.

La sentencia tiene especialmente en cuenta que sea la madre, como titular de la patria potestad, la que acceda a la red social. Y que lo haga ante las evidencias de que existía una actividad presuntamente criminal en la que la víctima podía ser su hija. Por este motivo defiende que el derecho a la intimidad de la menor puede recortarse si existe un interés constitucionalmente prevalente. Por otra parte, la resolución afirma que no es posible depositar en los padres la obligación de velar por sus hijos y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de control, cuando existan evidencias que apunten a una actividad presuntamente perjudicial para el menor.

Debe tenerse en cuenta, además, que la función paterna de protección de los hijos menores no desaparece cuando el menor tenga capacidad suficiente para el ejercicio de los derechos por sí mismo. De hecho, el art. 162.1.2 CC, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, autoriza a los responsables parentales a intervenir en las decisiones relativas a derechos de la personalidad adoptadas por el menor maduro, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. Así, cabe defender que los padres pueden invadir la intimidad del menor, excepcionalmente y de manera proporcionada, cuando se pone en riesgo la integridad o el correcto desarrollo del hijo. Ahora bien, es necesario establecer los criterios que autorizan tal actuación, que solo se

justifica cuando busca proteger el interés superior del menor (en sentido similar, Gil Membrado, 2017: 8).

3.2. Criterios de legitimación de las intromisiones en la intimidad del menor

Las únicas injerencias legítimas en la intimidad del menor son aquellas que se fundamentan en la protección de su interés superior, pues no puede admitirse la existencia de una habilitación general por parte de los padres o tutores (Messía De la Cerda Ballesteros, 2019: 11). La prevalencia del interés superior del menor deriva del art. 2.1 de la LOPJM, y se reitera en la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, que consagra la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pueda concurrir. Con este fundamento es posible que los padres puedan excepcionalmente vulnerar la intimidad de sus hijos menores, si con ello pretenden cumplir con su deber de protegerlos.

El interés superior del menor no puede identificarse con sus gustos o preferencias, sino con sus necesidades de todo orden, con todo aquello que le beneficie, que variará en función de su edad, condiciones y personalidad (Godoy Domínguez, 2018: 7). Este interés será el que prime sobre cualquier otro en la adopción de las decisiones relativas a los menores.

En definitiva, cuando se produce una intromisión en la intimidad del menor habrá de ponderarse si la intromisión busca proteger su interés superior (poniéndole a salvo de sufrir un daño o perjuicio actual o futuro) o si busca otras finalidades ajenas a este.

La existencia de una actividad delictiva que tenga como víctima al menor legitimaría una intromisión en su intimidad, pero también es legítima cuando está provocada por su implicación en una actuación delictiva (Colás Escandón, 2017: 50 y 51, comparte esta afirmación). La legitimidad de la intromisión en la intimidad resulta incontestable cuando se trata de proteger al menor de una actividad delictiva en curso (o de evitar que la cometa), pero puede plantear problemas la adopción de medidas restrictivas de los derechos de los menores cuando con posterioridad se demuestre que no existía el riesgo que justificó la intromisión.

En este sentido, parece oportuno defender que la corrección de la medida debe basarse en un juicio de proporcionalidad y razonabilidad

que calibre si la medida restrictiva de derechos resultaba adecuada a los efectos de proteger el interés superior del menor en el momento en que se tomó la decisión, pese al resultado negativo de las averiguaciones en un momento posterior (Godoy Domínguez, 2018: 7 y 8). En definitiva, debe evitarse el sesgo retrospectivo, y no proyectar el conocimiento del resultado futuro en el momento en que se realiza la valoración (sobre el sesgo retrospectivo, Cavanillas Múgica, 2016: epíg. 2.3).

La legitimidad de la intromisión requiere preservar al máximo los derechos del menor, lo que implica oírle y tratar de obtener su autorización para el acceso al ámbito propio de su intimidad. La adopción de cualquier medida que les afecte exige que el menor que tenga suficiente madurez deba ser oído (art. 154.3 CC). Tal exigencia, de hecho, refuerza el libre desarrollo de la personalidad del menor.

Debe tenerse en cuenta, además, que el acceso no consentido a las redes sociales puede afectar a derechos e intereses de terceros, pues los contenidos de las redes sociales no solo afectan al propio menor, también existen datos de terceros. Martínez Martínez entiende que carece de sentido monitorizar la conducta en redes sociales de un menor maduro, precisamente por el atentado que supone a su privacidad y a la de los terceros con los que se relacione (Martínez Martínez, 2013: 209). Así, es necesario valorar si el acceso no consentido puede resultar una medida excesiva no solo en relación con los datos del propio menor, sino también con los de terceros afectados (en este sentido se pronuncia Messía de la Cerda Ballesteros, 2019: 10 y 11).

Gil Membrado afirma que no es posible defender que de manera preventiva los padres puedan fiscalizar la actuación de sus hijos en las redes a través de mecanismos invasivos de la intimidad, aunque pueden acudir al auxilio judicial si tienen sospechas fundadas de la existencia de grave riesgo para ellos. Afirma que, en este tipo de supuestos, de manera similar a como ocurre con la apertura de correspondencia, debe acudir al juez para que acuerde la medida si hay indicios suficientes de que pueda ayudar a descubrir hechos o circunstancias relevantes (Gil Membrado, 2017: 11).

Así, cabe plantearse si la fiscalización de las actuaciones en redes sociales de los menores requiere acudir a la vía judicial para que, ponderadas las circunstancias, se autorice el acceso bajo el estricto control judicial.

Batuecas Caletrió propone entender que, dados los evidentes riesgos para los menores en el ámbito de las redes sociales, existe una presunción *iuris tantum* de que las actuaciones de control efectuadas por los padres lo son en beneficio de los menores, para evitar partir de una desconfianza hacia el ejercicio de la patria potestad. Esto, con la consecuencia de que no sea necesario acudir al juez cuando se pretenda ejercitar dicho control y de que deba probarse (por quien lo alegue), que no es beneficioso para el menor (Batuecas Caletrió, 2015: 163).

No obstante, conviene recurrir a la autoridad judicial cuando se pretendan adoptar medidas que supongan intromisiones graves en la intimidad, sobre todo cuando se afecte de manera relevante a derechos de terceros. No parece que requieran autorización judicial injerencias puntuales en las redes sociales de los menores si se tienen sospechas de la existencia de concretas amenazas a su interés superior, pues en la generalidad de los supuestos debe confiarse en el correcto ejercicio de la patria potestad por los progenitores.

En definitiva, es indudable que no puede predicarse una habilitación general que permita el acceso a las redes sociales o dispositivos de los menores. Si bien, excepcionalmente, las intromisiones se considerarán legítimas si buscan proteger el interés superior del menor o bienes o derechos de terceros. Estas intromisiones deben ser proporcionadas a los males que se pretenden evitar, y en todo caso debe tratarse de obtenerse el consentimiento del menor (o al menos ser oído). No parece que sea imprescindible recabar la autorización judicial como regla general, aunque sí en intromisiones graves en los derechos de la personalidad del menor o cuando se vean afectados derechos o intereses de terceros.

4. CONCLUSIONES

Primera

La apertura de una cuenta en una red social implica formalizar un contrato y autorizar un tratamiento de datos que puede suponer injerencias en los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Por ese motivo es requisito imprescindible que el menor sea mayor de 14 años, pero también que tenga madurez suficiente para comprender las

consecuencias derivadas del contrato y de la concreta injerencia en su intimidad o imagen.

El requisito de los 14 años será condición necesaria (siempre que la actuación implique tratamiento de datos), pero no suficiente si hay implicación del derecho al honor, intimidad o imagen, o si se requiere consentimiento contractual.

Segunda

La publicación de la imagen del menor en las redes sociales por parte de sus padres o representantes legales ha de ser consentida por el menor si tiene suficiente juicio. Si no lo tiene requerirá el consentimiento de ambos padres, al considerarse una facultad inherente a la patria potestad. La necesidad de recabar el consentimiento del otro progenitor favorece la reflexión, lo que beneficia el interés superior del menor. En caso de desacuerdo entre los progenitores será el juez el que determine a cuál le corresponde adoptar la decisión, tras la tramitación del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria.

Tercera

Supone una vulneración a la intimidad del menor el acceso no consentido a sus redes sociales o dispositivos electrónicos. Como excepción, las intromisiones se considerarán legítimas si buscan proteger el interés superior del menor (o bienes o derechos de terceros) y no existe una medida menos gravosa para su protección. Debe tratar de recabarse el consentimiento del menor (o al menos ser oído). Si no se obtiene, la autorización judicial solo será necesaria en intromisiones graves en los derechos de la personalidad del menor o cuando se vean afectados derechos o intereses de terceros.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio Vaquero, J. P. (2016). “La protección de datos que viene: el nuevo Reglamento General europeo”. *Ars Iuris Salmanticensis (AIS)*, 4, 27-34. Disponible en: <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/15752/16252>.
- Batuecas Caletrío, A. (2015). “El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales”. En J. P. Aparicio Vaquero y A. Batuecas Caletrío

- (coords.). *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información* (pp. 137-170). Granada: Comares.
- Cavanillas Múgica, S. (2016). “Los sesgos del jurista (una lección inaugural de curso)”. [Blog]. Disponible en: [https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos — y-el-jurista-una-leccion.html](https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-y-el-jurista-una-leccion.html).
- Colás Escandón, A. M. (2017). “La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores de edad y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de sus progenitores”. *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 9, 1-32.
- De la Iglesia Monje, M. I. (2018). “El deber de vigilancia de los padres y el control de las conversaciones de menores a través de Whatsapp. El derecho a la intimidad de los menores”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 94 (770), 3279-3289.
- De la Rosa Cortina, J. (2016). *Honor, intimidad y propia imagen de menores: diez años de la instrucción 2/2006*. Centro de Estudios Jurídicos. Disponible en: <https://bit.ly/2zgh3ZZ>.
- Femenía López, P. J. (2013). “Daños por violación de la intimidad en las relaciones paternofiliales”. En J. A. Moreno Martínez (ed.). *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (pp. 195-238). Madrid: Dykinson.
- García Garnica, M. C. (2004). *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado (especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gil Antón, A. M. (2015). *¿Privacidad del menor en Internet?: «Me gusta» ¡¡¡Todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»¡¡¡*. Aranzadi.
- Gil Membrado, C. (2017). “Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las redes sociales” (I). *Diario La Ley*, 13, 1-26.
- Godoy Domínguez, L. A. (2018). “El conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores en el uso de las TICs y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad”. *Actualidad Civil*, 12, 1-22.
- Gutiérrez Mayo, E. (2019). “Posibles consecuencias legales para los progenitores por la publicación de fotos de sus hijos menores de edad en redes sociales”. *el derecho. com*. 20-12-2019. Disponible en: <https://bit.ly/2YO4q31>.
- Lama Aymá, A. de. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Martínez, R. (2013). “Menores y redes sociales. Condiciones para el cumplimiento del art. 13 del Reglamento de desarrollo de la LOPD”. En R. Rallo Lombarte y A. Martínez Martínez (eds.). *Derecho y Redes sociales*. Navarra: Civitas. 203-230.
- Martingo Cruz, R. (2020). “O fenómeno do sharenting na ótica das responsabilidades parentais e dos direitos de personalidade da criança”. En C. Ponte (coord.). *Nós na Rede. Ambientes digitais de crianças e jovens*. Almedina. 125-136.
- Messía de la Cerda Ballesteros, J. (2019). “Factores de habilitación o limitación del ejercicio de los derechos del menor a la intimidad, honor y propia imagen: el grado de madurez y el interés superior del menor de 14 o más años”. *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica Sobre Familia y Menores*, 23, 1-14.

- Navarro Michel, M. (2009). “Los derechos a la intimidad y propia imagen del menor de edad. Algunos supuestos conflictivos”. *Revista de Derecho Privado*, 93 (2), 47-74.
- Platero Alcón, A. (2017). “La patria potestad vs. el menor online: una ponderación de derechos constante”. *Revista Propiedad Inmaterial*, 23, 171-186. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/16571959.n23.07>.
- Santos Morón, M. (2011). “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”. *AFDUAM: Anuario de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 63-93. Disponible en: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/M_J_Santos.pdf.

BIODIREITO, AUTONOMIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Filipe Venade de Sousa *

Resumo: O artigo pretende visa analisar, em geral, com reflexões e contributos iniciais, o enquadramento *jusfundamental* das pessoas com deficiência em relação ao biodireito — designadamente no âmbito dos direitos sexuais e reprodutivos e, sobretudo, no consentimento informado sobre as intervenções impactantes na vida privada e familiar, para efeitos da interpretação *pro homine* da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Com efeito, é ainda sustentada a defesa dos direitos destas pessoas em contexto do biodireito, analisando como esta Convenção deve responder aos desafios do biodireito na salvaguarda dos direitos destas pessoas em condições de dignidade e igualdade de tratamento, e não discriminação em razão da deficiência. Por fim, o objetivo deste artigo é compreender e estudar, com base na supra Convenção, a relação entre os direitos das pessoas com deficiência e o biodireito, com base no respeito pelos direitos humanos como questão da existência condigna do ser humano na sociedade.

Palavras-chaves: Biodireito, autonomia, pessoas com deficiência, Convenção das Nações Unidas.

1. A CDPD E O BIODIREITO

1.1. considerações gerais

O tema dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com

* Investigador colaborador do Centro de Investigação em Justiça e Governação da Universidade do Minho.

deficiência ainda é emergente e merecedor de atenção, tanto no mundo jurídico como na sociedade em geral. É verdade que a evolução dos direitos das pessoas com deficiência e suas ramificações são induzidas pelas transformações socio-históricas e sociopolíticas que permitem, necessariamente, a compreensão contínua e atualizada sobre as pessoas com deficiência enquanto titulares de pleno direito.

Atualmente, a CDPD é, em nosso ver, e apesar de ser instrumento jurídico pertinente e fundamental, o ponto de partida que oferece um enquadramento jurídico para guiar a aplicação das medidas em conformidade com os princípios e normas da CDPD. Como se compreende, a CDPD dispõe de uma *raison d'être* no artigo 1.º, primeiro parágrafo: “*promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.*” Consequentemente, os propósitos da CDPD assumem, essencialmente, a conceção humanista de pleno reconhecimento e promoção efetiva dos direitos humanos e, não obstante, o respeito pela dignidade inerente das pessoas com deficiência ¹.

É ainda pertinente assinalar que o sentido e alcance dos direitos de pessoas com deficiência pressupõem uma interpretação evolutiva e dinâmica em função das circunstâncias sociais e políticas e condições de vida das pessoas com deficiência na sociedade.

Nos termos gerais, a influência da CDPD ² no âmbito bioético revela a sua pertinência e a importância da articulação, tanto principiológica como normológica, entre os direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência e as considerações bioéticas, designadamente os arts. 1.º, 3.º, 8.º, 12.º, 14.º, 17.º, 22.º e 25.º da CDPD. Neste âmbito,

¹ *Vd. Sousa, Filipe Venade de. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português: contributo para a compreensão do estatuto jusfundamental.* Coimbra: Almedina Editoria, 2018.

² A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque, em 13 de dezembro de 2006, e aprovada pela Resolução da Assembleia da República Portuguesa n.º 56/2009, de 30 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho. A CDPD em apreço entrou em vigor para a ordem jurídica portuguesa em 23 de outubro de 2009 (Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.ºs 114/2009).

assegura, por exemplo, o direito à vida familiar inerente ao exercício dos direitos reprodutivos e o direito de consentir, da forma livre, informado e adaptado às suas necessidades específicas, todas e quaisquer intervenções impactantes e lesivas à sua vida quotidiana. Em suma, estes artigos estipulam uma perspetiva humanista dos direitos humanos baseada no respeito pela diversidade e diferença das pessoas com deficiência que fazem parte da humanidade.

1.2. Contributos bioéticos internacionais

Do ponto de vista internacional, há algumas referências sobre questões bioéticas das pessoas com deficiência, por exemplo, o Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas adotou a Resolução n.º 32/23, de 1 de julho de 2016 ³, relativa à “*proteção da família: a função da família em apoio à proteção e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência*” ⁴. E, pertinentemente, o relatório

³ Nações Unidas. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 1 de julio de 2016 32/23. *Protección de la familia: la función de la familia en apoyo a la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Doc. A/Hrc/Res/32/23.

⁴ Alguns dos pontos considerados relevantes para compreender a proteção da família das pessoas com deficiência: “15. Reconoce que las personas con discapacidad pueden ser padres y cabezas de familia y, por consiguiente, todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio tienen derecho a hacerlo y a fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; (...) 17. Destaca que los Estados deben adoptar todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad asegurando, entre otras cosas, la existencia de formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso, y garantizando que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad; 18. Destaca también la necesidad de que los Estados adopten medidas inmediatas, eficaces y apropiadas para crear conciencia en toda la sociedad, incluso a nivel familiar, acerca de las personas con discapacidad, con miras a fomentar el respeto de sus derechos y su dignidad; 19. Exhorta a los Estados a que, en sus marcos jurídicos y de políticas, reconozcan el importante papel que desempeñan las familias en el cuidado y apoyo de las personas con discapacidad; (...)”.

apresentado pela relatora especial de ONU ⁵, que descreve os contributos bioéticos com base nos diversos instrumentos internacionais da proteção de direitos humanos, designadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e Bioética (2005) ⁶ e, ainda, a Convenção de Oviedo sobre a proteção dos direitos humanos e dignidade de ser humano em relação à aplicação de biologia e medicina (1997) ⁷.

É verdade que a relação entre a bioética e as pessoas com deficiência é “*conflitiva*”, que têm diferentes enfoques nas respostas sobre “*atenção médica adequada e eleição pessoal*” ⁸. Do ponto de vista bioético, os tratamentos relativos às pessoas com deficiência, designadamente prevenção, reabilitação ou cura, são “*moralmente bons*” ou “*positivamente valorados*” ⁹ porque são correspondentes à perspetiva médico terapêutica que a deficiência é vista como um problema de saúde; ou seja, é uma falta do funcionamento normal do corpo humano. Por seu turno, as pessoas com deficiência apresentam suas próprias perspetivas que consideram que a deficiência é vista como um aspeto inerente à experiência humana; ou seja, independentemente de tratamentos reabilitadores, devem assegurar, acima de tudo, o gozo e exercício dos direitos humanos em condições de igualdade com qualquer pessoa ¹⁰.

Consequentemente, as considerações bioéticas devem ter em conta as preocupações legítimas das pessoas com deficiência, que devem ser consultadas em colaboração com entidades bioéticas, tendo em conta o respeito pela dignidade e as implicações relacionadas com a sua qualidade de vida ¹¹. Por exemplo, segundo a Relatora Especial, “(...) *los*

⁵ Nações Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (2019). Derechos de las personas con discapacidad. Doc. A/HRC/43/41. 17 de dezembro de 2019, p. 19.

⁶ Especificamente, para interessar o objeto do estudo, artigos 5.º e 7.º

⁷ Particularmente artigos 6.º e 7.º

⁸ *Idem*, p. 19.

⁹ *Idem*, p. 19.

¹⁰ *Idem*, p. 19.

¹¹ *Idem*, p. 23.: “(...) Tras esas preocupaciones sobre la bioética y la eugenesia se esconden inquietudes existenciales. Cuando la bioética examina si es moralmente aceptable recurrir a una intervención médica o biológica concreta para prevenir o tratar la discapacidad, también está juzgando la calidad de vida y, en última

*debates éticos se reducen a una aplicación excesivamente simplificada y legalista de las normas a las situaciones, sin una reflexión crítica acerca del papel de los derechos humanos en la bioética y las dinámicas de poder que determinan las decisiones tomadas. (...)*¹². Neste sentido, a mesma relatora propõe uma nova terminologia que intitula “Bioética da Deficiência” que reconhece essencialmente os direitos das pessoas com deficiência que têm de ser ouvidos e consultados com eventuais entidades em matéria das questões bioéticas, de acordo com a própria realidade da vida das pessoas com deficiência e suas preocupações legítimas no âmbito bioético¹³.

As considerações bioéticas devem ter em conta o enquadramento dos direitos e liberdades reconhecidos às pessoas com deficiência, e não excessivamente sob enfoque reabilitador. Ou seja, esta questão bioética tem de estar em conformidade com os princípios da CDPD que define, explicitamente, no seu artigo 3.º os princípios considerados fundamentais, tal como o respeito pela dignidade, autonomia e liberdade e, ainda, a aceitação de diversidade como parte da humanidade¹⁴.

instancia, la valía de las personas con discapacidad. Lo que se está debatiendo es el impacto de una deficiencia en la experiencia vivida por la persona frente al coste ético, y a veces económico, de realizar o no una determinada intervención. El hecho de elegir entre valoraciones subjetivas de la calidad de vida (lo que las personas que han vivido esa experiencia dicen) y valoraciones objetivas (lo que los economistas, los especialistas en salud pública y otras personas dicen) llevará a conclusiones diferentes. Como consecuencia de ello, al debatir esas cuestiones los defensores de los derechos de las personas con discapacidad suelen verse forzados a justificar su propia valía y existencia. Esto es algo que sucede a muchas personas con discapacidad a lo largo de su vida, cuando se enfrentan a suposiciones estereotipadas sobre sus capacidades y su derecho a participar y contribuir a la sociedad.

¹² *Idem*, p. 24.

¹³ *Idem*, p. 25.

¹⁴ A relatora especial afirma igualmente que: “(...) 41. Los principios generales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad son fundamentales para asegurar un enfoque de derechos humanos respecto de la discapacidad cuando se examinan prácticas médicas y científicas relacionadas con las personas con discapacidad. El principio del respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas (art. 3 a)) debe ser, ante todo, la principal consideración. (...) 42. (...) El respeto

2. DIREITO DA FAMÍLIA À LUZ DA CDPD

Para começar, para refletir, usamos a afirmação do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa em 2019: “*As pessoas com deficiência mental ou intelectual, pesem embora as suas limitações, têm desejos próprios e ambições, capacidade de estabelecer relações afetivas e amorosas, capacidade de decidirem acerca de aspetos da sua vida. Ponto é que lhes seja dado espaço para isso, sem estigma, sem vergonhas, aceitando-as como parte de uma sociedade inclusiva, que se adapta de forma a todos abraçar na sua diversidade.*”¹⁵. Por este sentido, o art. 23.º da CDPD é a principal referência do Direito da Família que a própria Convenção estabelece, pertinentemente, o enquadramento jurídico dos direitos das pessoas com deficiência em matéria familiar. Particularmente, para o presente objeto de estudo, concentra-se no n.º 1, als. a), b, c) do mesmo artigo¹⁶.

de la autonomía individual significa que se reconoce que las personas con discapacidad son titulares de derechos, capaces de adoptar sus propias decisiones, con un apoyo adecuado si se precisa. El hecho de requerir un nivel elevado de apoyo no justifica la denegación de la autonomía o la libre determinación. (...) 44. (...) El respeto de la diferencia supone aceptar a las personas con discapacidad tal y como son, en lugar de sentir compasión o verlas como un problema que debe “subsannarse”. También significa que la deficiencia no se considera como un déficit o como un factor que puede ser perjudicial para la dignidad humana. En consecuencia, se reconoce a las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana y estas deben ser respetadas y aceptadas como tal. Esta premisa es fundamental para abordar las cuestiones éticas y de política que se derivan del modo en que la sociedad percibe y trata la deficiencia. (...)” *cf.* Nações Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (2019). Derechos de las personas con discapacidad. Doc. A/HRC/43/41. 17 de dezembro de 2019.

¹⁵ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eecd41e739521aa7466802584e7003c749f?OpenDocument>

¹⁶ Artigo 23.º (*Respeito pelo domicílio e pela família*)

1. Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efetivas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência em todas as questões relacionadas com o casamento, família, paternidade e relações pessoais, em condições de igualdade com as demais, de modo a assegurar:

- a) O reconhecimento do direito de todas as pessoas com deficiência, que estão em idade núbil, em contraírem matrimónio e a constituírem família com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges;

Sistematizando, para a melhor compreensão normológica, os pressupostos essenciais, a saber:

- a) o direito da pessoa com deficiência de constituir livremente, em idade matrimonial, família com consentimento destas pessoas, em articulação também com art. 12.º da CDPD que reconhece o direito à capacidade jurídica (tanto gozo como exercício dos direitos) em todos os aspetos da vida, incluindo vida privada e familiar;
- b) o direito da pessoa com deficiência à decisão e à participação no âmbito sociofamiliar: “*número de filhos e o espaçamento de seus nascimentos*”; “*acesso a informação apropriada à idade*”; “*educação em matéria de procriação e planeamento familiar*” e “*disponibilização dos meios necessários para lhes permitirem exercer estes direitos*”; e, não menos importante;
- c) o direito da pessoa com deficiência de manter “*a sua fertilidade em condições de igualdade com os outros*”, designadamente não recurso, ou sem consentimento, ao aborto, contracção ou esterilização involuntária para assegurar os direitos reprodutivos.

Esta consideração normativa ainda está em articulação com al. *d*) do artigo 25.º da CDPD ¹⁷. Ou seja, no âmbito do acesso aos cuidados de saúde, exige-se que seja respeitado os direitos das pessoas com deficiência

-
- b) O reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência a decidirem livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento dos seus nascimentos, bem como o acesso a informação apropriada à idade, educação em matéria de procriação e planeamento familiar e a disponibilização dos meios necessários para lhes permitirem exercer estes direitos;
 - c) As pessoas com deficiência, incluindo crianças, mantêm a sua fertilidade em condições de igualdade com os outros.

¹⁷ Artigo 25.º (*Saúde*)

Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm direito ao gozo do melhor estado de saúde possível sem discriminação com base na deficiência. Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para garantir o acesso às pessoas com deficiência aos serviços de saúde que tenham em

que possam consentir, de forma livre e informada, no quadro do seu direito à capacidade jurídica em qualquer aspeto da vida, assegurando o exercício destes direitos em função de “*sensibilização para os direitos humanos, dignidade, autonomia e necessidades das pessoas com deficiência*” agindo dentro das “*normas deontológicas*”, em conformidade com os princípios da CDPD.

Além destes artigos, todas e quaisquer pessoas com deficiência têm, como qualquer pessoa, o direito ao respeito pela sua integridade física e mental em virtude do art. 17.º da CDPD¹⁸. Consequentemente, os tratamentos de qualquer natureza terapêutica, contraceptiva e médica e cuidados de saúde estão sujeitos aos parâmetros internacionais e, sobretudo, da CDPD, protegendo e garantindo a integridade física e mental das pessoas com deficiência enquanto titulares de pleno direito em detrimento de ser mero objeto de proteção em si mesmo. O respeito pela integridade é a garantia da existência de consentimento livre e esclarecido. Este artigo tem vínculo intrínseco com artigos 23.º e 25.º, no âmbito da vida privada e familiar e em matéria do acesso aos cuidados de saúde, respetivamente.

E, ainda, o art. 22.º, n.º 2 da CDPD exige que o Estado garanta a “*confidencialidade da informação pessoal, de saúde e reabilitação das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com demais*”. Trata-se de uma essência norteadora pelo respeito do direito à privacidade, por exemplo: a informação genética também enquadra claramente a proteção do direito à privacidade das informações relacionadas com a

conta as especificidades do género, incluindo a reabilitação relacionada com a saúde. Os Estados Partes devem, nomeadamente: (...)

- d) Exigir aos profissionais de saúde a prestação de cuidados às pessoas com deficiência com a mesma qualidade dos dispensados às demais, com base no consentimento livre e informado, inter alia, da sensibilização para os direitos humanos, dignidade, autonomia e necessidades das pessoas com deficiência através da formação e promulgação de normas deontológicas para o setor público e privado da saúde;

¹⁸ Artigo 17.º (*Proteção da pessoa da pessoa*)

Toda a pessoa com deficiência tem o direito ao respeito pela sua integridade física e mental em condições de igualdade com as demais.

vida privada, evitando eventuais prejuízos discriminatórios em razão da deficiência em si mesma.

3. DIREITO AO CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO NO ÂMBITO DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

3.1. Dignidade e autonomia como essência do direito ao consentimento

Tendo em conta as finalidades da CDPD, a Convenção garante a dignidade de todas e quaisquer pessoas com deficiência em condições de igualdade humana com as demais pessoas ¹⁹. Trata-se de uma essência humanista norteadora pela própria Convenção que define sua *raison d'être* ao longo do texto convencional. Ou seja, as pessoas com deficiência são, sobretudo e como qualquer pessoa, fins em si mesmas, com base nas suas próprias escolhas, expectativas, intenções, preferências, vontade e, ainda, respeito pelos direitos humanos como um todo, em conformidade com o art. 3.º da Convenção ²⁰.

A Convenção reconhece, claramente, a importância da família como existência contributiva da vida familiar e, sobretudo, pessoal, interagindo com sociedade em geral. Deste modo, a pertinência entre o respeito pela vida familiar com a dignidade inerente e autonomia individual no âmbito do desenvolvimento da personalidade; ou seja, têm liberdade de tomar decisões sobre a sua própria vida pessoal e familiar. O Estado tem que assegurar e respeitar as decisões e convicções das todas e quaisquer pessoas com deficiência que exercem seus direitos ²¹.

A essência do direito ao consentimento livre e esclarecido é derivada das concepções matriciais inclusivas da dignidade, autonomia e

¹⁹ Sousa, Filipe Venade de, *A multifuncionalidade da dignidade de pessoa humana e as pessoas com deficiência*. Revista *Scientia Iuridica*, n.º 349, 2019.

²⁰ *Idem, ibidem*.

²¹ *Vd. Sousa, Filipe Venade de, As relações familiares e as pessoas com deficiência: uma interpretação pro persona à luz da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* in Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e responsabilidade nas relações familiares”, fev. 2020, pp. 385-408.

liberdade individual que compõem, como um todo, o modelo social da deficiência enquanto questão dos direitos humanos.

A dignidade inerente é indivisível com a autonomia pessoal enquanto elemento extrínseco da dignidade inerente ao livre desenvolvimento da personalidade. Essencialmente, o elemento extrínseco do respeito pela dignidade consiste em afirmar que as pessoas com deficiência têm igual consideração humana, no sentido de poder conformar o livre desenvolvimento da personalidade inerente ao respeito pelo seu espaço de autodeterminação na vida pessoal, civil, política, social, económica e cultural ²².

A autonomia é considerada como uma essência contributiva do respeito pela dignidade inerente. Sob esta ótica, todas e quaisquer pessoas com deficiência podem exercer os seus direitos de forma a garantir apoios adequados e necessários para eliminar, ou reduzir necessariamente, os condicionamentos intrínsecos e/ou extrínsecos da natureza atitudinal, comportamental, arquitetónico, físico e entre outros fatores, que dificultam o exercício de direitos em função das circunstâncias concretas e, sobretudo, apoiando as pessoas com deficiência, valorizando as suas potencialidades em detrimento das suas desvantagens ou limitações, uma vez que tem a ver com a condição humana que estimula apoiando, em vez de limitando, o exercício dos direitos.

Desta forma sublinha-se que, cabe ao Direito da Convenção apoiar, proteger e promover o exercício dos direitos e liberdades no quadro da autonomia individual, no sentido de que as pessoas com deficiência possam escolher e construir o seu projeto de vida sócio pessoal e sociofamiliar como qualquer pessoa ²³. Ou seja, particularmente, o respeito pela dignidade e autonomia da pessoa com deficiência requer que toda e qualquer pessoa com deficiência tenha possibilidades efetivas de escolher, projetar e decidir opções legítimas para construir, com suas convicções e intenções, a sua vida privada e, sobretudo, familiar ²⁴.

²² Sousa, Filipe Venade de, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português: contributo para a compreensão do estatuto jusfundamental*. Coimbra: Almedina Editoria, 2018.

²³ *Idem, ibidem*.

²⁴ *Idem, ibidem*.

Por isso, a autonomia para as pessoas com deficiência é o fundamento vertical e matricial do reconhecimento, proteção e respeito da dignidade inerente ao gozo e exercício de todos e quaisquer direitos e liberdades fundamentais, assegurando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no âmbito da vida privada e familiar, vedando eventuais interferências estatais arbitrárias e discriminatórias que instrumentalizem, enquanto meio, alheamente, aquela pessoa com deficiência como objeto protecionista em vez de ser reconhecidamente titular de pleno direito das finalidades legítimas da Convenção²⁵; ou seja, reconhecimento, proteção e respeito pela dignidade e gozo e exercício dos direitos e liberdades em condições de igualdade com as demais pessoas.

3.2. Enquadramento do direito ao consentimento livre e esclarecido à luz da CDPD

3.2.1. Sentido e alcance

Em virtude das als. *b)* do art. 23.º e *d)* do art. 25.º da CDPD, as expressões “livre e total consentimento”, “decidirem livre e responsabilmente” e “consentimento livre e informado” indicam que as pessoas com deficiência, enquanto titulares de pleno direito, têm direito ao consentimento livre, esclarecido e responsável pelos atos que decidirem, enquanto

²⁵ Para melhor compreensão, Sousa, Filipe Venade de, *A multifuncionalidade da dignidade de pessoa humana e as pessoas com deficiência*. Revista *Scientia Iuridica*, n.º 349, 2019, p. 63: “(...) A Convenção ampara toda e qualquer pessoa com deficiência, que tem o direito de preservar a sua liberdade de autodeterminar a sua vida quotidiana, tomando diariamente decisões das quais não se desliga da sua condição do ser humano, depois de ter em conta a sua condição de pessoa com deficiência. Olhando, em primeiro lugar, a *pessoa* enquanto ser humano. Em segundo lugar, associa-se com a *deficiência* que é inerente à pessoa. Isto é, a concretização do respeito pela dignidade inerente às pessoas com deficiência. Assumir o contrário pode corresponder, contra as finalidades da Convenção, a uma instrumentalização alheia à condição de ser humano em razão de deficiência em si mesma. Considera-se, por isso, que a pessoa com deficiência não pode implicar uma instrumentalização do paradigma paternalista em todas as dimensões da vida quotidiana ao interesse político societal; consequentemente, não tem de ser colocada ao paradigma alheio às preferências e vontades das próprias pessoas e, por conseguinte, toda a sua vida não deve ser instrumentalizada em razão de deficiência.”

próprias pessoas, no âmbito da sua vida privada e familiar, em condições de igualdade com as demais pessoas.

O consentimento é visto como uma expressão da autonomia e liberdade de tomar decisões em matéria da saúde, significando que o paradigma interativo entre as pessoas com deficiência e os profissionais da saúde deve ter em consideração estes elementos vitais em conformidade com modelo social da deficiência, que reconhece os direitos das pessoas enquanto titulares de pleno direito em detrimento de objeto da proteção em si mesmo. Por outras palavras, o consentimento informado das pessoas com deficiência é visto como um direito inerente à dignidade, à igualdade e não discriminação e, sobretudo, ao respeito pelo exercício da capacidade jurídica no âmbito de diversos tratamentos e cuidados de saúde. O respeito pelo consentimento informado é o reflexo da relação entre a pessoa com deficiência e os profissionais de saúde. Isso implica que os profissionais da saúde ajam em conformidade com os limites estabelecidos pelas “normas deontológicas” que regulam os limites das atuações de natureza médica e terapêutica, em geral, que garantem o respeito pelos princípios descritos pelo art. 3.º da Convenção.

O direito ao consentimento deve preencher condições cumulativas: *liberdade e esclarecimento*. Por um lado, qualquer pessoa com deficiência tem liberdade de expressar e manifestar o seu consentimento no quadro do respeito da autonomia individual sem interferências discriminatórias em razão da mera deficiência em si mesma, não podendo impor ou forçar, inapropriadamente, a eventual decisão contra a vontade legítima da própria pessoa com deficiência enquanto titular de pleno direito.

Por outro lado, o esclarecimento deve preencher, pelo menos, elementos de acessibilidade informativa e comunicativa, no sentido de que as informações estejam adequadamente acessíveis em formatos adaptados de linguagem compreensível e, ainda, deve contar com adaptações razoáveis, sempre que necessário. Os profissionais de saúde devem transmitir, da forma adequada e direta, estas informações razoáveis, adequadas e acessíveis àquelas pessoas com deficiência, para que possam exercer o direito ao consentimento livre e esclarecido. Sem elementos, constitui uma negação do direito ao consentimento, pois, ou não é livre ou é irrazoavelmente não esclarecido.

3.2.2. O exercício do direito ao consentimento e o paradigma da capacitação auxiliada

O consentimento livre e informado de qualquer pessoa com deficiência corresponde, intrinsecamente, ao direito ao respeito pela dignidade inerente e, sobretudo, pela proteção da autonomia individual, mesma auxiliada em virtude do art. 12.º da CDPD. A nosso ver, pode-se afirmar que é uma perspetiva humanista de *capacitação auxiliada* à luz da CDPD ²⁶.

Cada pessoa com deficiência pode exercer, no quadro da margem de auto conformação e autorrealização pessoal — o desenvolvimento de sua personalidade como um todo — na vida civil, político, social, económica e cultural onde se insere, e que participe ativamente, em condições de igualdade, com as demais pessoas, em linha das preferências legítimas e vontades escolhidas e tomadas pelas próprias pessoas com deficiência, e não a partir de um paradigma excessivamente paternalista.

A mera razão da deficiência em si mesma não pode ser um fundamento para limitar o gozo e exercício do direito ao consentimento da própria pessoa com deficiência, em condições de igualdade com demais pessoas, muito menos podem os estereótipos discriminatórios restringir esses direitos inerentes. As pessoas com deficiência não devem ser vistas como “vulneráveis” ou “simplesmente incapazes” de consentir ²⁷; muito pelo contrário, deve-se compatibilizar os apoios necessários para

²⁶ Sousa, Filipe Venade de, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português: contributo para a compreensão do estatuto jusfundamental*. Coimbra: Almedina Editoria, 2018.

²⁷ A título da curiosidade, em Espanha, o Comité de Bioética pronunciou-se pertinentemente: “(...) Es tan erróneo considerar como sujetos de gran vulnerabilidad a todas las personas con discapacidad y, por tanto, limitar su autonomía, como, por el contrario, negarles a todos ellos el rasgo de vulnerabilidad, no otorgando a alguno de ellos la necesaria protección. En definitiva, desde una perspectiva bioética, entendemos que la implementación de la Convención debe evitar tanto incurrir en maximalismos que provoquen una extensión irracional e injustificada de la autonomía que exponga al riesgo a algunas personas con discapacidad, buscando, por tanto, el equilibrio entre la plena autonomía y la vulnerabilidad, como crear estereotipos que oculten el hecho de que la discapacidad es muy diversa y que el pleno reconocimiento de autonomía no puede operar del mismo modo para todos ellos”. Cf. Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de

assegurar o respeito pelos direitos, vontade e preferências, como descreve o art. 12.º da CDPD.

Especificamente, no âmbito da al. b) do art. 23.º da CDPD, a expressão “*disponibilização dos meios necessários para lhes permitirem exercer estes direitos*” requer o pleno acesso à informação e à comunicação, em virtude do art. 21.º da CDPD e, ainda, contando, sempre que necessário, à acessibilidade informativa e, inclusive, às adaptações razoáveis em função das circunstâncias concretas e individualizadas. Este acesso é o instrumento essencial do exercício do consentimento livre e esclarecido.

Consequentemente, a CDPD possibilita diversas formas e tipos de assistência ao exercício destes direitos à pessoa com deficiência que necessite de tais, tendo em conta as suas circunstâncias concretas, dependendo do grau de intensidade do tipo de apoio que for necessário prestar. Consequentemente, a CDPD opõe-se a qualquer “paradigma paternalista” que não tenha em consideração as preferências e a vontade da própria pessoa com deficiência na condução da sua vida privada e familiar, assegurando a essência do princípio de autonomia e a independência, incluindo a sua liberdade individual de tomar as suas próprias decisões²⁸. Toda e qualquer pessoa com deficiência pode querer e decidir construir o seu núcleo familiar enquanto titular de pleno direito, sem considerar qualquer paradigma paternalista, dando uma possibilidade à liberdade e à autodeterminação no âmbito pessoal e sociofamiliar²⁹. Mais uma vez, o exercício dos direitos, no quadro do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, no âmbito dos direitos inerentes à esfera pessoal e sociofamiliar é correspondente aos direitos projetados em toda a Convenção e é inerente que cada pessoa com deficiência tem possibilidades de se autodeterminar, e fazer *jus* ao livre desenvolvimento da personalidade, conforme com suas próprias opções, expressões e, sobretudo, convicções³⁰.

adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, 2017.

²⁸ Sousa, Filipe Venade de. *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português: contributo para a compreensão do estatuto jusfundamental*. Coimbra: Almedina Editoria, 2018.

²⁹ *Idem, ibidem*.

³⁰ *Idem, ibidem*.

4. CONCLUSÕES

Como é sabido, a própria Convenção tem como escopo a proteção e promoção da dignidade e autonomia individual. Pois, nessa perspectiva, objetiva-se compreender a autonomia individual como elemento basilar da dignidade humana e os fundamentos inerentes ao seu exercício *jusfundamental* pelas pessoas com deficiência. De acordo com a CDPD, o gozo e exercício dos direitos inerentes no âmbito sociofamiliar são garantidos a todas e quaisquer pessoas com deficiência. Os direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência têm uma relevância para assegurar o livre desenvolvimento da personalidade, com seus projetos e expectativas legítimas de vida sócio pessoal e sociofamiliar como qualquer pessoa.

O respeito da vida privada e familiar consagrado nos artigos 23.º e 25.º pressupõe, essencialmente, a proteção do direito ao desenvolvimento da personalidade no quadro do reconhecimento, gozo e exercício da liberdade individual e autonomia pessoal. Na medida em que os direitos tutelados no quadro do artigo 23.º não podem ser ilegalmente ou arbitrariamente interferidos em razão de deficiência. O gozo e exercício dos direitos inerentes no âmbito da vida privada e familiar têm em consideração os princípios gerais da CDPD.

Por isso, a Convenção garante o acesso à informação relevante, para que as pessoas com deficiência possam tomar eventuais decisões adequadamente informadas sobre os aspetos da sua saúde, tratamentos e cuidados da saúde sexual e reprodutiva em circunstâncias de igualdade de tratamento e condições. As mulheres com deficiência têm, como é natural, direitos inerentes aos aspetos íntimos da sua personalidade e da sua vida privada e familiar e, sobretudo, direitos à saúde sexual e reprodutiva, que constituem, essencialmente, a essência do direito inerente à vida familiar, construindo e desenvolvendo os seus projetos, expectativas e convicções relativas à família.

Por isso, o respeito pela vida privada e familiar consiste em afirmar que cada pessoa com deficiência tem direito de definir, afirmar, projetar e determinar, no quadro do livre desenvolvimento da personalidade, as suas convicções, expectativas e projetos de vida familiar e, inclusive, relações pessoais. Trata-se de uns aspetos multifuncionais no desenvolvimento da personalidade no âmbito sócio pessoal e sociofamiliar,

designadamente aspetos relacionados com a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre os aspetos inerentes à sua vida pessoal e familiar e a formação da identidade pessoal e familiar.

Em virtude do art. 25.º da CDPD, o consentimento livre e informado é explicitamente reconhecido, contribuindo indissolúvelmente a essência da dignidade, autonomia e liberdade pessoal conforme a al. a) do art. 3.º da Convenção; ou seja, as pessoas com deficiência têm direito de consentir eventuais tratamentos e cuidados da saúde em condições de igualdade com as demais pessoas. O exercício da liberdade de consentir é inerente à esfera pessoal da própria pessoa com deficiência. Neste exercício é possível contar com os apoios necessários, sob premissa principiológica da *capacitação auxiliada* de acordo com o art. 12.º, n.º 4 da CDPD. Consequentemente o consentimento livre e esclarecido implica que qualquer pessoa com deficiência pode tomar a decisão de aceitar, rejeitar ou procurar eventuais informações para que possa tomar decisões devidamente informadas, no quadro da autonomia individual e, sempre que necessário, contando com eventuais apoios para assegurar as informações compreensíveis e acessíveis em virtude do respeito pelo direito à capacidade jurídica. Os profissionais de saúde informam e comunicam, de forma compreensível e acessível, em função das necessidades individualizadas, às pessoas com deficiência que possam expressar suas preferências e vontade sobre eventuais cuidados da saúde.

6. BIBLIOGRAFIA GERAL

- BANTEKAS, Ílias; STEIN, Michael Ashley; ANASTASIOU, Dimitris. *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, 2018.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia. *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Universidad Alcala de Henares, 2012;
- , “*Discapacidad, normalidad y derechos humanos*”. In María CARMEN BARRANCO AVILÉS; Cristina CHURRUCA MUGURUZA. — *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch, 2014, pp. 86-89.
- DE ASÍS, Rafeal. *Sobre discapacidad y derechos*. Dykinson, 2013, Madrid.
- DE ASÍS, Rafeal [et. al.]. “*Principios éticos y fundamentos jurídicos*”. In Rafael DE LORENZO; Luis CAYO PÉREZ BUENO (Dir.). — *Tratado sobre Discapacidad*. Thomson Aranzadi, pp. 90-110, 2007, Pamplona (Espanha).
- LIDÓN HERAS, LEONOR. *La discapacidad en el espejo y en el cristal: Derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia, artículo 8 de la Convención Internacional*

- sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un camino previo por recorrer*. Editorial Cinca, 2016, Madrid.
- NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*. Atas do Seminário na Faculdade de Direito da Universidade do Porto realizado no dia 17 de abril de 2018.
- NEVES, Alexandra. *Os Novos Paradigmas que Balizam o Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis”*. Lisboa: Chiado Editora, 2015.
- PALACIOS, A.; ROMAÑACH, J. *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Ediciones Diversitas. 2006, Madrid.
- SOUSA, Filipe Venade de. *Os direitos fundamentais das pessoas com deficiência e jurisprudência multinível*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021;
- , *As relações familiares e as pessoas com deficiência: uma interpretação pro persona à luz da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* in Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e responsabilidade nas relações familiares”, fev. 2020, pp. 385-408.
- , *A multifuncionalidade da dignidade de pessoa humana e as pessoas com deficiência*. Revista Scientia Iuridica, Escola de Direito da Universidade do Minho, n.º 349, 2019;
- , *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português: contributo para a compreensão do estatuto jusfundamental*. Coimbra: Almedina Editoria, novembro, 2018.

LA AUDIENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN BUSCA DE UN SISTEMA DE JUSTICIA ADAPTADO A LA INFANCIA

Glòria Ortega Puente *

Abstract: El derecho de la persona menor a ser escuchada en los procedimientos judiciales exige que, tras ser informada debidamente de la trascendencia y de las posibles consecuencias de sus manifestaciones, pueda expresar sus opiniones sobre las cuestiones que le afectan.

Aunque este derecho se encuentra reconocido y positivizado en múltiples disposiciones legales, en numerosas ocasiones, desafortunadamente, es flagrantemente conculcado. Demasiado a menudo, los órganos judiciales no practican la audiencia de la persona menor sin motivación fundada, o incluso la omiten de forma deliberada. Y así se prescinde de la visión u opinión de la persona menor, formada a partir de sus vivencias y propia concepción del mundo que le rodea, con las consecuencias que esta abstracción objetiva puede producir de no atender a su interés superior. Para revertir esta tendencia deviene urgente la necesaria formación especializada de los operadores jurídicos para afrontar la audiencia conforme al interés superior del menor, así como la determinación de las fases y protocolos de actuación para el desarrollo de la misma, para lo que necesariamente, la autoridad judicial deberá auxiliarse de profesionales de otras disciplinas.

Es perentorio que los procedimientos judiciales traten a los niños, niñas y adolescentes como personas que cuentan con sus propias preferencias y aptitudes desde edades muy tempranas y que son capaces de expresarlas, ya sea por medio del lenguaje o por otros recursos.

Palabras clave: derecho a ser escuchado, audiencia de la persona menor, interés superior del menor, derechos de los niños, niñas y adolescentes.

* gloria.ortega@uab.cat.

INTRODUCCIÓN

Las decisiones que afectan a las personas menores en los procedimientos de familia suelen tener un carácter decisivo y trascendental en sus vidas, sin embargo, en la mayor parte de los procesos se prescinde de sus manifestaciones u opiniones.

El hecho de que los hijos hijas y adolescentes (NNA) sean apartados del proceso puede obedecer a querer alejarlos del conflicto, pero este hecho contrasta con su derecho a que sean valoradas sus opiniones, su voluntad o sus inquietudes, en definitiva, a que sean tenidos en cuenta ¹; y se distancia también del contenido de múltiples disposiciones de derecho supranacional que aluden a la necesidad de que sean escuchados, con las garantías necesarias para no causarles un perjuicio aún más grave que el que les podría suponer la omisión de esta escucha.

En el presente artículo se recogen los instrumentos supranacionales que hacen referencia al derecho de las personas menores a ser escuchadas. Aunque sus disposiciones forman parte del acervo normativo de los Estados que los han ratificado, en la práctica sus ordenamientos parecen alejarse del contenido de las mismas. Seguidamente, se plasman una serie de cautelas o consideraciones que deberían tenerse en cuenta a la hora de diseñar e implementar esta necesaria escucha en el procedimiento judicial de familia; y, finalmente, se destacan una serie de conclusiones.

¹ En este sentido, la Comisión Europea destaca en la *Communication from the Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of The Regions — EU strategy on the rights of the child*, de 24/03/2021, que «Entre los problemas a los que se enfrentan (las personas menores) están los estereotipos y la percepción de que la participación de los niños es difícil, costosa y exige recursos y conocimientos especializados. Los estereotipos sexistas, en particular, limitan las aspiraciones de los niños y las niñas y ponen obstáculos a su participación y a sus opciones de vida. Aunque la mayoría de los niños parece conocer sus derechos, solo uno de cada cuatro piensa que los respeta toda la sociedad. Esto afecta negativamente a su participación en los centros escolares, el deporte, la cultura y otras actividades de ocio, en los sistemas judiciales y en materia de migración, en el sector sanitario y también en las familias. (...) », p.4. Consultable en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0142> (última consulta 10/07/2022).

INSTRUMENTOS SUPRANACIONALES QUE ALUDEN AL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS

Es necesario resaltar en primer lugar el contenido de la *Convención sobre los Derechos del Niño*², adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que, desde la premisa de la necesaria concepción de las personas menores como sujetos de derechos, en su artículo 12 recoge que «los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño» siendo para ello necesario ofrecer al niño la oportunidad de «ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que (le afecte), ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.» Este precepto constituye un principio general de la Convención, al igual que lo son el derecho a la vida, el derecho a su interés superior y el derecho a la no discriminación, lo que implica que a la luz de todos ellos deberán ser interpretados y aplicados los demás derechos.

En relación con el mencionado artículo 12, debe atenderse también a las Observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Así, el Comité, en su *Observación General n.º 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado*³ afirma que el mandato contenido en el artículo 12 de la Convención implica una obligación de los Estados partes de «evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a

² Consultable en: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child> (última consulta 03/08/2022).

³ Observación General n.º 12. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Consultable en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (última consulta 20/05/2022).

expresarlas; *no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad*». Esta afirmación del Comité resulta especialmente relevante habida cuenta de que conlleva, en la mayoría de ordenamientos, la necesidad de deconstruir algunas pautas arraigadas en la práctica judicial para rediseñarlas construyendo un sistema de justicia adaptado y pensado también para fomentar la participación de las personas menores.

En este orden de cosas, sumamente importante resulta también que el Comité, en esta misma Observación, insista en desaconsejar a los Estados que secunden el criterio cronológico de la edad de la persona, al entender que puede propiciar — como efectivamente ocurre — restricciones en el ejercicio de este derecho.

Siguiendo con el artículo 12 de la Convención, es necesario señalar, a su vez, que el Comité alude a que cuando en el precepto se indica que el niño tiene *derecho a expresar su opinión libremente* no sólo se refiere a que lo pueda hacer sin presiones, sino a que tiene derecho a *elegir si quiere o no expresarse* sobre aquel asunto que le afecta y del que se le está preguntando o sólo a expresar su opinión sobre *alguno o algunos de los aspectos* que se le plantean. Todo ello requiere que previamente los NNA cuenten con información suficiente, accesible y comprensible para que ellos puedan decidir si quieren o no expresarse, que conozcan con antelación sobre lo que se les va a preguntar o plantear, y, asimismo, que comprendan cómo sus manifestaciones pueden ser tenidas en cuenta y a qué efectos.

Siguiendo en el marco supranacional, es necesario aludir a los Instrumentos del Consejo de Europa, en concreto al *Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996*⁴, que, en su capítulo II, dedicado a las medidas procesales para promover el ejercicio de los derechos de los niños, recoge que cuando el derecho interno considere que el niño tiene la madurez o grado de discernimiento suficiente tiene derecho a *«recibir toda la información pertinente; ser consultado y expresar su opinión; ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las*

⁴ Consultable en: https://rm.coe.int/european-convention-on-the-exercise-of-children-s-rights/1680a40f72_ (última consulta 04/06/2022).

posibles consecuencias de cualquier resolución», y recoge que todos estos derechos podrán «ser exigidos» por la persona menor (art.3). Se recoge, a su vez, en este mismo Convenio el derecho del niño a solicitar que le sea designado un representante en los procedimientos que le afecten en los supuestos en los que los titulares de las responsabilidades parentales no lo puedan representar o bien concurra conflicto de intereses con éstos (art.4); así como también, como otros derechos procesales, que los Estados miembros y demás Estados signatarios deben examinar conceder a los NNA otros derechos como el de solicitar por sí mismos la asistencia de una persona «apropiada» de su elección como representante para expresar su opinión o solicitar otro representante o un abogado; así como el derecho a ejercitar todo o parte de los derechos que tengan las partes procesales en los procedimientos que les afecten.

También alude el Convenio a que los tribunales o las autoridades administrativas deben actuar «con prontitud para evitar toda demora inútil» (art. 7) y, a que, antes de tomar una decisión que afecte a los NNA, el órgano decisorio debe «examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales» y que cuando el NNA cuente, según el derecho interno, con el «discernimiento suficiente» debe *«asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente; consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño; permitir al niño expresar su opinión»*, así como tener en cuenta debidamente la opinión expresada. (art.6).

En este marco del Consejo de Europa se han venido elaborando directrices tendentes a reconocer y dotar de garantías al derecho de las personas menores a ser escuchadas con el fin de poder contribuir a que los Estados rediseñen sus sistemas de justicia para que estos sean respetuosos con los NNA. Así, en las últimas estrategias publicadas en *Strategy for the Rights of the Child (2022-2027) — Children's Rights in Action: from continuous implementation to joint*

innovation ⁵, el Consejo de Europa señala algunos aspectos esenciales a considerar y alerta de que algunos Estados no preservan estos aspectos, tal y como ya recogía también en las anteriores directrices publicadas ⁶. El Consejo de Europa insiste en que el sistema judicial ha sido construido por adultos que, en muchas ocasiones, no reconocen suficientemente las necesidades específicas de la infancia ⁷. El Consejo constata de forma resaltable que los NNA son apartados de los procedimientos en los que se toman decisiones que les afectan, o bien, cuando no lo son, no se les informa de forma adecuada ni amigable; constata también la vulneración de su derecho a la privacidad y a la protección de datos por parte del sistema de justicia; así como la insuficiente especialización y formación de los órganos y profesionales intervinientes en los procesos; y aboga por la implementación de un enfoque que asegure la participación de los niños en los procedimientos civiles, penales y administrativos que les afecten y que estas manifestaciones tengan la debida consideración, poniendo de relieve distintas deficiencias y elaborando posibles sugerencias y medidas de apoyo ⁸ para la construcción de una justicia amigable para la infancia (*child-friendly justice*) ⁹.

⁵ Vid. *Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2022-2027)*. Consultable en: <https://rm.coe.int/council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-2022-2027-child/1680a5ef27> (última consulta 08/09/2022).

⁶ Vid. en este sentido, también la anterior *Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2016-2021)*, en la que se recalca también que: «los sistemas judiciales europeos siguen sin estar suficientemente adaptados a las necesidades concretas de los niños. Las investigaciones demuestran que los derechos de los niños a ser escuchados, informados, protegidos y no discriminados no siempre se respetan en la práctica (...)» incluyéndose estrategias para la implementación de una justicia adaptada a los NNA. Consultable en: <https://rm.coe.int/168066cff8> (última consulta 08/09/2022).

⁷ En esta última Estrategia publicada (2022-2027), el Consejo de Europa sigue insistiendo en este extremo: «The Council of Europe has already adopted standards, reports and recommendations to support member States in achieving child-friendly justice systems. However, justice systems are often a world made for adults, as they do not sufficiently recognise and address the specific needs of children in contact and in conflict with the law. The best interests of children and their views are not always sufficiently considered before, during and after justice proceedings (...) », p. 33.

⁸ Vid. en concreto estas propuestas en esta Estrategia (2022-2027), p. 39-43.

⁹ Vid. también, en este sentido, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, adoptada por el Comité de Ministros

En referencia al marco europeo debe considerarse el contenido de la *Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992*¹⁰ que insiste en la necesidad de velar por el derecho de los niños a manifestar sus opiniones, debiendo ser escuchados «*siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño*» y «desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en *todas las decisiones que le afecten*. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guarda y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social.»

Siguiendo en el marco europeo, es necesario mencionar también el contenido de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000*¹¹, que igualmente recoge como derecho de la persona menor el «expresar su opinión *libremente*» y que estas opiniones sean tenidas en cuenta en los asuntos que les afecten «en función de su grado de *madurez*», constituyendo su interés superior una «*consideración primordial*» (Art.24).

En este mismo sentido, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2019, sobre los derechos del niño con ocasión de la celebración del 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*¹² insta a los Estados miembros para que en aplicación de las directrices del Consejo de Europa adapten la justicia a la infancia (*child-friendly justice*) y destaca que «el interés superior del niño debe ser siempre una consideración primordial en las decisiones que afecten a los menores en contacto con el

el 17 de noviembre de 2010. Consultable en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3. (última consulta 20/05/2022).

¹⁰ DOCE n.º C 241, de 21 de setembre de 1992. (p.15). Consultable en: <https://www.caib.es/sacmicrofront/archivopub.do?ctrl=MCRST97ZI36262&id=36262> (última consulta 03/09/2022).

¹¹ DOUE C 364/1 (2000/C 364/01) Consultable en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (última consulta 08/06/2022).

¹² 2019/2876 (RSP) Consultable en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0066_ES.html (última consulta 08/06/2022).

sistema judicial, y que debe respetarse siempre el derecho del menor a ser escuchado, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño». El Parlamento Europeo, asimismo, también recuerda que deben establecerse salvaguardas específicas para las personas menores que entran en contacto con el sistema judicial, en particular en asuntos de familia, como el divorcio o la adopción, así como en cuestiones administrativas (Obs.33) ¹³.

Aunque los instrumentos mencionados se pronuncien a favor de la necesaria escucha de las personas menores y pretendan promoverla, los ordenamientos jurídicos internos pueden, como ocurre en el ordenamiento español, mostrar reticencias al haber sido diseñados desde la premisa errónea de que la protección del interés de la persona menor pasa por mantenerla al margen del procedimiento judicial, lo que no hace más que alejar al sistema judicial de los derechos específicos de los NNA y provocar vulneraciones en el ejercicio de los mismos.

1. Consideraciones para el diseño e implementación de la audiencia en los procedimientos de familia

En este punto se extraen una serie de consideraciones o cautelas que, a la luz de la normativa supranacional referida, deben ser

¹³ Vid. también *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño*.

Consultable en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e769a102-8d88-11eb-b85c-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF (última consulta 10/07/2022).

En esta se recogen, entre otras consideraciones y recomendaciones, que: «A veces, los profesionales carecen de formación para interactuar con menores de una manera apropiada a su edad, incluso a la hora de comunicar los resultados de un procedimiento, y para respetar el interés superior del menor. No siempre se respeta el derecho del menor a ser oído y no siempre existen mecanismos para evitar múltiples audiencias o recogidas de pruebas en las que intervienen niños», invitando a los estados miembros a: «apoyar a los proveedores de formación judicial y a todos los organismos profesionales pertinentes para incorporar en sus actividades los derechos del niño y una justicia accesible y adaptada a los niños; asignar, a tal fin, los recursos necesarios para las mencionadas actividades de desarrollo de capacidades (...)».

consideradas a la hora de practicar la audiencia o escucha de las personas menores. Estas son, en esencia, la necesaria supresión del criterio cronológico; la no sustitución genérica de la escucha por un dictamen de especialistas; la necesidad de que los protocolos que se diseñen sean adaptables a la edad y a las necesidades de cada NNA; la concreción de cómo debe efectuarse el juicio de madurez previa práctica de la audiencia; la determinación de cómo deben valorarse las opiniones manifestadas por los NNA; el diseño e implementación de un sistema de notificaciones y recursos expresamente para la comunicación a las personas menores del resultado de la audiencia; así como, la necesidad de garantizar a los NNA una asistencia letrada especializada, continuada y accesible.

En el ordenamiento jurídico español existen ciertas disfunciones en la regulación de esta audiencia. Aunque el legislador ha optado por acoger el criterio cronológico, algunos de los preceptos que aluden a la audiencia parecen alejarse en ocasiones de este criterio y se centran en afirmar que la valoración de la madurez de la persona menor es necesaria. El desarrollo de este derecho en el ordenamiento positivo es claramente insuficiente, lo que propicia graves disfunciones en la práctica procesal y la proliferación de prácticas distintas que, como consecuencia, conculcan el derecho de los NNA a ser escuchados. Ello ha motivado que, afortunadamente, algunos colectivos de juristas diseñen y compartan algunos criterios para aplicar en la práctica procesal ¹⁴; lo que no hace más que advertir la necesidad de regular de

¹⁴ Así, por ejemplo, es necesario destacar la labor del Consejo General Del Poder Judicial (CGPJ) «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida», 2020. Consultable en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias-estadisticas-estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida> (última consulta 03/08/2022)

En el Anexo VIII de esta Guía, se recogen recomendaciones para llevar a cabo la audiencia de las personas menores, considerando y detallando aspectos como el contexto en el que ha de tener lugar (tiempo de espera, espacio físico, aspectos del entrevistador/a), inicio y fases de la audiencia (esto es, su estructura: inicial, central y cierre, señalándose consignas y recomendaciones para cada una de las fases), momento en que se recomienda su desarrollo y orientaciones para discernir sobre su grado de madurez, entre otros extremos.

forma clara y exhaustiva la práctica de la audiencia y, en definitiva, diseñarla de forma respetuosa a las necesidades y a los derechos de la infancia, promoviendo su escucha y participación.

3.1. Necesaria supresión del criterio cronológico

El Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas ya alertó en la referida Observación general n.º 12 (2009) que, aunque el contenido del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño había supuesto un avance y eran significativos los esfuerzos por parte de los Estados para garantizar a los NNA el respeto a su derecho a ser escuchados, se detectaban prácticas que obstaculizaban gravemente su ejercicio.

En este sentido, el Comité ya desaconsejaba la determinación de una edad concreta para el ejercicio de este derecho ¹⁵, toda vez que en la práctica el establecimiento de un criterio cronológico por parte de los Estados sólo viene a propiciar que las personas que no hayan alcanzado esta edad no sean escuchadas, pues fomenta que no se valore de forma individual y motivada si la persona menor en concreto cuenta o no con suficiente capacidad para ejercer su derecho a ser escuchada, si así lo desea. Esta recomendación cohonesta con el hecho de que somos conocedores por otras disciplinas que los niños y niñas desde edades muy tempranas ya cuentan con sus intereses y propias preferencias, y que incluso sin poderlas expresar verbalmente, pueden expresarlas por medio de formas no verbales ¹⁶.

¹⁵ Así se advierte también por UNICEF en el Implementation Handbook for the Convention on the Rights of The Child, en el que afirma, que. «Here again, the Convention does not suggest that a minimum age be set; the Committee seeks information on whether children below a certain age are barred from being heard in either civil or criminal cases. Civil cases involving children include those concerned with custody and the upbringing of children, including separation from parents, adoption and so forth.(...)», p. 10. Consultable en: <https://www.unicef.org/lac/media/22071/file/Implementation%20Handbook%20for%20the%20CRC.pdf> (última consulta 10/07/2022).

¹⁶ Se recoge así en la propia Observación general n.º 12 (2009), ya citada. Y, respecto a este extremo, entre otras, podría citarse la obra de LANSDOWN, Gerison «The evolving capacities of the child», 2005, que afirma que «un número cada

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) ¹⁷ precisamente prevé que la persona menor pueda expresar su opinión «verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación»; añadiéndose que esta determinación de la madurez debe quedar en manos de los especialistas, y, una vez determinada, debería valorarse por la autoridad judicial si es o no recomendable, atendiendo siempre a su interés superior y de forma motivada, que tenga lugar la audiencia o entrevista con la persona menor afectada ¹⁸, ahora bien se sigue acogiendo de forma general el criterio cronológico, presumiéndose que el niño o niña cuenta con madurez suficiente si alcanza la edad de doce años.

La adopción de un criterio cronológico es potestad de cada Estado. Cabe referir que en Francia fue eliminada la fijación de una edad concreta que hiciera presumir la madurez del niño o niña (con anterioridad a su supresión estaba fijada en la edad de trece años). En Alemania, el ordenamiento promueve la escucha de todos los niños y niñas, y en la práctica, este hecho se traduce en que suelen ser escuchados a partir de los tres años, de lo que parece colegirse que en los ordenamientos jurídicos

vez mayor de investigaciones atestigua el papel activo que los niños mismos desempeñan en el desarrollo de sus propias habilidades, en las negociaciones que forman parte de su vida cotidiana y en el grado de responsabilidades que aceptan» así como, que «el empeño de respetar los derechos humanos del niño requiere una revisión radical de las ideas preconcebidas que ven a la infancia como un período de inferioridad de condiciones. Al reconocer la importancia de la evolución de las facultades del niño para el ejercicio de sus derechos en general y, en particular, del derecho a que sus opiniones sean tomadas en serio, la Convención sobre los Derechos del Niño representa un reto explícito contra tales concepciones de la infancia. Las soluciones distan mucho de ser evidentes. No es posible prescribir una edad definida a la cual todos los niños necesitan más o menos protección u oportunidades a la hora de asumir responsabilidades. Tampoco es posible crear marcos jurídicos o sociales suficientemente flexibles para que se ajusten a las capacidades sumamente variables de los niños respecto a los distintos aspectos de su vida». Obra consultable en <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVIN-G-E.pdf> (última consulta 10/08/2022).

¹⁷ BOE n.º 15, de 17/01/1996. Ref. BOE-A-1996-1069.

¹⁸ Sobre el juicio de admisión o denegación de la audiencia resulta muy interesante la lectura de Abel Lluch, Xavier, en Miranda Vázquez, Carlos (coord.)/Picó i Junoy, Joan (dir.)/Abel Lluch, Xavier (Dir.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Bosch editor, 2018, pp. 321-324.

que no optan por adoptar un criterio cronológico se propicia una escucha activa desde edades muy tempranas ¹⁹.

Es necesario aclarar que no puede extenderse tampoco la obligatoriedad de escuchar a todas las personas menores en los procedimientos judiciales que les afecten. Ahora bien, lo que sí resulta imprescindible es la necesidad de valorar en cada supuesto concreto si aquella persona menor puede ser escuchada, si así lo quiere, atendiendo a su madurez y a las circunstancias concurrentes, cohonstando esta valoración con su interés superior de protección, velando así por el respeto a su derecho a ser escuchada.

Así, el respeto a este derecho por parte de los ordenamientos, requiere como premisa básica la armonización de sus normas sustantivas y procesales, formuladas desde la concepción de la necesaria protección de este derecho, prescindiendo y alejándose del criterio cronológico general para la determinación de la madurez de la persona; a la luz de las recomendaciones de los instrumentos internacionales.

3.2. La audiencia de la persona menor no equivale al dictamen elaborado por especialistas

Debe también tenerse en cuenta que, de los instrumentos analizados se infiere que no cabe denegar la audiencia a la persona menor como regla general aludiendo al hecho de que la opinión de la misma ya consta en un dictamen al haber sido plasmada con anterioridad ante otros técnicos que pudieran haber intervenido en el proceso, como peritos, psicólogos o médicos, y que las mismas hayan sido recogidas en un dictamen.

La denegación por este motivo no concuerda con el espíritu ni con el contenido de los mandatos ínsitos en la Convención de Derechos del Niño, ni garantiza de modo alguno el respeto de la persona menor a su derecho a ser escuchada. La denegación de este derecho

¹⁹ La autora Susín Carrasco analiza el tratamiento de la audiencia de los NNA en Francia, Italia, Alemania, Inglaterra y Gales. Para un análisis detallado de la cuestión, vid. Susín Carrasco, Esther «La audiencia del menor en Derecho comparado» en ABEL LLUCH, (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp. 135-157.

a la escucha sólo puede atender a la preservación de su interés ²⁰, y tal caso podría tener lugar, entre otros, en supuestos en los que sea recomendable evitar una excesiva sobreexposición al proceso judicial, para evitar la victimización, si se le pregunta a la persona por hechos traumáticos, o, en definitiva, si las circunstancias concurrentes así lo aconsejan; y siempre, claro está, de forma motivada en la resolución que proceda.

En este sentido, se pronunció el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)* en la Sentencia de 11 de octubre de 2016, *Iglesias c. España* ²¹ que, analizando el derecho interno español, consideró que la audiencia de la persona menor es necesaria aunque su opinión ya conste en un dictamen toda vez que debe ser practicada de forma directa si esta cuenta con suficiente madurez y siempre si ha alcanzado la edad de doce años (atendiendo a que el ordenamiento español adopta este criterio) salvo si concurre algún motivo amparado en su interés superior y siempre que conste debidamente motivada tal denegación atendiendo a este interés superior.

También esta exigencia se infiere del contenido de la *Observación General n.º 12 del Comité de los Derechos del Niño*, que precisamente recomienda a los Estados que «siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado *directamente* en todo el proceso» ²². El espíritu de la norma es contrario a que sea el órgano decisorio el que haya de valorar si la opinión de la persona menor puede

²⁰ Abel Lluch, desgrana las diferencias existentes entre la audiencia o entrevista con el NNA y el dictamen de especialistas, y concluye que «ni la audiencia del menor excluye el dictamen de especialistas, ni como regla general la emisión del dictamen de especialistas suple a la audiencia del menor» en *op. cit.* Abel Lluch, Xavier, en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, 2018, pp. 268-269.

²¹ Sentencia TEDH (Sección 3.ª), *Affaire Iglesias Casarrubios y Cantalapedra c. España*, Requête n.º 23298, de 11 de octubre de 2016. (ECLI:CE:ECHR:2016:1011JUD002329812) Vid. valoraciones contenidas en las consideraciones 36-43 de la resolución. Consultable en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-167113%22%5D%7D> (última consulta 29/06/2022).

²² También se extrae así del análisis del precepto que se efectúa en la ya citada *Observación general n.º 12* CDN. Además, se indica «Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado». El Comité recomienda que, siempre

o no puede ser recogida por un representante o por un órgano apropiado (en la práctica procesal española comúnmente el dictamen de especialistas), sino que parte de una concepción distinta, cuál es, que es la propia persona menor la que, si cuenta con suficiente madurez y quiere expresar su opinión (sobre los aspectos que decida) puede decidir si la manifiesta por ella misma o a través de un representante designado al efecto, que deberá velar por sus intereses.

3.3. Diseño de protocolos adaptables a cada niño, niña y adolescente

Es necesario remarcar que no sólo la audiencia o entrevista de los NNA por parte de la autoridad judicial resulta esencial para preservar y garantizar su derecho a ser escuchados, sino que además, en la mayoría de los casos, puede suponer una fuente de información muy valiosa, esencial y decisiva para la autoridad judicial, que, comúnmente con escasa toma de contacto con la familia, deberá tomar decisiones en materias que afectan a los hijos e hijas de forma tan significativa como son la atribución de la guarda o el ejercicio de la misma por parte de sus progenitores cuando existen desacuerdos.

Ahora bien, esta audiencia debe llevarse a cabo con todas las garantías y de forma respetuosa, velando para que no se les pueda irrogar ningún daño. Precisamente por ello, es absolutamente necesaria la determinación de unos criterios claros para el desarrollo de esta audiencia y la unificación de estos en todos los órganos en los que pueda tener lugar esta entrevista o escucha.

En la formulación de estos criterios o protocolos de actuación por parte de cada Estado deberá atenderse a las recomendaciones de expertos en materia de práctica jurídica pero también al criterio de profesionales de otras disciplinas, como la psicología y la psiquiatría, debiendo contar de forma imprescindible con su colaboración ²³. El

que sea posible, «se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado *directamente* en todo procedimiento».

²³ En este sentido, se pronuncian los psicólogos Álvarez Ramos, Fernando y Catalán Frías, M. José en “La entrevista del niño/niña/adolescente y su admisibilidad u oportunidad» en Abel LLuch, Xavier (Coord.), *La pericial psicológica en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2021, pp. 131-134. Los autores

establecimiento de criterios y de pautas saludables o seguras para la salud psíquica de los NNA, unida a la adopción de una perspectiva sensible a los derechos de la infancia por parte de los operadores jurídicos contribuirían a la proliferación de la escucha activa de aquéllos en cualquier decisión que les afecte pudiendo ser tenidas así en cuenta sus manifestaciones siempre que las circunstancias lo permitan u aconsejen, y todo ello siempre, atendiendo a su interés superior.

Conviene en este punto, también, hacer alusión a las diferencias que obviamente requerirá la práctica de la audiencia si la persona entrevistada es un niño o niña de corta edad o bien si es un adolescente, toda vez que «es necesario tener en cuenta que el adolescente se halla inmerso en un proceso psicoemocional complejo»²⁴, debiendo preverse algunas pautas o consideraciones a tener en cuenta especialmente en este contexto. Del mismo modo, el diseño de la audiencia y los recursos empleados tampoco pueden ser los mismos en las entrevistas a niños y niñas que presenten alguna discapacidad o bien cuenten con necesidades especiales. De ahí que sea necesario que estos protocolos puedan ser adaptables.

Por último, resulta necesario volver a considerar la *Observación General n.º 12* (2009) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ya citado, que enumera cinco medidas que han de ser configuradas y establecidas por los Estados en aras de facilitar el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 12 de la Convención, cuales son, la *preparación, la audiencia, la evaluación de la capacidad de la persona menor, la comunicación de resultados a la misma*

proponen la adaptación de la entrevista a su nivel madurativo, la necesidad de transmitir seguridad y evitar que se puedan sentir responsables de la decisión, protegerles del conflicto, ajustarla al mínimo de tiempo posible para evitar que perdure el posible malestar, aplicar herramientas para detectar el posible indicio de chantaje o de instrumentalización, la atención a posibles indicios de sufrimiento, entre otros. También resultan muy interesantes las consideraciones que se realizan respecto a la técnica de observación de la interacción de los niños, niñas y adolescentes con sus progenitores.

²⁴ Cartié Julià. Mercè *et. al.*, «La audiencia del menor y la audiencia del menor maduro (16-17 años)» en Abel Lluch, Xavier (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, editorial sepín, pp.43-56.

y la posibilidad por parte de esta de formular quejas y recursos ²⁵. Estas fases, que configuran el denominado «Itinerario de la escucha» también han sido consideradas por numerosos autores, que las han analizado y planteado con el fin de lograr una práctica de la audiencia con las máximas garantías para el NNA ²⁶.

3.4. La determinación del juicio de madurez y aptitud suficiente por la autoridad judicial para la práctica de la audiencia

Una cuestión clave que se presenta a la hora de abordar el posible diseño de la audiencia es la de cómo debe llevarse a cabo este concreto juicio de madurez de la persona menor. Para ello, no cabe duda de que es necesaria la especialización de los órganos judiciales y del personal interviniente para que, partiendo de unos criterios y de unas pautas claras, puedan ser capaces de apreciar de forma más acertada si concurren (o no) los requisitos para la posible audiencia de la persona afectada. Ahora bien, siempre partiendo de la presunción de que la persona menor cuenta con capacidad suficiente para expresar sus opiniones desde edades tempranas y que tiene derecho a ello.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño recoge como obligación de los Estados parte «impartir capacitación» sobre el contenido del artículo 12 de la Convención y sobre su aplicación práctica

²⁵ Se recogen las medidas básicas para garantizar el ejercicio de este derecho en el apartado segundo del análisis jurídico contenido en la ya citada *Observación general n.º 12* (2009). Consultable en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (última consulta 20/05/2022).

²⁶ Vid. en este sentido, Posada Fernández, M. Teresa, «El derecho de audiencia del menor en los procedimientos que le afecten» en Solé Resina, Judith/Almada Moze-tic, Vinicius (Coords.), *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia*, 2018, pp. 208-213. En el apartado «El proceso de formación de la opinión del menor y su derecho a expresarla y a que sea oída en el procedimiento que le afecte» valora de forma detallada las fases enunciadas por el Comité de los derechos del Niño de las Naciones Unidas y recoge interesantes propuestas de lege ferenda.

Y, También en este sentido, puede consultarse el estudio, ya citado, elaborado por el Defensor del Pueblo español «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», 2014, pp. 16-19.

a todos los profesionales ²⁷ que intervengan en asuntos en los que se afecte a personas menores. Asimismo, como medidas para garantizar la observancia del derecho a ser escuchado, el Comité se refiere también a la necesidad de implementar buenas prácticas en orden a evaluar de forma individual y personalizada la capacidad de la persona menor, atendiendo a su situación personal y a sus particulares circunstancias, a fin de poder dirimir si el NNA en cuestión es o no capaz de formarse un juicio propio de forma «razonable e independiente» para dilucidar si sus manifestaciones u opiniones podrían ser susceptibles de ser tenidas en cuenta por la autoridad judicial.

En relación a lo anterior, algunos autores defienden de forma muy acertada que sean los Equipos técnicos los que valoren prima facie la capacidad de la persona menor para formarse una opinión, y, una vez superada esta valoración, que este mismo Equipo informe claramente a la persona menor de edad sobre el derecho que tiene a ser escuchada, a que lo puede hacer por ella misma o bien a través de un representante que ella designe y, también, que se le informe acerca de las consecuencias que puede tener expresar su opinión si se tiene en cuenta ²⁸.

Otra cuestión que resulta importante ligada a lo que precede es la necesaria aptitud de la autoridad judicial para llevar a cabo esta escucha activa una vez se determine que concurren las condiciones para que el NNA pueda ser escuchado. En este sentido, resulta imprescindible traer a colación la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* elaborada por juristas en el ámbito

²⁷ El Comité se refiere en sentido amplio a todos los intervinientes en procedimientos en los que resulten afectados NNA, tales como: abogados/as, jueces/zas, policías, trabajadores/as sociales, trabajadores/as comunitarios/as, psicólogos/as, entre otros.

²⁸ En este sentido, Caso Señal, Mercedes «El derecho de los niños y niñas a ser escuchados tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria», en AAVV, *El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala*. SCAF, 2016, pp. 39-4, proponiendo también incluso que: «Si el menor optara por interesar la audiencia directa ante el juez ya quedaría en manos de este convocar la exploración judicial que sólo podría rechazar mediante resolución motivada. Si el menor optara por ser escuchado directamente por el equipo (técnico) ya en el mismo acto se podría recoger en acta el contenido de su opinión (...)».

estatal español, en la que se alerta también de la importancia de la especialización del orden jurisdiccional y de la formación especializada de la autoridad judicial en la materia para fomentar la escucha activa y posibilitar que esta audiencia sea llevada a cabo revestida de las máximas garantías ²⁹. Hay que atender a que una mala realización de esta audiencia por incurrirse en malas técnicas puede comportar al NNA daños irreversibles.

3.5. La valoración de las opiniones manifestadas por los niños, niñas y adolescentes en la audiencia

Otro aspecto al que debe atenderse es a que no sólo no debe negarse la escucha a la persona menor de edad a menos que las circunstancias concurrentes lo aconsejen (y si esto es así siempre debe motivarse fundadamente atendiendo al interés superior de la persona); sino que, en una fase sucesiva, en la medida en que sea posible, sus opiniones deben también ser debidamente consideradas, en función de su edad y madurez, y tenidas en cuenta por la autoridad judicial a la hora de resolver

²⁹ Vid. En la ya citada *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, 2020, en la que se afirma que: «La aplicación del derecho de familia exige, además de un adecuado conocimiento técnico-jurídico de la materia, el conocimiento específico y la aplicación de ciertas técnicas metajurídicas, específicas de los procesos de familia, que la mayoría de los Juzgadores desconoce e inaplica. Así ocurre con el análisis de las pruebas periciales. No se conocen las técnicas seguidas para la elaboración de estos estudios y para la extracción de determinadas conclusiones. Si la base de un porcentaje altísimo de las sentencias es precisamente el informe pericial, es particularmente importante que el Juzgador conozca cómo se ha hecho ese informe, cómo y por qué los peritos han llegado a determinada conclusión. Los juzgadores no hacen análisis crítico de los informes psicosociales, en gran parte porque carecen de los conocimientos técnicos suficientes para poder llevarlo a cabo y poder someter al perito al interrogatorio adecuado en ratificación. (...) Lo indicado en el ordinal anterior es igualmente aplicable a las técnicas relativas al interrogatorio de las partes o la audiencia de los/as hijos/as competentes, que son esenciales para conocer las circunstancias de la familia. Es particularmente importante conocer la técnica para oír y escuchar a un niño y para extraer la información adecuada acerca de cuáles son sus preferencias, sus necesidades, sus deseos. Todo esto requiere una técnica, que no es jurídica pero sí necesaria, y de la que la inmensa mayoría de los Jueces carecen. La formación especializada es absolutamente necesaria para esto, y la especialización de la jurisdicción también.» (p.144)

sobre la cuestión que le afecta, debiendo, además *recogerse el resultado de la audiencia y su valoración* en esta resolución.

Ahora bien, llegados a este punto conviene hacer una precisión al respecto. Que deban *tenerse en cuenta sus opiniones no se traduce en que el NNA tenga derecho a decidir*, toda vez que sus preferencias pueden no ser adecuadas a su interés superior ³⁰. Podrán ser tenidas en cuenta (o no) en función de cada caso, deberán ser valoradas y será la autoridad judicial la que deba tomar la decisión velando por su interés superior, y, reitero, emitiendo una resolución fundada y motivada en cada caso. Por ello se insiste en que la autoridad judicial debe escuchar a la persona menor antes de tomar una decisión, a fin de garantizar su derecho fundamental a ser escuchada, y aun cuando no queda obligada a resolver conforme a sus manifestaciones, no quedando vinculada por las opiniones que esta expresa «(...) sí ha de asegurarse de que esta opinión es objeto de especial ponderación» ³¹.

Además, la autoridad judicial debería trasladar al NNA, de forma accesible y comprensible, atendiendo a sus circunstancias personales, el resultado del procedimiento con la expresa indicación de cómo ha valorado las opiniones manifestadas, así como si las ha tenido en cuenta o no. Esta comunicación coadyuva con la necesidad de dar cumplimiento real y efectivo al derecho de la persona menor a ser escuchada y, además, facilita que ésta pueda adoptar una postura en contra recurriendo la resolución, lo que nos conecta con el apartado siguiente.

3.6. La comunicación a los niños, niñas y adolescentes tras la audiencia y la posibilidad de impugnar la resolución

El ordenamiento jurídico interno debe poder garantizar que la resolución que afecte a la persona menor pueda ser recurrida si no se ha

³⁰ A este respecto, puede consultarse, la recopilación de doctrina elaborada por García González, José Antonio en «Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya», Atelier Llibres Jurídics, 2019, pp.185-186.

³¹ Vid. De La Iglesia Monje, María Isabel, «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 759, 2017, p. 349.

dado cumplimiento u observado su derecho a ser escuchada, o bien, si sus manifestaciones no han sido tenidas debidamente en cuenta. Esto exige la formulación de un sistema de notificación de resoluciones y de recursos para las personas menores, aun no siendo parte procesal directa o activa en el proceso; así como la garantía del acceso a asistencia letrada especializada y continuada.

Resulta obvio que la interposición del recurso sólo es posible si existe un sistema de recursos planteado a tal efecto, y si puede procurársele una asistencia letrada accesible, directa y gratuita para que la persona menor sea asesorada y tenga posibilidad de formular, en su caso, el recurso y, para que, en todo momento, cuente con una información comprensible y adaptada a sus circunstancias personales en todo momento.

No cabe duda de que no puede hacerse depender la posible interposición del recurso del apoyo de sus representantes legales (generalmente sus progenitores) para plantear este hipotético recurso, supuesto que es cuanto menos difícil y cuestionable que ocurra, al tratarse de cuestiones en las que generalmente sus representantes mantendrán posturas contrapuestas. Ello implicaría que en ocasiones no pudiera garantizarse la preservación del interés superior del hijo o hija, que es el que debe prevalecer.

2. CONCLUSIONES

La audiencia de los NNA en los procedimientos judiciales de familia es un acto procesal ineludible, siempre, eso sí, que las circunstancias concurrentes la permitan y siempre atendiendo a su interés superior. La falta de recursos y de formación especializada, unido al grave y estructural colapso de los órganos judiciales dificulta la observancia estricta de este derecho, lo que provoca que en la práctica las personas menores de edad en muchos casos no sean escuchadas o que, si lo son, su audiencia o entrevista no se lleve a cabo en las mejores condiciones. Debe reiterarse, de nuevo, que los posibles daños que puede ocasionar una mala o deficiente práctica de esta audiencia son irreversibles para los NNA y afectan de forma particularmente incisiva en la proyección de su personalidad y en el desarrollo de la misma.

Tras el análisis normativo y el examen de algunas de las anomalías que se producen en la práctica de la audiencia en los procesos de familia en el sistema procesal español, pueden extraerse algunas conclusiones. Sin ánimo de exhaustividad conviene recalcar las que a continuación se exponen:

- El criterio de la edad de la persona menor como presunción de madurez aplicado de forma estricta conculca el derecho de la persona menor a ser escuchada. Debe partirse de otra premisa: la de que cualquier persona puede ser capaz de tener y manifestar sus propias opiniones. La eliminación del criterio de edad y la valoración del grado de madurez de la persona independientemente de la edad con la que cuenta promovería la escucha de las personas menores desde edades tempranas.
- Es urgente que la práctica de la audiencia sea regulada a la luz de la normativa supranacional, desde la búsqueda de la necesaria adaptación de la justicia a las personas menores para que puedan participar en el proceso de familia, aunque no tengan la consideración de parte procesal. Particularmente en los procesos de familia, el ordenamiento debe propiciar de forma efectiva la escucha activa de los hijos e hijas garantizándoles su derecho a ser escuchados en base a unos criterios claros y uniformes atendiendo a la trascendencia para los hijos/as de las decisiones que van a ser tomadas, en cualquier fase del proceso y de forma previa a la toma de cualquier decisión que les afecte. Y, esto ya sea en un procedimiento de mutuo acuerdo o contencioso.
- La persona menor debe ser escuchada personalmente a no ser que atendiendo a su interés superior, valorándolo de forma concreta, sea más aconsejable sustituir su audiencia por las opiniones recogidas por los técnicos especialistas conocedores de su situación. Suplirlas por las de los especialistas conocedores de la situación de la persona menor debe ser excepcional y sólo puede motivarse fundadamente en base a las circunstancias concurrentes y en garantía de un mayor bienestar para la persona menor. En este sentido, debe incidirse en que, como regla general, sustituir las manifestaciones de la propia persona por

las de un representante que le asista o una persona de su elección sólo es posible cuando es la propia persona menor quien lo solicita.

- Los profesionales (en sentido amplio) que intervienen en el proceso judicial en el que un NNA puede resultar afectado deben poder acceder y contar preceptivamente con formación especializada en materia de derechos de la infancia. Deben poder disponer de herramientas necesarias que les permitan intervenir en cualquier fase de la audiencia con las máximas garantías y hallarse en conexión directa y constante con los Equipos técnicos y/o profesionales de otras disciplinas, como la psicología y/o la psiquiatría, que cooperen y les asistan. Atiéndase a que la autoridad judicial debe ser capaz de, entre otros extremos, evaluar la conveniencia de tomar en consideración y de qué modo las manifestaciones de la persona menor siendo todo ello sumamente complejo.
- La determinación del grado de madurez o de discernimiento suficiente de la persona para ser escuchada debería ser llevada a cabo por especialistas de otras disciplinas como la psicología y/o la psiquiatría, pues son los que cuentan con la capacitación necesaria para poder llevar a cabo tal determinación de forma respetuosa y objetiva, con todas las garantías. Además, estos profesionales deben hallarse en contacto permanente y directo con la autoridad judicial y personal interviniente. Esta determinación del grado de madurez para ser o no escuchada operará como premisa para que, a continuación, sea la autoridad judicial la que pueda valorar cómo tiene en cuenta las manifestaciones que la persona menor haya efectuado (sobre los aspectos respecto a los que haya querido manifestar su opinión).
- Todas las resoluciones que versen sobre la audiencia de las personas menores deben estar suficientemente motivadas por la autoridad judicial y deben ser notificadas a la persona que ha sido escuchada, tanto las relativas a la admisión o denegación de la práctica de la misma como la resolución que valore cómo han sido tomadas en cuenta sus manifestaciones. Todo ello implica, además de que se efectúe en un lenguaje comprensible, que se justifique cómo han sido valoradas sus manifestaciones

y qué ha conducido a la autoridad judicial a la decisión tomada. Esta exigencia pasa por el diseño y establecimiento por parte del legislador de un sistema especial de notificación y recursos, y desde el prisma, reitero, de la búsqueda de la ya invocada *child-friendly justice*.

- Lo anterior exige que el menor de edad pueda contar con asistencia letrada especializada, directa y gratuita, lo que requiere asimismo que el legislador prevea este extremo y esta necesidad se integre en la normativa procesal. Es más, no sólo en el momento de la notificación de la resolución que le afecte, sino, a mi entender, desde una fase muy pronta, desde el momento en que una persona menor pueda resultar afectada en un proceso de familia por una resolución que se pronuncie sobre aspectos que le afectan y durante todo el proceso. Ya en este momento el ordenamiento debería prever la notificación personal (o la llamada al proceso por otros medios) del procedimiento entablado, así como la información sobre los derechos que le asisten en un lenguaje particularmente adaptado a su edad y a sus circunstancias personales. La especialidad de la materia exige que esta información comprensible deba ser facilitada por profesionales expertos.

Todas estas conclusiones alcanzadas, algunas de ellas de lege ferenda, sólo pueden ser posibles con la especialización a nivel de derecho interno de los juzgados y tribunales que deben conocer sobre asuntos de familia en los que se afecte a personas menores. También será necesario que el legislador, atendiendo al espíritu de la normativa internacional y a las recomendaciones de los organismos supranacionales, abogue por el cambio y la reformulación de un sistema judicial que no ha sido diseñado para promover la participación de los niños en los procesos que les afecten, ya sea en su esfera personal o patrimonial.

Todo ello, también debe ir acompañado de una concienciación social distinta, que no tienda a prescindir de las posibles manifestaciones de los hijos e hijas menores afectados por el proceso, sino que tome conciencia de que las personas menores también cuentan con sus propias opiniones y que, si las circunstancias lo aconsejan, deben poder ser escuchadas si así lo desean. Esta concienciación social distinta, que

opera y trasciende a cualquier ámbito, exige el respeto de los derechos de la infancia y la educación y promoción de los mismos. Sólo así podrá construirse un sistema que garantice sus derechos de forma eficaz.

3. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Ramos, Fernando y Catalán Frías, M. José, «La entrevista del niño/niña/adolescente y su admisibilidad u oportunidad» en Abel Lluch, Xavier (Coord.), *La pericial psicológica en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2021, pp. 131-134.
- Cartié Julià, Mercè *et. al.*, «La audiencia del menor y la audiencia del menor maduro (16-17 años)» en Abel Lluch, Xavier (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, editorial Sepín, 2019, pp. 43-56
- Caso Señal, Mercè, «El derecho de los niños y niñas a ser escuchados tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria», en AAVV, *El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala*, SCAF, 2016, pp. 39 ss.
- Consejo General Del Poder Judicial (CGPJ) *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, CGPJ, 2020.
- De La Iglesia Monje, María Isabel, «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 759, 2017, pp.345-369.
- Defensor del Pueblo «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», 2014, pp. 16-19.
- García González, José Antonio, *Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya*, Atelier Llibres Jurídics, 2019, pp.185-186
- Lansdown, Gerison, *The evolving capacities of the child*, Unicef, 2005.
- Miranda Vázquez, Carlos (coord.)/Picó i Junoy, Joan (dir.)/Abel LLuch, Xavier (Dir.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Bosch editor, 2018.
- Posada Fernández, M. Teresa, «El derecho de audiencia del menor en los procedimientos que le afecten» en Solé Resina, Judith/Almada Mozetic, Vinicius (Coords.), *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia*, 2018, pp. 208-213.
- Susín Carrasco, Esther, «La audiencia del menor en Derecho comparado» en ABEL LLUCH, Xavier (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp. 135-157.
- UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of The Child*, 2007.

A DETERMINAÇÃO DA RESIDÊNCIA HABITUAL NOS REGULAMENTOS EUROPEUS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUCESSÓRIAS * ALGUNS PROBLEMAS

Helena Mota **

Sumário: 1. Introdução. A lei da residência habitual como o novo padrão normativo das relações internacionais familiares e sucessórias: razões, vantagens e obstáculos. 2. A determinação da lei aplicável aos regimes de bens e a residência habitual dos cônjuges. 3. A lei aplicável às sucessões por morte e a residência habitual do *de cuius*.

1. INTRODUÇÃO. A LEI DA RESIDÊNCIA HABITUAL COMO O NOVO PADRÃO NORMATIVO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS FAMILIARES E SUCESSÓRIAS: RAZÕES, VANTAGENS E OBSTÁCULOS

A preferência pela residência habitual, em detrimento da nacionalidade, é uma tendência do processo de europeização do direito

* O texto que aqui se apresenta ilustra algumas das ideias vertidas na apresentação oral proferida no âmbito do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões *As relações pessoais, familiares e sucessórias* que decorreu, a 12 e 13 de Maio de 2022, no Auditório Nobre da Escola de Direito da Universidade do Minho. O seu desenvolvimento insere-se no âmbito do Projecto de investigação *PID2021-123452OB-I00*, financiado pelo *Mcin/Aei/10.13039/501100011033/FEDER*, UE, nos termos do artigo 37.º da *Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación* (BOE n.º 131, 2-VI-2011).

** Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigadora do CIJ — Centro de Investigação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

internacional privado das relações familiares e sucessórias, sendo a conexão supletiva principal para a determinação da lei aplicável, no âmbito do Regulamento (UE) 2016/1103, do Conselho, de 24/06/2016 (Regimes Matrimoniais), do Regulamento (UE) 2016/1104, do Conselho, de 24/06/2016 (Efeitos patrimoniais das parcerias registadas), do Regulamento (UE) n.º 1259/2010, do Conselho, de 20/12/2010 (divórcio e separação judicial), do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04/07/2012 (sucessões) e do Regulamento (CE) n.º 4/2009, do Conselho, de 18/12/2008 (obrigações alimentares)

De facto, uma das notas características do direito internacional privado europeu em matéria de relações familiares e sucessórias é o primado da lei da residência habitual colocando em segundo lugar a lei nacional ¹: entre os valores da identidade e da integração, o legislador europeu optou claramente pelo derradeiro.

As regras de conflitos do estatuto pessoal podem cumprir funções “recognitivas” ou “integradoras” ² e a opção por uma dessas funções — a recognitiva que pretende somente a aceitação do estatuto pessoal do emigrante no seio do ordenamento de acolhimento e a integradora que pretende a aplicação da mesma lei a todos os residentes, nacionais ou estrangeiros — é feita através das conexões *nacionalidade* e *residência habitual* respectivamente.

Sem prejuízo das eventuais dificuldades na sua concretização ³, a aplicação da lei da residência habitual favorece a integração cultural, não é discriminatória, pode, enquanto elemento de facto, ser densificada

¹ Aderindo assim, como sublinha LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II. Direito de Conflitos. Parte Especial., 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p.40, à solução conflitual mais comum nos países de *Common Law* e nos Estados da América do Sul; já nos sistemas da Europa continental predomina o princípio da nacionalidade, ainda que nas codificações mais recentes como a belga (2004) e a romena (2009) haja concessões à lei da residência habitual. O A. preferiria, *de iure condendo*, (p.45), a temperança entre os dois princípios, dando relevância primária à lei nacional, mas permitindo a escolha da lei da residência habitual “estabilizada”, i.e, que durasse há cinco ou mais anos noutro Estado.

² Na classificação oferecida por DANIEL GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 371-402.

³ Defendendo as vantagens da ausência de definição legal do conceito “residência habitual” e a consagração de uma noção puramente factual que permita alguma discricionariedade, flexibilidade e funcionalidade nessa determinação, cfr. ANGELO

de maneira uniforme pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e coincide, tendencialmente, com o critério de competência jurisdicional, unificando *forum* e *ius*. Acima de tudo é mais reveladora de uma efectiva proximidade a um ordenamento jurídico, valor precípua do direito internacional privado.

Ao invés, a lei nacional é mais estável, mais fácil de concretizar para os órgãos de aplicação do direito e menos permeável à fraude, para além de obviamente favorecer os países de grande emigração ⁴.

Esta “tensão” entre a aplicação da lei da residência habitual e a lei nacional ⁵, em matéria de estatuto pessoal pode ser, e tem sido, temperada pelo exercício da autonomia conflitual.

DAVI e ALESSANDRA ZANOBETTI, “Il diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea, *CDT*, Out. 2013, p.33.

⁴ Sobre as vantagens relativas da aplicação da “lei da residência habitual” ou da “lei nacional” no âmbito da lei sucessória, cfr., entre outros, P. KINDLER, “La legge regolatrice delle successione nella proposta di Regolamento dell’Unione Europea: qualche riflessione in tema di carattere universal, rinvio e professio iuris”, *RDI*, vol. XCIV, 2, 2011, pp. 422-432 (424-425), defendendo o elemento de conexão “nacionalidade” como aquele que mais bem representa a proximidade cultural entre as pessoas e o ordenamento jurídico, mesmo com eventual desconhecimento das soluções legislativas concretas; como sendo o mais democrático, pois é nesse ordenamento que a vontade política das pessoas é respeitada, através do voto, e mesmo no que concerne à liberdade de circulação, em particular no seio da União Europeia, parece ao A. que esta é mais bem assegurada quando é aplicável a lei nacional, uma vez que é um elemento de conexão mais estável e que permite as sucessivas mudanças de residência sem os inconvenientes de uma constante alteração da lei aplicável. Não obstante esta defesa inicial, o A. acaba por conceder preferência à aplicação da lei da residência habitual pois é aquela que permite a maior integração do cidadão estrangeiro e que não é discriminatória, para além de coincidir, na maior parte dos casos, e porque representa o “centro de interesses” do indivíduo, com a localização do seu património e, por último, porque permite uma coordenação com a lei do foro, uma vez que a competência genérica se situará no tribunal da residência habitual do *de cuius*.

⁵ Sobre o estatuto pessoal e a opção entre a aplicação da lei da nacionalidade e da residência habitual, cfr., NUNO ASCENÇÃO SILVA, “Do estatuto pessoal — unidade e dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 anos do Código Civil)”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. 1, 2004, pp. 549-649, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Quem manda mais — a residência ou a nacionalidade?” in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp.79-93, DÁRIO MOURA VICENTE, “Lei pessoal das pessoas singulares” in *Direito*

A autonomia conflitual é, antes de mais, instrumento do princípio da proximidade ⁶ e não somente uma tentativa de desregulação ou privatização das relações familiares. De facto, quando as partes escolhem a lei aplicável ao seu estatuto pessoal fazem-no sempre no sentido da lei que lhe está ou é mais próxima: “(...) *une proximité fondée non plus sur le lieu avec le territoire, mais sur le lieu avec une civilisation...une proximité non plus géographique mais symbolique (...)*” ⁷. E se a função “recognitiva” da regra de conflitos que prevê a *professio iuris* parece prevalecer sobre a integradora, a evidência de que não há verdadeira integração sem vontade das partes desmente tal impressão: “(...) *psychologiquement et sociologiquement, la volonté précède l’intégration (...)*” ⁸.

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

A “residência habitual” é um conceito não normativo, fáctico, desde logo distinto do conceito de domicílio, cujos contornos são definidos por cada legislação nacional ^{9 10}.

Internacional Privado: Ensaios, vol.I, Coimbra, Almedina, 2002, pp.61-85 e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II...*cit.*, pp. 40-48.

⁶ Neste sentido, cfr. PAUL LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporaine* (Cours général de droit international privé), Recueil des Cours, 1987, 196, Haia, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

⁷ DANIEL GUTMANN, *Le sentiment d’identité.*, p. 398.

⁸ *Ibidem.* Mais à frente (p. 401) o Autor sublinha a ideia afirmando que a *professio iuris* revela que a integração sociológica precede a jurídica, logo a lei aplicável ao estatuto pessoal não consegue a integração se ela ainda não existe *de facto*. Na ausência de escolha de lei pelas partes, o Autor defende, nesta linha de pensamento, que o factor tempo é o que melhor revela a medida da integração do indivíduo e justificará (ou não) a aplicação da lei da residência habitual em detrimento da lei nacional.

⁹ Cfr. AFONSO PATRÃO, “Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões”, *BFD*, 94/2 (2018), pp. 1171-1200 (p.1175, nota 8). O A. sublinha as dificuldades que esta natureza não jurídica (ou melhor, de densificação não normativa) do conceito de “residência habitual” pode constituir para as autoridades extrajudiciais com especiais competências nestas matérias e que não possuem os meios de produção de prova dos órgãos judiciais, ficando limitadas à prova documental e às declarações de ciência. Não obstante, e como conclui o A., esta circunstância não deve ser intransponível, uma vez que a

credibilidade das declarações prestadas perante tais autoridades podem (e devem) ser corroboradas por elementos documentais que atestam a multiplicidade de elementos densificadores do conceito de “residência habitual”, tais como faturas relativas a despesas domésticas ou de prestação de serviços pessoais e familiares, matrícula de estabelecimento de ensino dos filhos, contrato de trabalho, entre outros.

- ¹⁰ Esta distinção é visível — e tem também consequências no que respeita ao carácter autónomo da interpretação dos conceitos utilizados em cada um dos actos europeus de direito internacional privado — na referência feita pelo art. 4.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012 (Regulamento Bruxelas *Ibis*) ao conceito de domicílio e à delimitação subjectiva do seu âmbito de aplicação. De facto, o art. 62.º deste regulamento faz depender a determinação do domicílio da lei interna do foro. No caso do foro português, a determinação do domicílio será feita nos termos do art. 82.º, n.º 1, do Código Civil, considerando-se que há domicílio, no caso de residências alternadas, em qualquer uma delas (neste sentido, cfr. o Ac.RE de 28.04.22). Ora, uma vez que os regulamentos em matéria de relações familiares e sucessórias que estamos a analisar elegem como elemento de conexão não o “domicílio”, mas a “residência habitual”, esta determinação não poderá ser feita da mesma forma, i.e, por recurso aos critérios normativos da legislação nacional material. Neste sentido, e recusando a consideração de mais do que uma residência (alternada), obrigando, em consequência, à determinação de apenas uma “residência habitual”, no âmbito do art. 3.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 (Bruxelas II *bis*), cfr. o Ac. TJUE *IB vs. FA* (Proc.C-289/20): “... *deve ser interpretado no sentido de que um cônjuge que divide a sua vida entre dois Estados-Membros apenas pode ter a sua residência habitual num desses Estados-Membros, pelo que só os tribunais do Estado-Membro em cujo território se situa essa residência habitual são competentes para decidir do pedido de dissolução do vínculo matrimonial...*”. É de sublinhar que, do ponto de vista do Tribunal, esta conclusão não é oposta àquela que, no âmbito do Acórdão *Hadadi* (Proc.C— 168/08), o tribunal chegou: “...*embora o Tribunal de Justiça tenha excluído no referido acórdão que o critério de conexão previsto no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 2201/2003, concretamente, a nacionalidade dos dois cônjuges, seja limitado à sua «nacionalidade efetiva», essa circunstância é alheia à interpretação do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), deste regulamento...*”. Do mesmo modo, no âmbito da lei aplicável às sucessões nos termos do Regulamento (UE) n.º 650/2012, cfr. o Ac. TJUE *E.E.* (Proc. C-80/19). O próprio Considerando 24 deste último regulamento dá prevalência aos elementos pessoais indiciadores da ligação estreita a um Estado como correspondendo ao “centro de vida” do falecido (para alguns exemplos “chamativos”, cfr. AFONSO PATRÃO, “Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões...”, *cit.*, p. 1178) em detrimento dos elementos meramente profissionais [(no mesmo sentido do Ac. TJUE (Proc. C-523/07) no âmbito do Regulamento Bruxelas *IIbis*)]. Sobre os requisitos específicos e distintos para a determinação da residência habitual quer dos cônjuges quer da criança no âmbito dos Regulamentos Bruxelas *IIbis* e Regulamento (CE) n.º 4/2009, do

Veremos, em seguida, como a questão deve ser abordada em diferentes questões de índole familiar e sucessória.

2. A DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL AOS REGIMES DE BENS E A RESIDÊNCIA HABITUAL DOS CÔNJUGES

A lei aplicável, pelos órgãos jurisdicionais portugueses, aos efeitos patrimoniais do casamento nas relações privadas internacionais é hoje definida, consoante os casos, temporalmente delimitados, por regras de conflitos de direito interno ou de fonte europeia, estabelecidas estas nos termos do Regulamento (UE) 2016/1103, do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais ¹¹.

Nos termos do art. 22.º do Regulamento 2016/1103, os cônjuges podem, por acordo, antes, no momento ou depois do casamento (“art. 22.º, n.º 1: “*Os cônjuges ou futuros cônjuges podem acordar...*”) designar como lei aplicável ao regime matrimonial a lei do Estado da residência habitual comum ou de um deles ou a lei nacional de um deles no momento da celebração do acordo (art. 22.º, n.º 1, *a*) e *b*)).

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 26.º, n.º 1: “*Na ausência de acordo de escolha de lei nos termos do art. 22.º, a lei aplicável ao regime matrimonial é a lei do Estado: a) Da primeira residência habitual comum dos cônjuges depois da celebração do casamento; ou, na falta desta; b) Da nacionalidade comum dos cônjuges no momento da celebração do casamento; ou, na falta desta; c) Com o qual os cônjuges tenham em conjunto uma ligação mais estreita no momento da celebração do casamento, atendendo a todas as circunstâncias*”. Acrescenta o n.º 2: “*Se os cônjuges tiverem mais do que uma nacionalidade comum no momento da celebração do casamento, só se aplicam as alíneas a) e c) do n.º 1*”.

Conselho, de 18/12/2008 (obrigações alimentares), cfr. o Ac.TJUE MPA vs. LCD-NMT (Proc. C-501/20).

¹¹ Doravante, no texto, Regulamento 2016/1103 ou Regulamento dos Regimes Matrimoniais.

Em primeiro lugar, há que precisar que a conexão supletiva não funcionará apenas no caso de *ausência* de escolha de lei, mas também quando esta, existindo, não é válida, por não cumprir os requisitos formais e materiais indicados nos termos e pelas leis referidas nos arts. 23.º e 24.º. Seria preferível ter sido dito “...na ausência de escolha de lei nos termos dos arts. 22.º, 23.º e 24.º...”.

No particular âmbito dos efeitos patrimoniais do casamento a ênfase, na determinação da lei indicada na *a)* do n.º 1 do art. 26.º como sendo a lei da primeira residência habitual comum dos cônjuges, será naturalmente colocada na integração social do casal, revelada por circunstâncias de facto.

Esta ligação objectiva excluirá a mera residência intencional, sem prejuízo da relevância desse elemento subjectivo para considerar como primeira residência habitual dos cônjuges a projectada e estabelecida em momento posterior à celebração do casamento desde que o hiato temporal seja curto, razoável e adequado (*pouco tempo depois*¹² na expressão do Considerando 49).

A imobilização do elemento de conexão — *primeira residência habitual comum dos cônjuges depois da celebração do casamento* — permite proteger, nesta matéria de índole exclusivamente patrimonial, as legítimas expectativas das partes que não podem ser surpreendidas com uma lei com a qual não podiam legitimamente contar — a lei da(s) nova(s) residência(s) habitual(ais).

No entanto, se é verdade que a sucessão de estatutos, em virtude da existência de um elemento de conexão móvel como a residência, pode surpreender as partes e prejudicar as expectativas criadas, em especial se existiu convenção antenupcial, por outro lado, esta imobilização não lhes permite adaptarem a sua situação patrimonial às novas condições de vida que vão adquirindo através da mudança de residência habitual, conduzindo a outro resultado, indesejável, que é o da permanência

¹² Como adverte DAGMAR COESTER-WALTJEN, «Connecting factors to determinate the law applicable to matrimonial property regimes...», *cit*, p.203, o termo “pouco tempo depois” ou *shortly* na versão em língua inglesa é demasiado vago: até 3 meses? 6 meses em determinadas circunstâncias? Do nosso ponto de vista, um lapso temporal inferior a um ano parece ser razoável.

forçada do regime de bens¹³. No caso concreto, o exercício da autonomia conflitual tempera, ainda assim, estes inconvenientes.

Sem prejuízo de o Considerando 49 admitir a referência a uma primeira residência habitual depois da celebração do casamento que não é nem contemporânea deste nem adoptada de imediato (a residência habitual projectada e concretizada *pouco tempo* depois), permanecem várias dúvidas quanto ao verdadeiro alcance da *a)* do n.º 1 do art. 26.º: ainda que admitindo esse hiato temporal curto, o litígio pode ocorrer depois da fixação da residência e os factos a que ele se reporta ocorreram antes: não terá esta lei da primeira residência comum pouca proximidade (ainda) com a vida familiar?¹⁴ E por lei da residência “comum” entender-se-á a lei do Estado onde os cônjuges residiam juntos ou apenas a lei do Estado onde ambos residiam,

¹³ Neste sentido e em relação à solução do art. 53.º do Código Civil, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 1992, pp. 408-41. Para além disto, há outros inconvenientes indeléveis: a eventual desarmonia com a *lex successiois*, a lei aplicável ao divórcio e a lei reguladora do estatuto contratual e real dos bens imóveis, todas elas relevantes em matéria de regimes de bens e efeitos patrimoniais do casamento entre os cônjuges e entre estes e terceiros e todas relativas às condições actuais da vida dos cônjuges (lei da residência habitual do *de cujus* no momento do óbito, lei da residência habitual dos cônjuges à data da instauração do processo, *lex rei sitae*, respectivamente nos termos dos arts. 21.º do Regulamento n.º 650/2012, art. 8.º do Regulamento n.º 1259/2010 e art. 4.º, *c)*, do Regulamento “Roma I”; no mesmo sentido cfr. J.GRAY e P.QUINZÁ REDONDO, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *AEDIPr*, vol. XIII, 2013, pp. 513-542, p. 533); por outro lado, sendo competente a jurisdição da residência habitual dos cônjuges ao tempo da instauração da acção (cfr. art. 6.º, n.º 1, *a)*, do Regulamento 2106/1103) e tendo havido mudança de residência, a aplicação da lei da residência ao tempo do estabelecimento da primeira residência conjugal implicará, para o tribunal do foro, a aplicação de uma lei estrangeira, muitas vezes de um Estado terceiro.

¹⁴ Estas dúvidas são também colocadas por ANDREA BONOMI, “The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property: A Critique of the Proposed Rule on the Immutability of the Applicable Law” in Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff e Werner Gephart (eds), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2014, p. 232, nota 2, e SILVIA MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: The patrimonial effects of family relationships”, in *CDT*, Março 2017, vol.9, n.º 1, pp. 265-284 (p. 280).

mas separadamente? ¹⁵ Mesmo que haja residência comum logo após o casamento, mas os cônjuges entretanto mudaram de residência, a aplicação dessa primeira lei pode não ser a mais próxima das condições de vida actuais dos cônjuges, para além de ser diferente daquela que será aplicada à sucessão ou divórcio ou ao estatuto contratual ou real dos bens; e, finalmente, se não existir residência comum nem nacionalidade comum à data da celebração do casamento a aplicação da “lei mais próxima da vida familiar à data do casamento” (art. 26.º, n.º 1, c)) não é compreensível uma vez que não chega a existir, nessa data, vida familiar.

Tomemos ainda a seguinte hipótese: *se A, português, residente no Porto, e B, portuguesa, residente em Paris, casarem em Braga, mas só 3 anos depois adoptarem residência comum em Madrid: será aplicável a lei espanhola? Mesmo que o litígio surja alguns meses antes da vinda para Espanha? Ou se referir a factos ocorridos nessa altura? Ou deverá ser aplicável, subsidiariamente, a lei portuguesa como lei nacional comum?*

Parece que neste caso o lapso temporal foi demasiado longo para se considerar que há uma *primeira residência habitual comum dos cônjuges depois da celebração do casamento*, donde seria aplicável a lei portuguesa, subsidiariamente, como lei nacional comum (b) do n.º 1 do art. 26.º); se a solução é pacífica quando o litígio surge antes do estabelecimento em Espanha, pode suscitar a dúvida se surge depois, ainda que se reporte a factos anteriores; em todo o caso, e admitindo que não haverá, no momento do litígio, reavaliação da determinação da lei aplicável ¹⁶ — isto é, a adopção de uma primeira residência

¹⁵ Assim, ANDREA BONOMI, “The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property..., *cit.*, *ibidem*. Parece ser assim: é a lei mais próxima de ambos, tal como a nacionalidade.

¹⁶ Até porque na maioria dos ordenamentos, as regras registais implicarão a identificação e definição do regime de bens *no momento* do registo da celebração do casamento, traduzindo-se num ónus acrescido para as autoridades registais que terão de definir a primeira residência conjugal (contemporânea ou projectada para “pouco tempo depois”) a fim de determinar quer o regime supletivo legal da lei aplicável quer a validade de uma convenção matrimonial à luz da lei aplicável constatando-se alguma resistência quando se trate de uma lei estrangeira. Sobre a importância das regras registais na determinação da lei aplicável aos regimes de

conjugal será desconsiderada (em favor da lei nacional comum) uma vez que foi tardia —, o certo é que relativamente a factos futuros ocorridos já após o estabelecimento do casal em Madrid, a lei portuguesa não será a lei mais próxima da vida conjugal e familiar entretanto consolidada em Espanha; em todo o caso, os cônjuges poderão agora alterar a lei aplicável nos termos da *a)* do n.º 1 do art. 22.º.

E se os cônjuges adoptam a residência em Madrid após a celebração do casamento, mas um ano depois vão viver para Paris: será a primeira lei aquela que é mais próxima da sua vida comum? Não implicará falta de coincidência entre forum e ius?

Para além do exercício da autonomia conflitual, também a cláusula de excepção prevista no n.º 3 do art. 26.º do Regulamento 2016/1103 permite corrigir os problemas da imutabilidade do elemento de conexão em favor da lei da última residência habitual se os cônjuges aí residiram por um período significativamente mais longo do que no país da primeira residência habitual após o casamento e ambos invocaram essa lei no planeamento e organização das suas relações patrimoniais e não houve convenção antenupcial antes de aí estabelecerem a sua residência habitual.

O art. 26.º, n.º 3, consagra assim uma cláusula de excepção accionada (e condicionada) a pedido de qualquer dos cônjuges e que funcionará somente em relação à primeira conexão referida no n.º 1, *a)*: se os cônjuges tiverem estabelecido após o casamento a sua residência habitual num determinado Estado, a lei desse Estado poderá não ser aplicada e, em alternativa, ser aplicada a lei de outro Estado, se e quando estiverem preenchidas as condições referidas no art. 26.º, n.º 3, *a)* e *b)*, i.e. se os cônjuges tiverem neste outro Estado a sua última residência habitual comum e por tempo significativamente mais longo do que no Estado da sua primeira residência conjugal e tiverem ambos

bens e a protecção de terceiros, cfr. HELENA MOTA, “A inscrição do regime de bens no Registo Predial e a protecção de terceiros à luz do Regulamento (UE) 2016/1103”, IPRA — CINDER 2022 (*no prelo*). Sobre as dificuldades, para os órgãos extrajudiciais, da determinação da residência habitual em matéria de sucessões por morte e no âmbito do Regulamento das Sucessões, cfr. AFONSO PATRÃO, “Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões”, *BFD*, 94/2 (2018), pp. 1171-1200.

invocado a lei deste outro Estado ao organizarem e planearem as suas relações patrimoniais. A aplicação da lei em resultado do funcionamento desta cláusula de excepção será, por regra, retroactiva salvo oposição de um dos cônjuges; neste caso, haverá sucessão de estatutos e aplicar-se-á a lei da primeira residência conjugal desde a celebração do casamento até à fixação da residência habitual comum no Estado da última residência habitual comum, momento a partir do qual se aplicará esta lei. Tudo isto, sem prejudicar os direitos de terceiros, numa formulação idêntica àquela que resulta do art. 22.º, n.º 3, e sem prejuízo da eventual convenção nupcial celebrada pelos cônjuges em momento anterior à mudança de residência cuja validade permanecerá intocada.

A solução coloca, no entanto, alguns problemas: imaginando que *A e B, italianos, casam em Portugal onde residem durante 1 ano; regressam a Itália e aí residem durante os 15 anos seguintes, altura em que regressam a Portugal. Dois anos depois ocorre o litígio e há necessidade de determinar a lei aplicável ao seu regime de bens.*

Os cônjuges não poderão acionar a cláusula de excepção em favor da lei italiana porque esta lei não corresponde à lei da sua “última residência habitual” (neste caso, a portuguesa) numa situação em que parece claro que a lei mais próxima é, afinal, a lei italiana.

Surgem, entretanto, outras dúvidas quanto ao alcance e objectivos desta limitação no recurso à cláusula de excepção aos casos em que a lei aplicável será a da lei da primeira residência habitual comum logo após a celebração do casamento. Por que não é extensível à aplicação da lei prevista na *b)* do n.º 1 do art. 26.º? Porque se entende que a conexão “nacionalidade” é um elemento de conexão mais relevante? E se os cônjuges não têm nacionalidade comum, não adoptaram uma residência logo após a celebração do casamento e a lei mais próxima com a sua vida, à data do casamento, tinha ainda assim uma ligação muito ténue e, mais tarde, alguns anos depois, há uma lei que é inegavelmente mais próxima da sua vida familiar, desde logo, a residência habitual que, entretanto, adoptaram?

Em face destas dúvidas, será expectável que os tribunais dos Estados membros vinculados a este Regulamento recorram ao Tribunal de Justiça da União Europeia para os auxiliarem na interpretação das suas disposições em matéria de lei aplicável aos regimes de bens, em

especial quando não haja ou não seja válido e eficaz o acordo de escolha de lei.

3. A LEI APLICÁVEL À SUCESSÃO POR MORTE E A RESIDÊNCIA HABITUAL DO *DE CUJUS*.

A lei aplicável, pelos órgãos jurisdicionais portugueses, às sucessões por morte nas relações privadas internacionais é hoje definida nos termos do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução de decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, neste trabalho doravante denominado “Regulamento das sucessões internacionais” ou, tão-somente, de Regulamento.

Para além da possibilidade de escolha da lei nacional prevista no art. 22.º do Regulamento, o art. 21.º estabelece que “*a lei aplicável ao conjunto da sucessão é a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito*”.

É ainda prevista uma cláusula de excepção no n.º 2 do art. 21.º: “*Caso, a título excepcional, resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do n.º 1, é aplicável à sucessão a lei desse outro Estado*”.

A articulação destas duas soluções supletivas do art.21.º e a verificação dos limites de densificação da residência habitual em face da lei com a conexão mais estreita não é simples.

Tudo passa por saber até quando podemos subsumir a situação de facto ao conceito de “residência habitual”¹⁷, isto é, como devemos, em primeiro lugar, determinar a residência habitual para além da simples constatação de que ela corresponde ao “lugar onde se reside” e se, em alguns casos, podemos “desqualificar” automaticamente uma

¹⁷ Sobre a aplicação recente deste elemento de conexão por força do Regulamento, cfr. os Ac. RE de 17.06.2021, 11.11.2021 e 09.06.2022.

das existentes residências, mantendo como residência habitual a do Estado de origem ou, noutra hipótese, qualificar apenas uma das existentes residências para “residência habitual” por coincidir com o Estado da nacionalidade e, por fim, não sendo possível a “desqualificação” ou “qualificação”, quando deveremos optar pela cláusula de excepção para encontrar a lei *efectivamente* mais próxima.

De facto, os Considerandos 23, 24 e 25 do Regulamento referem-se a todas estas dimensões do problema.

Nos termos do Considerando 23, fica claro que a “residência habitual” não é somente o “lugar onde se reside”, factualmente, no *momento do óbito*, mas aquele que para além de ter *sido* o lugar de residência permanece como sendo o Estado com o qual se mantém uma relação estreita e estável. Ou seja, uma ponderação de vários elementos objectivos e subjectivos como tempo, frequência, motivação¹⁸, condições, circunstâncias: uma *“avaliação global das circunstâncias durante os anos anteriores ao óbito e no momento do óbito, tendo em conta todos os elementos pertinentes, em particular a duração e a regularidade de permanência do falecido no Estado em causa, bom como as condições e as razões dessa permanência”*.

Admitindo que mesmo esta avaliação global não baste para determinar *uma* residência habitual, na medida em que os vários factores de ponderação estão equilibrados, o Considerando 24 vem permitir ao julgador uma “desqualificação” ou uma “qualificação” de uma das residências: será, no primeiro caso, a hipótese de uma dela ser marcadamente profissional ainda que não possa ser considerada temporária ou transitória e apresente, tal como naquela que se mantém no Estado de origem, traços de estabilidade e integração; ou, no segundo caso, a existência de residências alternadas com idênticas características, em

¹⁸ A intenção ou motivação de adopção de uma residência e o seu carácter projectadamente transitório, eventualmente depois defraudado involuntariamente pelas circunstâncias, foi valorizada pelo Supremo Tribunal de Justiça austríaco (OGH (AT) de 26.05.2021 (in *The European Legal Forum*, 5/6 — 2021, pp. 115-118) que considerou que, para efeitos da aplicação do art. 4.º do Regulamento das Sucessões, a estadia noutro Estado Membro devido a doença prolongada, mesmo por um período longo de tempo, não conduzia necessariamente à determinação da residência habitual nesse Estado.

que uma dela corresponde ou coincide (também) com o Estado da sua nacionalidade.

Acresce que, como já referimos, o Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão *E.E.* (C-80/2019) sublinhou que a determinação da residência habitual deve ser feita em respeito *sucessivo* dos Considerandos 23 (consideração de elementos objectivos e subjectivos) e 24 (qualificação ou desqualificação de uma das possíveis residências), isto é, só não sendo possível, numa avaliação global, determinar a residência habitual para além do “lugar onde se vive” no momento relevante (o do falecimento), se deverá optar pela qualificação ou desqualificação de uma das residências ¹⁹.

Vejamos o seguinte exemplo:

A, portuguesa, divorciada, em junho de 2014 decide acompanhar a filha, B, quando ela obtém uma bolsa de estudos, aos 15 anos, para frequentar um prestigiado curso de bailado clássico, com a duração de dois anos, em Boston, EUA. A arrenda uma casa nos arredores da cidade, onde vivia com B, e a partir da qual continuou a trabalhar em regime de teletrabalho para uma empresa portuguesa, tendo arrendado a D, por um período de dois anos, o apartamento de que era proprietária no Porto. Passados 18 meses, A sofre um fatal acidente de viação. B, sua única herdeira, quer agora saber qual a lei aplicável à sua sucessão e quais os órgãos jurisdicionais competentes. Quid iuris?

Desde logo, nos termos do art. 4.º do Regulamento, são competentes para decidir do conjunto da sucessão os órgãos jurisdicionais do

¹⁹ Cfr. as Conclusões do Advogado-Geral de 26.03.2020 no processo C-80/2019: “Quanto à última residência habitual da falecida: Alemanha ou Lituânia? (...) Se não for possível obter elementos adicionais no âmbito do recurso de cassação, o litígio deve ser decidido com os que constam nos autos, uma vez que não é possível tratar a sucessão deixando esta questão em aberto. Em último caso, se as dúvidas sobre este facto forem insuperáveis, pode recorrer-se à segunda das hipóteses descritas no considerando 24 do regulamento. A nacionalidade da falecida e a situação dos bens principais da herança passarão então a um primeiro plano na apreciação global de todas as circunstâncias factuais”.

Estado-Membro em que o falecido tinha a residência habitual no momento do óbito.

Ora, no momento do óbito A residia há 18 meses em Boston, nos E.U.A. No entanto, e numa apreciação global dos factos para a determinação da residência habitual nos termos do Regulamento, e adoptada pelo Considerando 23, a residência de A em Boston era temporária e transitória, pois tinha como objectivo único o acompanhamento da filha durante a frequência do curso de bailado com a duração de 2 anos, para além de continuar a trabalhar na empresa portuguesa, em regime de teletrabalho, e ter arrendado a sua casa no Porto também por um período de dois anos. Donde não ser sequer necessário “desqualificar” a residência em Boston ou “qualificar” a residência do Porto. Só há, houve e continuou a haver uma residência habitual uma vez que a segunda residência nunca foi o centro de vida estável de A, mas tão-somente o lugar em que *residia* naquele momento e por aquele período.

Considerando assim que a residência habitual de A permanece em Portugal, não só os órgãos jurisdicionais portugueses são competentes como será aplicável a lei portuguesa à sua sucessão nos termos do art. 21.º, n.º 1, do Regulamento.

Hipótese diferente será a seguinte:

A, português, residente no Porto com a sua mulher e dois filhos, aceita uma oferta de trabalho por tempo indeterminado numa empresa com sede em Madrid; arrenda um apartamento no centro da cidade (que, entretanto, acaba por comprar) e aí vive durante cinco anos; viaja de avião para o Porto (quase) todos os fins de semana para estar com a família. O seu património está, assim, dividido entre Portugal e Espanha. A falece subitamente. Qual é a lei aplicável à sua sucessão?

Neste caso há muitas dúvidas sobre a determinação da residência habitual, uma vez que A vive na maior parte do tempo em Espanha, onde inclusivamente já organiza alguma da sua vida social, no pouco tempo para tal disponível durante a jornada laboral, sendo certo que a sua vida familiar continua radicada em Portugal para onde regressa com assinalável frequência. Ou seja, A reside habitualmente em

Madrid ou no Porto? Qual é o seu “centro de vida? Ao contrário da hipótese anterior, A não está temporária ou transitoriamente em Espanha, onde até decide comprar a casa que havia arrendado. A ponderação holística das circunstâncias, quer do ponto de vista subjectivo quer objectivo, não consegue, por si só, desequilibrar a balança, hierarquizar os elementos de facto de molde a afirmar que a residência habitual é em Madrid ou no Porto; para cada uma delas há bons argumentos ou elementos integradores do conceito de “residência habitual”. Haverá, então, a possibilidade de “desqualificar” a residência habitual, *que também o era*, em Espanha para “residência profissional”, o que corresponde, ao fim e ao cabo, à exemplificação dada pelo Considerando 24 e à sua aplicação, em termos sucessivos, após a impossibilidade de recurso aos critérios enunciados no Considerando 23.

Poder-se-ia objectar que a questão era ociosa dada a “salvaguarda” oferecida pela cláusula de excepção prevista no n.º 2 do art. 21.º, o que permitiria considerar que a lei mais próxima à sucessão de A é a lei portuguesa.

No entanto, nos termos do Considerando 25 ²⁰, a cláusula de excepção não pode ser usada para contornar a dificuldade de determinação da residência habitual, donde ser mais correcto “desqualificar” a residência habitual em Madrid e tê-la somente como uma residência profissional nos termos do Considerando 24, afirmando-se a residência habitual em Portugal.

E o efeito prático desta distinção não é despiciendo: nos termos do art. 4.º do Regulamento os órgãos jurisdicionais competentes serão os espanhóis porque correspondem aos da residência habitual do falecido

²⁰ O Considerando 25 do Regulamento refere, exemplificativamente, o caso de a residência habitual do falecido ter sido adoptada muito pouco tempo antes do falecimento e *todos* as circunstâncias do caso indicarem que tinha uma ligação manifestamente mais estreita com outro Estado. AFONSO PATRÃO, “Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões...”, *cit.*, p. 1196, sugere ainda o exemplo do refugiado sírio que residindo em Portugal há cinco anos, onde está situado o seu *centro de interesses*, tem como projecto de vida o seu regresso à pátria, para além de nunca ter quebrado os fortes laços culturais, linguísticos e religiosos com a comunidade síria. O exemplo que daremos no texto é algo semelhante, ainda que prescindida do carácter “forçado” da residência noutra Estado como aquela que subjaz à situação dos refugiados.

ao tempo da morte, mesmo que a lei aplicável seja a lei portuguesa por recurso à cláusula de exceção do art. 21.º, n.º 2; no entanto, se for aplicável a lei portuguesa como lei da residência habitual (considerando a residência em Espanha meramente profissional) nos termos do art. 21.º, n.º 1, já serão competentes os órgãos jurisdicionais portugueses.

Voltando ao primeiro caso “de Boston”, e analisando uma variante que, essa sim, permitira (ou reclamaria) o recurso à cláusula de exceção:

Supondo agora que o fatal acidente nunca ocorreu e B foi convidada a prosseguir os seus estudos numa escola superior de bailado em Boston e A continuou a acompanhá-la. Entretanto, e apesar de manter a sua relação laboral com a empresa portuguesa, A casa, em março de 2019, com C, português, residente na mesma cidade. A e C frequentam exclusivamente a comunidade portuguesa em Boston, onde vivem todos os familiares de C, vêm com muita frequência a Portugal onde adquirem uma casa de férias no Algarve e para a qual ponderam regressar quando atingirem a idade da reforma. B, findo o curso, é convidada a lecionar numa escola de bailado no Porto, onde passa a residir na casa da sua mãe. No entanto, A vem a falecer, de doença súbita, em janeiro de 2022, antes de o casal poder cumprir o seu sonho de regressar ao país natal. C e B querem saber quais são os seus direitos sobre o património deixado por A e quais os órgãos jurisdicionais competentes. Quid iuris?

Nesta situação, A permanece a viver em Boston muito para lá do tempo inicialmente previsto e aí celebra o seu casamento. O centro de vida de A é agora nos EUA e não é possível atender a qualquer das situações previstas, em termos sucessivos, nos Considerandos 23 e 24 do Regulamento. A reside habitualmente nos EUA no momento do óbito.

No entanto, a ligação a Portugal permanece muito intensa: para além de ser a sua lei nacional e a do seu marido, A tem dois imóveis em Portugal, um deles adquirido recentemente, viaja com frequência a Portugal onde também reside a sua filha, continua a trabalhar para a empresa portuguesa, faz a sua vida social exclusivamente no seio da

comunidade portuguesa em Boston e tem planos de regressar a Portugal quanto atingir a idade da aposentação. Nestes termos, e quanto à lei aplicável à sua sucessão, ainda que a residência habitual se situe nos EUA, é de ponderar a aplicação de uma cláusula de excepção, nos termos do art. 21.º, n.º 2, em favor da lei portuguesa.

Admitimos que esta hipótese não é directamente referida nos termos do Considerando 25 do Regulamento, mas pensamos que se subsume à ideia principal nele vertida: utilizar a cláusula de excepção *se e quando* já não for possível, por apelo ao carácter dúctil e amplo do conceito de “residência habitual”, estabelecer a ligação mais estreita com um (outro) Estado, mas *ainda* orientada pela ideia de *integração social e pessoal* nesse Estado²¹. Ou seja, o recurso à cláusula de excepção não se fará porque não haja, no caso concreto, ligação estreita com o Estado da residência habitual ou este não constitua o centro de vida do falecido, mas porque há outros elementos, distintos, que mais bem expressem tal ligação com um Estado diferente: *in casu*, A. vive nos EUA há muitos anos, onde estabeleceu a sua nova relação familiar, tem aí o seu “centro de interesses”, mas a sua ligação, por todos os demais factores (nacional, laboral, patrimonial, outros laços familiares, cultural, afectivo, projecto futuro de vida) a ligam a Portugal.

Quanto à competência dos órgãos jurisdicionais portugueses para apreciarem esta questão sucessória (muito relevante para a aplicação do Regulamento uma vez que os EUA não fazem dele parte) seria confirmada pelo art. 10.º uma vez que a RH não se situa num EM mas a lei portuguesa é simultaneamente a lei nacional de A e a *lex rei sitae*.

²¹ Acreditamos que esta interpretação é consoante com a aceção de “cláusula de excepção” nos termos do Regulamento defendida por AFONSO PATRÃO, “Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões...”, *cit.*, p. 1193, como um mero juízo comparativo entre o vínculo com o país da residência habitual e outras ligações com um país diferente: “*apesar de o centro de vida estar num determinado Estado, haverá outro que apresente uma ligação mais estreita*” (p. 1193) por “circunstâncias distintas daquelas que concorrem para a concretização do elemento de conexão principal (p. 1195).

VÍCTIMAS Y VICTIMARIOS *

NUEVOS RETOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOL

Irene Yáñez García-Bernalt **

1. INTRODUCCIÓN

Desde que entrara en vigor en España la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM, en adelante), han sido varios los hechos y fenómenos que, directa o indirectamente han influido en la conducta delictiva de los menores de edad. Entre otros, la globalización, los cambios en las relaciones sociales — especialmente por la influencia de las TICs — y, por supuesto, la pandemia mundial provocada por la COVID-19.

Cierto es que, la gran mayoría de los países del entorno europeo — o más bien todos —, aprueban simultáneamente las distintas normas concernientes a regular la responsabilidad criminal de los menores

* La elaboración de este trabajo se ha llevado a cabo durante una estancia de investigación en el Instituto Jurídico de la Universidade de Coimbra (Portugal), a lo largo de los meses de mayo a agosto de 2022. La cual se ha realizado bajo la tutorización de la profesora Dra. Maria João Antunes.

Este trabajo ha sido realizado en el marco de la convocatoria de contratos predoctorales USAL 2020, cofinanciada por el Banco Santander.

** *Personal Investigador en Formación — Área de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca.*

de edad. A modo de ejemplo, Portugal promulga en 1999 la Ley Tutelar Educativa (*Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro*) en virtud de la cual se regula la aplicación de medidas de carácter educativo a menores de entre 12 y 16 años autores de un hecho tipificado como delito ¹. En Suiza, por ejemplo, el sistema de justicia juvenil se recoge directamente en el Código Penal de 21 de diciembre de 1937 — modificado en 1971 —, concretamente en los arts. 82 a 100 ter. Todos estos sistemas, incluido el español, abogan — sin perder de vista la naturaleza penal — por la aplicación de medidas de carácter socioeducativo ² dando, además, un especial protagonismo a los principios de intervención mínima y de oportunidad. Ahora bien, nuevos retos se plantean en la comunidad internacional, así como el sistema de justicia juvenil español, donde la mediación parece ser el único mecanismo de carácter restaurativo factible a la hora de tratar con menores autores de delito y de otorgar una solución extrajudicial al conflicto planteado.

Así pues, el objetivo en las próximas páginas reside en analizar algunos mecanismos — distintos a la mediación — que permitan la resolución extrajudicial de conflictos y, también en aquellos supuestos en los que sí concurra una resolución de carácter judicial, qué mejoras se podrían incorporar en las medidas contempladas en la LORPM de acuerdo con las circunstancias y vivencias de la sociedad actual.

2. EL MENOR DE EDAD VICTIMARIO ¿TAMBIÉN VÍCTIMA?

En su momento, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil — comúnmente conocidas

¹ *Vid.* Art. 1 *Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro*. Texto disponible en: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1999-34539875>.

² En este sentido se expresa Bujosa Vadell al señalar que “curiosamente, aunque se hable de exigencia de responsabilidad penal a los menores, en la propia denominación de la Ley Orgánica, así como en su Exposición de motivos, a lo largo del articulado hay una evidente elusión de los términos propiamente penales, por efecto de la influencia de ese carácter de intervención educativa”. *Vid.* Bujosa Vadell, L., “Ejecución en el enjuiciamiento de menores: Principios aplicables y limitación de la discrecionalidad” en VV.AA. Bujosa Vadell, L; Martín Diz, F (Dirs)., *Menores infractores: predicción, gestión del riesgo e intervención*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 20.

como las Directrices de Riad de 1990 —, resultaron inequívocas al concebir a los menores de edad como una parte activa de la sociedad y no como meros objetos de control ³. Si bien, resultaría contraproducente negar que se encuentran supeditados, en muchos aspectos, a las decisiones de los adultos. Ello hace que en ciertas ocasiones el menor infractor — aun siendo el sujeto activo del ilícito penal —, no solo sea victimario, sino también víctima del sistema judicial. A pesar de ello se debe reconocer, como explica Maravall Buckwalter, que “*los menores sospechosos y acusados han visto en mayor medida sus derechos recogidos en instrumentos internacionales*” ⁴.

Ya en su momento, la STC 36/1991, de 14 de febrero, que declara la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores ⁵, ordena al legislador la sustitución de la norma de tal modo que se adecuara al nuevo orden constitucional instaurado en España. Asimismo, también resulta necesario adaptar el enjuiciamiento de los menores de edad a la normativa internacional, atendiendo especialmente a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) ⁶ de 1985, a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y a las Directrices de Riad anteriormente mencionadas. En definitiva, el objetivo es crear un proceso penal del menor, siguiendo a Pantoja

³ La política de control o proteccionismo es la propia del modelo tutelar, la cual a mediados del siglo XIX explica Hurtado Rodríguez, “*se presenta como referente jurídico del tratamiento contra los jóvenes delincuentes*”. Vid. Hurtado Rodríguez, H., “Justicia juvenil: entre el proteccionismo del Estado y la garantía de derechos”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 26, núm. 1, 2013, p. 172.

⁴ Maravall Buckwalter, I., *La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.113.

⁵ Vid. Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores [BOE núm. 201 de 19 de junio de 1949. Texto disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/201/A03306-03318.pdf>].

⁶ Vid. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. Texto disponible en: <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>.

García, “*con los principios y garantías del proceso en general*” ⁷. Ahora bien, las particularidades de la infancia y la adolescencia y su posicionamiento como un colectivo especialmente vulnerable, así como su consideración como “sujetos en formación”, conduce a la necesaria limitación de algunos de los principios previstos en el proceso penal de adultos, así como el establecimiento de medidas socioeducativas ⁸ y no de penas. El objetivo es, por tanto, enjuiciar, pero también proteger, reeducar y reinsertar. Ello sin olvidar que, a pesar de las informalidades, nos estamos moviendo en un proceso que forma parte del marco de administración de justicia de los Estados.

Respecto de las limitaciones de los principios, a modo de ejemplo, se encuentra el principio de publicidad. El mismo nace con el liberalismo del siglo XIX y de manera progresiva se va incorporando en las constituciones de los nuevos Estados democráticos. Con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 120.1 CE consagra la publicidad de las actuaciones judiciales. La interpretación jurisprudencial realizada por el TC ha ido delimitando progresivamente el alcance y contenido de dicho principio, llegando a exigir que todo ciudadano pueda presenciar las actuaciones judiciales. Sin embargo, su limitación se ha hecho evidente y justificada en varias de las fases de los diferentes procedimientos. Véase en este sentido el secreto de las diligencias del sumario, cuyo carácter reservado queda recogido en el art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím, en adelante) ⁹. Este principio también ve limitación en el proceso penal de menores, pues así se consagra en el art. 35. 2 LORPM al permitir al Juez la posibilidad de acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima que las sesiones no sean públicas. Podría interpretarse

⁷ Pantoja García, F., “La justicia del menor: edades penales, realidades y expectativas”, *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 10, 1997, p.161.

⁸ Para consultar el catálogo de medidas véase el art. 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000.

⁹ La STC 31/1985, de 31 de enero, señala en su FJ.3 que “*la excepción del principio de publicidad sin entenderse con un apoderamiento del legislador, sino que requiere una interpretación restrictiva y motivada (...) Tal secreto implica que no puede transgredirse su contenido por medio de revelaciones indebidas o a través de un conocimiento ilícito y posterior difusión*”.

que la posibilidad que se confiere al Juez conlleva el reconocimiento, por un lado, de la estigmatización del menor infractor y, por otro, del fenómeno de la victimización secundaria. Como se plasma en las líneas anteriores, el proceso penal de menores se incardina dentro del marco de la administración de justicia, no deja de ser un proceso, una forma de enjuiciamiento, pero ha de proteger al menor infractor. Asimismo, y, en ningún caso, se permitirá a los medios de comunicación la obtención o difusión de imágenes del menor ni datos que puedan permitir su identificación.

Por otra parte, el menor infractor también ostenta la posición de víctima dentro de una estructura mucho mayor que la del ámbito penal: la sociedad en su conjunto. Desde finales del siglo XVIII la figura del menor de edad se ha visto afectada por una severa legislación penal fruto de la consolidación de los Estados y del capitalismo como sistema de funcionamiento. La sumisión a las opiniones y acuerdos de la población adulta conlleva también el sufrimiento, si bien indirecto, derivado de ciertos fenómenos como son las crisis económicas — ahora también sanitaria debido a la pandemia provocada por el COVID-19 —, o los problemas de carácter bancario vinculados a las denominadas “cláusulas suelo”, entre otros. Se trata de sucesos que han provocado que millones de españoles hayan perdido su empleo, afectando así a sus familias y, generando, en muchas situaciones, la tendencia hacia una desviación social por parte de los más pequeños. Explica Calatayud Pérez, Juez Titular del Juzgado de Menores núm.1 de Granada (España), que la recesión económica “*ha aumentado imparablemente el número de casos de maltrato de hijos a padres*”¹⁰. Son pues, situaciones, que conllevan a una retroalimentación y que generan, como se ha indicado que, el menor infractor también sea una víctima, en este caso, del sistema. Sin embargo, cada vez se aboga más por la utilización de mecanismos y herramientas, aplicables gracias al principio de oportunidad reglada, que favorecen la reinserción y minimizan la estigmatización del joven victimario.

¹⁰ Calatayud Pérez, E., *Buenas, soy Emilio Calatayud y voy a hablarles de...*, Ed. Alienta, 8.ª edición, Barcelona, 2020, p.50.

2.1. Características específicas del proceso penal de menores. Especial referencia al principio de oportunidad reglada

Morenilla Arllard sostiene que “*la justicia de menores nace con la aspiración de realizarse fuera del sistema de justicia penal*”¹¹. Si bien esas pueden ser las primeras aspiraciones de los sistemas de justicia juvenil más primitivos (como puede ser el modelo tutelar), lo cierto es que la LORPM es de naturaleza penal y, el proceso de menores reviste la forma del proceso penal ordinario, si bien con unas características y notas personalísimas. La vinculación con el proceso penal de adultos se pone de manifiesto en determinados aspectos en los que, de manera supletoria, será de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim)¹².

En cuanto a esas características propias y específicas del proceso penal de menores¹³, una de las cuestiones que más debate y críticas ha suscitado — y suscita — en la doctrina es, precisamente, la atribución de la facultad de dirigir la investigación al Ministerio Fiscal¹⁴ (en adelante, MF). No obstante, no es objeto de este texto realizar un análisis y estudio sobre el posicionamiento a favor y en contra de tal atribución al MF, sino examinar como en el proceso penal de menores, progresivamente

¹¹ Morenilla Allard, P., *El proceso penal del menor. Actualizado a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, Colex, Madrid, 2007, p. 16.

¹² Véase en este sentido a modo de ejemplo el art. 520.2 LECrim, donde se recogen los derechos que asisten al detenido. Estos también se reconocen al menor infractor detenido, aun teniendo reconocidos unos específicos en el art. 17.1 y 2 LORPM.

¹³ A modo de ejemplo, en la detención preventiva, se puede observar como en el proceso penal de menores el límite máximo se ve reducido a 24 horas en lugar de las 72 horas previstas en el art. 17 CE y en el art. 520.1. 2.º LECrim. Como explica González Pillado, “*nos encontramos ante otra de las garantías recogidas en la ley en atención a la edad del presunto autor de la infracción penal*”. Vid. González Pillado, E., “Capítulo IV. Medidas cautelares” en VV.AA. González Pillado, E (coord.), *Proceso penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 169.

¹⁴ Explica Martín Ostos que “*el tema de la instrucción del proceso penal constituye desde hace tiempo uno de los más controvertidos. Ello va unido a la figura del Fiscal y a las distintas posiciones de los autores sobre la ubicación institucional del mismo*”. Vid. Martín Ostos, J., “La instrucción del Fiscal en el proceso penal de menores: punta de lanza de la reforma procesal que viene” en Jimeno Bulnes, M; Pérez Jil, J (Coords.), *Nuevos horizontes del Derecho Procesal*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 725.

se ha venido aceptando que dentro de tal competencia se integra la aplicación del principio de oportunidad reglada ¹⁵. De hecho, incluso a nivel europeo, explica Bueno de Mata, “*existen un conjunto de normas internacionales que establecen los principios y las normas mínimas que debe cumplir cada Estado (...) En estos textos se hace hincapié en el fomento de la aplicación de medidas de oportunidad*” ¹⁶.

El principio de oportunidad, partiendo de la definición otorgada por Gimeno Sendra se refiere “*a la facultad que el ordenamiento procesal confiere al MF para que, no obstante, la sospecha de la comisión de un delito público puede dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad*” ¹⁷. La razón de la atribución de esta facultad al Ministerio Público reside en que este es el encargado de velar por la defensa de la legalidad y, por supuesto, del interés público. Ello conlleva, sin lugar a duda, que ha de trabajar para satisfacer la reparación de la víctima a la par que debe tender a lograr la reinserción del infractor. Asimismo, se consagra como un auténtico principio informador dentro del proceso penal de menores, en parte por la conjugación que se da en el sistema de justicia juvenil entre la naturaleza penal y el carácter educativo.

En el proceso penal de menores español, las manifestaciones del principio de oportunidad reglada se dan en posibilidad de desistir la incoación del Expediente de Reforma (Art. 18 LORPM); aplicar mecanismos extrajudiciales para resolver el conflicto, como la mediación; y proponer medidas de carácter sancionador educativo de acuerdo con la finalidad de la propia LORPM. Así, a través de este principio se conceden, en palabras de Vázquez González, “*amplias facultades para*

¹⁵ A propósito de tal atribución, explica Grande Seara que “*de modo análogo a lo que sucede en el proceso penal de menores español, la dirección en fase de instrucción del proceso tutelar educativo portugués se atribuye al Ministerio Público*”. Vid Grande Seara, P., “El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugués (proceso tutelar educativo), *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2011, p. 12.

¹⁶ Bueno de Mata, F., “Manifestaciones del principio de oportunidad en la justicia de menores española y europea”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2020, pp. 288-289.

¹⁷ Gimeno Sendra, V., *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 39.

decidir sobre el ejercicio de la acción penal”¹⁸. Sin embargo, lo más relevante de la aplicación de dicho principio son las posibles consecuencias que tiene para el menor infractor, pues al final, es que el sujeto por cuyo interés se vela. Uno de los principales efectos es la minimización de la estigmatización del joven investigado a la par que se depura la reparación de la víctima del delito.

En España, los porcentajes de desjudicialización por aplicación de tal principio han aumentado en los últimos años¹⁹. Según los datos de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE), la aplicación del art. 18 LORPM ha aumentado el 11%. En los supuestos de incoación del expediente, entre el 24 y 26% han sido archivados por alcanzar un acuerdo extrajudicial²⁰, principalmente a través de la mediación. Si bien es cierto que, existen otros instrumentos de carácter restaurativo que también permitirían alcanzar una solución a través de vías paralelas a la mediación, como son los círculos de sentencia.

3. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS COMO MECANISMO DE REINSERCIÓN Y REEDUCACIÓN DEL MENOR INFRACTOR

3.1. La desjudicialización en los instrumentos internacionales

Desde la comunidad internacional se ha venido abogando por una

¹⁸ Vázquez González, C., “En defensa de la Justicia Penal de Menores española en el vigésimo aniversario de la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero” en VV.AA. Abadías Selma, A; Cámara Arroyo, S; Simón Castellano, P (coords)., *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor. A los 20 años de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p.54.

¹⁹ Siguiendo a Mateos Rodríguez-Arias, “*parece que las tradicionales trabas puestas al principio de oportunidad, tanto desde el punto de vista doctrina como legislativo, están desapareciendo*”. Vid. Mateos Rodríguez-Arias, A., “Legalidad y oportunidad en la Justicia Penal: perspectivas de futuro”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 36, 2020, p. 276.

²⁰ Vid. García Ingelmo, F.M., “Ejercicio del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores. Supuestos legales. Cuestiones prácticas y directrices de la FGE”, *Curso de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas*, Madrid, 2017, p. 3.

adaptación de la justicia al colectivo de la infancia y por la búsqueda de medidas tendentes a la resolución extrajudicial de conflictos. En este sentido explica Carrizo González-Castell que “*si hay una institución procesal que pueda encajar a la perfección para promover sociedades pacíficas e inclusivas y facilitar el acceso a la justicia para todos, es la justicia restaurativa y, más concretamente, la mediación*”²¹.

En las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia del Menor aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas — Reglas de Beijing —, de 29 de noviembre de 1985 se establece la posibilidad de examinar, cuando proceda, ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente. Lo que subyace a esta regla es la defensa de que ante determinados supuestos (en atención a las circunstancias personales y familiares del joven investigado y también a los caracteres del hecho cometido), la no intervención es la mejor respuesta. En parte, porque va a contribuir a la mitigación de efectos negativos a los que ya se ha hecho alusión, como es la estigmatización del infractor.

Especial importancia tiene la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante, CDN). Este texto internacional recoge un amplio catálogo de derechos y garantías dirigidas a los menores de edad para permitir, entre otras cuestiones, la construcción, como explica Taide Garza Guerra “*de un sistema sólido que regule la responsabilidad penal de menores*”²². Respecto de la CDN, explica Bujosa Vadell que se trata de “*un instrumento vinculante, en un contexto normativo caracterizado por las abundantes normas de soft law, pero de una exigibilidad mucho más laxa*”²³ en el momento de su redacción también decide recoger la posibilidad de aplicar

²¹ Carrizo González-Castell, A., “Justicia de menores y mediación penal en España ¿Un derecho de la víctima o del menor infractor?” en VV.AA. Bujosa Vadell, L; Martín Diz, F (Dirs.), *Menores y justicia juvenil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp.191-192.

²² Taide Garza Guerra, M., *Consideraciones en materia de Justicia Penal Juvenil*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2012, p. 87.

²³ Bujosa Vadell, L., “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la justicia de menores” en VV.AA. Bujosa Vadell, L; Martín Diz, F (Dirs.), “Menores y justicia...” *Op, cit*, p. 244.

procedimientos específicos sin las necesidades de recurrir a medidas de carácter judicial ²⁴.

Por otro lado, tanto el Manual de Programas de Justicia Restaurativa de 2006, como la segunda edición del año 2020 aluden a la implementación de Programas Restaurativos para delincuentes juvenil. Pues en ellos se ofrecen medidas alternativas a las contempladas en la legislación que son menos formales y estigmáticas ²⁵.

Desde la Instituciones de la Unión Europea, también se han lanzado diversas recomendaciones a los Estados Miembro para desarrollar mecanismos alternativos de resolución de conflictos que contribuyan a mejorar el abordaje de la delincuencia juvenil, así como la prevención del delito. Así, a modo de ejemplo, la Recomendación 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil dedica un apartado a la desjudicialización. El texto promueve a los Estados de la comunidad europea a desarrollar procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución o a nivel policial — en los países donde la Policía tenga atribuidas funciones de persecución —. Por otro lado, la Recomendación de 1987 también señala que se ha de asegurar una justicia juvenil rápida para que ella pueda tener una acción educativa eficaz. Objetivo que podría conseguirse mediante la aplicación de medidas alternativas para resolver la controversia ²⁶.

A raíz de la CDN de 1989 y de la Recomendación 87(20) de 17 de diciembre de 1987, en el año 2018 se lanza la Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal adoptada el 3 de octubre de 2018.

²⁴ Vid. Art. 40.3 Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. [Ratificado por España en Madrid a 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990. Instrumento de Ratificación disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>]

²⁵ Vid. Manual sobre programas de justicia restaurativa. *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito* (Eds. 2006 y 2020)

²⁶ Vid. Recomendación n.º 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. [Texto disponible en: <https://cendocps.carm.es/convocatorias/Recomendaci%C3%B3n%20CE%20n%C2%BA%20R%2087-20.pdf>]

En ella se anima a los Estados miembros a elaborar y aplicar la justicia restaurativa en sus correspondientes sistemas penales. Debiendo promover normas para la aplicación de la justicia restaurativa en el proceso penal a la vez que se salvaguardan los derechos de los participantes. Todo ello, en aras de lograr una mayor eficacia en la satisfacción de los intereses de ambas partes ²⁷.

3.2. La mediación en el sistema de justicia juvenil.

En 1999, el Consejo de Europa adopta la Recomendación N.º R (99) 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre mediación en materia penal. En ella se pone de manifiesto la necesaria consideración de que los países que integran la UE legislen en materia de mediación y fijen estándares esenciales y claves para asegurar, como explica Chapman, “*el respeto de los derechos y que la práctica de la mediación alcance un nivel elevado*” ²⁸. Si nos trasladamos al ámbito de la justicia juvenil, en líneas anteriores se ha puesto de manifiesto como el sistema integrado en el ordenamiento jurídico español se encuentra inspirado en los instrumentos aportados por los organismos internacionales. En todos ellos se aboga por la recomendación ²⁹ de hacer uso de medidas alternativas al proceso penal, aplicando así lo que muy acertadamente Peligrero Molina denomina como “*valores de la justicia restaurativa*” ³⁰.

²⁷ Vid. Recomendación CM/Rec (2018) 8, del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, adoptada el 3 de octubre de 2018. [Texto disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808e35f3]

²⁸ Champan, T., “La justicia restaurativa en Europa” en VV.AA. Soleto Muñoz, H; Carrascosa Miguel, A., *Justicia restaurativa: una justicia para víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.31.

²⁹ Véase en este sentido la Recomendación CM/R (2008)11 del L Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas. Entre sus principios básicos recoge la consideración sobre “*la estimulación de la mediación y otras medidas restaurativas en todas las etapas del tratamiento con menores*”.

³⁰ Peligrero Molina, A.M., “La regulación de la justicia restaurativa en la justicia juvenil española” en VV.AA. Abadías Selma, A; Cámara Arroyo, S; Simón Castellano, P (Coords.), “Tratado sobre delincuencia...” *Op, cit*, p.1100.

La LORPM del 2000 introduce en su articulado, de forma explícita, la posibilidad de hacer uso de la mediación en su ámbito de aplicación. Es el instrumento más conocido dentro de la Justicia Restaurativa y el más empleado, no solo en el ámbito de la justicia juvenil, sino en la justicia penal en general. El Reglamento de la LORPM (Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio) contempla en su art. 5 el modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales y alude expresamente al procedimiento de mediación. Si bien es cierto que al comienzo del precepto habla solamente de “*la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada*”, en líneas posteriores habla literalmente de la mediación. Esta práctica supone una manifestación del principio de intervención mínima, al tratarse de una resolución extrajudicial del conflicto, aunque se lleva a cabo iniciado el procedimiento judicial, siendo revisado por el Juez de Menores y por el Ministerio Fiscal. De hecho, este último es quien tiene que apreciar la concurrencia de una serie de circunstancias para desistir en la incoación del Expediente de Reforma.

La mediación es uno de los mecanismos que permite cumplir con los fines resocializadores y educativos de la LORPM. Se configura como un proceso de resolución del conflicto, pero a la vez de aprendizaje. Ahora bien, va a encontrar ciertas limitaciones, pues no podrá aplicarse para solventar todo tipo de conflictos, sino solamente aquellos que están calificados inicialmente como delitos menos graves. De hecho, este es uno de los requisitos que el art. 18 LORPM contempla para que concurra la posibilidad de desistimiento en la incoación del Expediente.

Las labores de mediación, en el proceso penal de menores español, son desempeñadas por el Equipo Técnico³¹. Este se pone en contacto con el menor infractor para exponerle la posibilidad de buscar una

³¹ Nos servimos de la definición dada por Gimeno Sendra, para quien los Equipos Técnicos son “*grupos de peritos, especialistas en psicología, pedagogía o sociología, dependientes del Ministerio Fiscal, a quien han de prestar asesoramiento sobre la personalidad de le menor en punto a proponerle las medidas más adecuadas para la obtención de su reinserción*”. Vid. Gimeno Sendra, V., “El proceso penal de menores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, núm. 6, 2001, pp. 1413-1419.

solución extrajudicial; el menor debe aceptar, en todo caso, acudir a esta vía. Asimismo, se deberá tener en cuenta la conformidad de sus representantes legales. En segundo término, se informa a la víctima de la oportunidad de acudir a este mecanismo, quien también deberá hacer constar su conformidad o disconformidad. Por lo tanto, el consentimiento de ambas partes es esencial.

Una vez que los sujetos en conflicto muestran su conformidad y aceptación para llevar a cabo un encuentro de mediación, entonces el Equipo Técnico celebrará la reunión para poder llegar a un acuerdo de reparación o conciliación. Si no se lograra, entonces el Equipo Técnico podrá proponer la realización de tareas socioeducativas al joven infractor o bien, servicios en beneficio de la comunidad (Art. 5.1.f Reglamento de la LORPM).

La aplicación de este tipo de medidas en una justicia orientada a la reeducación y reinserción, como lo es la justicia de menores, es absolutamente necesaria. Pues más allá de conseguir una reconciliación entre víctima y victimario, el joven infractor va a comprender las consecuencias que sus hechos han provocado, asumiendo, como explica Castillejo Manzanares que “*su acción ha perjudicado a otros*”³². No obstante, como se indica al inicio de este estudio, existen otras herramientas que también podrían encajar en la solución alternativa de controversias en el sistema de justicia penal juvenil.

3.3. Más allá de la mediación: especial referencia a las conferencias de grupo familiares

El creciente interés por buscar sistemas de justicia penal alternativos al modelo predominante es innegable. Sin embargo, se ha venido optando por una aplicación que sea complementaria o que, más bien, se incardina dentro de los sistemas punitivos tradicionales. Este tipo de instrumentos, como es la mediación, se han incorporado de manera paulatina, en parte por el papel que ha pasado a ocupar la víctima en el proceso penal. La cual ha pasado de ser la olvidada en el proceso, a convertirse en la

³² Castillejo Manzanares, R., “La mediación en el proceso de menores”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 32, 2011, p. 11.

protagonista. Ahora bien, la puesta en marcha de estos instrumentos ha demostrado tener también repercusiones positivas en la figura del infractor³³, especialmente cuando de justicia de menores se trata.

Si tenemos en cuenta la filosofía de la justicia *child-friendly*, sobre la participación de los menores en la toma de aquellas decisiones que les afectan³⁴, la incorporación de instrumentos restaurativos permite al menor participar en la resolución del conflicto e incluso, antes de ello, tomar la decisión de acudir a este tipo de recursos. Ahora bien, uno de los objetivos es que el menor sea consciente del daño que ha provocado no solo a la víctima, sino a la comunidad en su conjunto y no solo, por ejemplo, a los familiares de la víctima sino a los suyos propios. Por ello las conferencias de grupo y, más concretamente, las conferencias de grupo familiar son interesantes en este sentido. En cuanto a su origen explica Miguel Barrio, “*debemos acudir a Nueva Zelanda en los años 80, momento en el que sucede un cambio radical en su sistema de justicia juvenil. Los centros de menores están desbordados y existe una multitud de menores infractores enjuiciados por los Tribunales de Justicia*”³⁵.

Las conferencias de grupo familiar suponen un proceso que promueve la participación de los integrantes de la familiar del infractor como una especie de apoyo emocional y de ayuda a la hora de asumir su responsabilidad³⁶. No es necesario que únicamente se trate de familiares en sentido estricto, también es posible la intervención de amistades

³³ Se condena la conducta delictiva, pero se preserva la dignidad del ofensor, con el objetivo de evitar su estigmatización y realizar una mejor reinserción. *Vid.* Merino Ortiz, C; Romera Antón, C., “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, *Eguzkilore*, núm. 12, 1998, pp. 286-287.

³⁴ Para un estudio más completo sobre el paradigma de *child-friendly justice*, véase Fernández Molina, E; Bernuz Beneitez, M.ªJ., *Justicia de menores*, Editorial Síntesis, Madrid, 2018, pp. 191 y ss; Fernández Molina, E; Blanco Martos, B., “Avanzando hacia una *child-friendly justice*: un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española”, *Boletín criminológico*, núm. 157, 2015. Stalford, H; Cairns, L; Marshall, J., “Achieving Child Friendly Justice through Child Friendly Methods: Let’s Start with the Right to Information”, *Social inclusion*, vol. 5, núm. 3-2, 2017.

³⁵ Miguel Barrio, R., *Justicia restaurativa y justicia penal. Nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 122.

³⁶ Merino Ortiz, C; Romera Antón, C., “Conferencias de grupos familiares y sentencias...”, *Op, cit*, p. 289.

cercanas al menor infractor. Asimismo, en el encuentro también participará un miembro del Cuerpo de Policía que corresponda y profesionales cuya asistencia sea oportuna siempre que la familia estime su pertinencia. Las conferencias de grupo familiar consiguen mantener a los menores infractores lejos del sistema de justicia penal tradicional con el objetivo de lograr una mejor — o al menos eficaz — reeducación y reinserción, contribuye a dejar de lado el enfoque estigmatizador.

Este proceso se desarrolla entres fases una vez que se produce la derivación al programa de conferencias con el correspondiente consentimiento de las familias de ambas partes. La primera fase se inicia con una preparación a la participación. Un coordinador encargado del programa informa a las partes sobre el desarrollo, duración y características. Una vez que se obtiene una valoración positiva, comienza la fase de encuentro propiamente dicha. Es la más llamativa, porque es cuando se produce el encuentro propiamente dicho y donde el menor victimario se confronta con las consecuencias del delito. Se otorgan turnos de palabra distintos a las partes para que manifiesten sus ideas y una vez finalizado el encuentro, el menor infractor y su familia han de elaborar un plan de reparación ³⁷. Al igual que en el proceso penal común, que no acaba con la sentencia, sino que es necesario ejecutarla, en las conferencias de grupo familiar se lleva a cabo un seguimiento del plan de reparación por parte de una figura similar a los trabajadores sociales de España, si bien no siempre cumplen con creces su labor, llegando a darse situaciones de incumplimiento del plan acordado ³⁸.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de estas líneas se ha intentando poner de manifiesto de la forma más clara posible la situación que tiene el menor infractor en los actuales sistemas de justicia juvenil y, más concretamente, en el español. Superado el modelo tutelar y el paternalismo jurídico, debido al orden constitucional instaurado, sería imposible concebir un sistema

³⁷ Miguel Barrio, R., “Justicia restaurativa...”, *Op, cit*, p. 131.

³⁸ *Ídem*.

de enjuiciamiento carente de garantías procesales. Aunque es cierto que la informalidad es posible al tratarse de sujetos en formación, recordemos que también son sujetos de Derecho y de derechos.

Asimismo, se ha demostrado como el menor victimario también resulta ser víctima por su etiqueta como “menor delincuente” y por la estigmatización. Por ello, es necesario estudiar y analizar medidas que permitan evitar este tipo de consecuencias negativas, que influirán a modo de reducir o hacer más complicadas las posibilidades de reeducación y reinserción.

A pesar de que la Justicia Restaurativa ha venido siendo apreciada como un espacio donde la víctima pueda sanar, también hemos de poner el foco en el menor infractor, quien, siendo víctima del sistema, busca de igual modo cerrar sus heridas sin ser catalogado como un fracaso social. Y es que precisamente la justicia penal de menores, por sus singularidades y naturaleza, es una estructura formidable para incorporar nuevas herramientas de carácter restaurativo como son las conferencias de grupo familiar. Pues esta modalidad se incardina dentro de esos fines reeducativos y resocializadores.

Cada vez es más amplio el consenso en la doctrina penal y procesalista sobre la incorporación de mecanismos restaurativos y reparatorios dentro de los sistemas de justicia juvenil, en parte, por su flexibilidad. Sin embargo, es hora de dar un paso más allá de la mediación, cuyo asentamiento en la justicia de menores es innegable y abogar por la incorporación de otros mecanismos, para los cuales será necesaria una fuerte inversión no solo económica, sino también de tiempo y de recursos humanos. Aun así, cuestiones como la socialización del riesgo y la paz social como un deber del Estado, son motivos para buscar la adaptación de esas herramientas mencionadas y, sobre todo y el motivo quizá mas importante: que el futuro de la humanidad está en todos y cada uno de esos menores víctimas, pero también victimarios.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Bueno de Mata, F., “Manifestaciones del principio de oportunidad en la justicia de menores española y europea”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2020.
- Bujosa Vadell, L., “Ejecución en el enjuiciamiento de menores: Principios aplicables y limitación de la discrecionalidad” en VV.AA. Bujosa Vadell, L; Martín Diz,

- F (Dirs.), *Menores infractores: predicción, gestión del riesgo e intervención*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- Bujosa Vadell, L., “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la justicia de menores” en VV.AA. Bujosa Vadell, L; Martín Diz, F (Dirs.), *Menores y justicia juvenil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 20201.
- Calatayud Pérez, E., *Buenas, soy Emilio Calatayud y voy a hablarles de...*, Ed. Alienta, 8.ª edición, Barcelona, 2020.
- Carrizo González-Castell, A., “Justicia de menores y mediación penal en España ¿Un derecho de la víctima o del menor infractor?” en VV.AA. Bujosa Vadell, L; Martín Diz, F (Dirs.), *Menores y justicia juvenil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- Castillejo Manzanares, R., “La mediación en el proceso de menores”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 32, 2011.
- Champan, T., “La justicia restaurativa en Europa” en VV.AA. Soletto Muñoz, H; Carrascosa Miguel, A., *Justicia restaurativa: una justicia para víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Fernández Molina, E; Bernuz Beneitez, M.ªJ., *Justicia de menores*, Editorial Síntesis, Madrid, 2018.
- Fernández Molina, E; Blanco Martos, B., “Avanzando hacia una child-friendly justice: un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española”, *Boletín criminológico*, núm. 157, 2015.
- García Ingelmo, F.M., “Ejercicio del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores. Supuestos legales. Cuestiones prácticas y directrices de la FGE”, *Curso de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas*, Madrid, 2017.
- Gimeno Sendra, V., “El proceso penal de menores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, núm. 6, 2001.
- Gimeno Sendra, V., *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- González Pillado, “nos encontramos ante otra de las garantías recogidas en la ley en atención a la edad del presunto autor de la infracción penal”. Vid. González Pillado, E., “Capítulo IV. Medidas cautelares” en VV.AA. González Pillado, E (coord.), *Proceso penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Grande Seara, P., “El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugués (proceso tutelar educativo), *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2011.
- Hurtado Rodríguez, H., “Justicia juvenil: entre el proteccionismo del Estado y la garantía de derechos”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 26, núm. 1, 2013.
- Martín Ostos, J., “La instrucción del Fiscal en el proceso penal de menores: punta de lanza de la reforma procesal que viene” en Jimeno Bulnes, M; Pérez Jil, J (Coords.), *Nuevos horizontes del Derecho Procesal*, Bosch Editor, Barcelona, 2019.
- Mateos Rodríguez-Arias, A., “Legalidad y oportunidad en la Justicia Penal: perspectivas de futuro”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 36, 2020.

- Merino Ortiz, C; Romera Antón, C., “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, *Eguzkilore*, núm. 12, 1998.
- Miguel Barrio, R., *Justicia restaurativa y justicia penal. Nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles*, Atelier, Barcelona, 2019.
- Morenilla Allard, P., *El proceso penal del menor. Actualizado a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, Colex, Madrid, 2007.
- Pantoja García, F., “La justicia del menor: edades penales, realidades y expectativas”, *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 10, 1997.
- Stalford, H; Cairns, L; Marshall, J., “Achieving Child Friendly Justice through Child Friendly Methods: Let’s Start with the Right to Information”, *Social inclusión*, vol. 5, núm. 3-2, 2017.
- Taide Garza Guerra, M., *Consideraciones en materia de Justicia Penal Juvenil*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2012.
- Vázquez González, C., “En defensa de la Justicia Penal de Menores española en el vigésimo aniversario de la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero” en VV.AA. Abadías Selma, A; Cámara Arroyo, S; Simón Castellano, P (Coords)., *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor. A los 20 años de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

A PROTECÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA QUANDO A SUA SAÚDE ESTEJA EM PERIGO * POR ACÇÃO OU OMISSÃO DOS PAIS

Jorge Duarte Pinheiro **

Sumário: 1. A saúde da criança e o papel dos pais. 2. O não cumprimento do dever parental de velar pela saúde da criança. 3. A saúde da criança na regulação do exercício das responsabilidades parentais. 4. A saúde na promoção e protecção da criança em perigo. 5. A síndrome de Munchausen por procuração

1. A SAÚDE DA CRIANÇA E O PAPEL DOS PAIS

É comum os futuros progenitores desejarem ter um filho saudável, o que é tido como socialmente atendível e tutelado por instrumentos como o diagnóstico pré-natal; a permissão de interrupção voluntária da gravidez em certas condições; o acesso a procriação medicamente assistida para evitar o risco de transmissão de doenças; e o diagnóstico genético pré-implantação.

* Texto elaborado na sequência de palestra com o mesmo título apresentada no dia 12 de Maio de 2022, no âmbito do “I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões” (realizado na Escola de Direito da Universidade do Minho). Foi concluído em 6 de Outubro de 2022, data a que remonta igualmente a última consulta de referências da *internet* adiante mencionadas. Salvo indicação em contrário, os acórdãos portugueses citados estão disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

** Professor associado com agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

De acordo com o n.º 1 do Despacho n.º 5411/97, de 8 de Julho, da Ministra da Saúde, entende-se por diagnóstico pré-natal “o conjunto de procedimentos que são realizados para determinar se um embrião ou feto é portador ou não de uma anomalia genética”.

Os resultados dos exames de diagnóstico pré-natal podem levar a mulher a decidir pela interrupção da sua gravidez (cf. n.º 3, alínea *d*), do mencionado despacho) — interrupção que, nos termos do artigo 142.º do Código Penal, não será punível se for realizada: nas primeiras dez semanas de gravidez; nas primeiras 24 semanas, quando “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita”; ou, a qualquer tempo, se se estiver perante feto inviável.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, prevê a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida “para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” (artigo 4.º, n.º 2); e o uso do diagnóstico genético pré-implantação com o objectivo de “identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher” (artigo 28.º, n.º 1), beneficiária de técnicas de procriação medicamente assistida ou gestante de substituição. O diagnóstico genético pré-implantação fornece informação sobre as características dos embriões *in vitro* que habilita os beneficiários da procriação medicamente assistida a escolher aqueles que irão, ou não, ser implantados.

Apesar de tudo, os futuros progenitores não estão vinculados ao dever jurídico de ter uma criança saudável. Após o nascimento (e só após o nascimento), ficam vinculados ao dever de velar pela saúde da criança, enquanto titulares do exercício das responsabilidades parentais (artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil)¹. A importância de tal dever justifica plenamente a atenção dos juristas, que se procurou despertar na presente década mediante duas obras, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança* (com o subtítulo *Vida e corpo nas mãos de pais e*

¹ Não obstante a menção a nascituros no n.º 1 do artigo 1878.º do Código Civil, o feto, ou embrião, não é tecnicamente um paciente ou doente, qualidade que somente assiste a quem nasceu. Há, quando muito, a cargo dos futuros progenitores um dever *razoável* de cuidado do embrião ou feto. Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico*, Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 64-66.

médicos) e *Temas de Direito Pediátrico* (com o subtítulo *Saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*).

Na primeira das duas obras ², destaca-se e delimita-se o papel dos pais relativamente ao filho, desde o dia em que nasceu até ao momento em que completar 18 anos de idade. Os pais têm de cuidar da criança, mas ela *não lhes pertence*. A proposição é óbvia, mas o livro mostra que o consenso discursivo nem sempre é acompanhado na prática, começando por aludir a um caso inglês ³, do século XXI, note-se, em que pais e médicos não concordavam quanto à cirurgia de separação de bebés gémeas siamesas ou conjugadas. Na ocasião, um prestigiado especialista chegou a defender que qualquer decisão seria admissível (*v. g.*, não efectuar a operação, deixando falecer as duas crianças), porque o ser humano com idade inferior a um ano carecia de personalidade, por não ter *vida biográfica*...

A doença amplia a vulnerabilidade inerente à condição de criança, que, em princípio, não dispõe fáctica ou/e juridicamente de capacidade para decidir em matéria de cuidados médicos. Normalmente, a pessoa que não completou os 18 anos de idade está nas *mãos* dos pais, que, como se exemplifica no livro *Limites ao exercício das responsabilidades parentais*, nem sempre adoptam comportamentos equilibrados, nomeadamente, por recusarem tratamentos de que depende a sobrevivência da criança ou por exigirem intervenções médicas sem propósito terapêutico cujos custos superam os benefícios.

Na outra obra ⁴, mais uma vez se considera a função dos pais na protecção da saúde dos filhos, mediante o estudo de um conjunto de assuntos em que se contam, designadamente:

- A vacina e a margem de liberdade que é conferida aos pais no que toca à vacinação dos filhos;
- O rastreio neonatal, popularmente conhecido como “teste do

² PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança — Vida e corpo da criança nas mãos de pais e médicos?*, Coimbra, Gestlegal, 2020.

³ *Re A (children) (conjoined twins: surgical separation)* (2000) EWCA Civ 254 (disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/254.html>).

⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico*, citada de modo completo, *supra*, na nota 424.

pezinho”, que tende a ser aplicado sem autorização dos pais do bebé, salvo oposição parental expressa;

- As situações de vida ou morte, em que, por exemplo, os pais pretendem que a criança seja submetida a tratamentos alternativos ou insistem que o filho seja tratado contra indicação médica (cf., a propósito, o recente caso *Archie Battersbee* ⁵).
- Outras situações que, não sendo de vida ou morte, traduzem oposição entre médicos e pais, em que os primeiros consideram necessário tratamento da criança, rejeitado pelos segundos (cf., nomeadamente, hipóteses de obesidade severa ou mórbida).

O livro *Temas de Direito Pediátrico* não se circunscreve à análise das questões enunciadas (em que os potenciais confrontos se esboçam entre pais e médicos, sem prejuízo de eventuais direitos de participação da criança), versando ainda o que se refere à saúde mental, sexualidade e reprodução daquele que ainda não completou os 18 anos de idade. Ao contrário do que sucede com a generalidade do domínio que abarca os assuntos pediátricos, nas áreas da saúde mental e da sexualidade e reprodução, as próprias crianças tendem a adquirir poder de decisão em certo momento ⁶, com a conseqüente retirada de legitimidade à intervenção parental.

2. O NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER PARENTAL DE VELAR PELA SAÚDE DA CRIANÇA

Englobando as responsabilidades parentais o dever de velar pela

⁵ Caso inglês de criança de 12 anos de idade, que, em 7 de Abril de 2022, foi encontrado inconsciente pela mãe, em casa, com um cordão à volta do pescoço, aparentemente resultado de acção do próprio Archie Battersbee (no que se supõe ter sido adesão a um desafio perigoso da rede social *TikTok*, conhecido como “the blackout challenge”). Os médicos concluíram que Archie estava em estado de morte cerebral, nada mais havendo a fazer, ao passo que os pais discordaram e pediram que não fosse desligado o suporte artificial de vida. O suporte veio a ser retirado no dia 6 de Agosto de 2022, após várias acções judiciais e recursos.

⁶ A partir dos 14 anos de idade ou logo que estejam em “idade fértil”, reconhece-se às crianças capacidade para decidir sobre medidas atinentes à saúde mental ou meios de planeamento familiar, respectivamente.

saúde da criança, como se assinalou *supra*, o não cumprimento deste dever assume consequências jurídicas.

Numa óptica mais extrema, as consequências podem ser de índole penal, devido a comportamentos que preenchem tipos de crime, designadamente contra a integridade física simples, grave ou por negligência. A previsão legal destes três crimes específicos integra, aliás, referência explícita a ofensa contra a saúde. O artigo 143.º, n.º 1, do Código Penal, sob a epígrafe “ofensa à integridade física simples”, determina que “quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”. O artigo 144.º, do Código Penal, sob a epígrafe “ofensa à integridade física grave”, pune com pena de prisão de dois a dez anos “quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa” de forma a produzir quatro categorias qualificadas de resultado (incluindo privação de importante órgão ou membro e perigo para a vida). O artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal, estabelece que “quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”.

Em 2015, o legislador português autonomizou, entre os crimes contra a integridade física, a mutilação genital feminina ⁷, que é maioritariamente praticada antes de a vítima completar os 18 anos de idade ⁸.

Se a violação do dever de velar pela saúde decorrer da prática de actos de maus tratos sobre a criança, os titulares das responsabilidades parentais incorrem em penas associadas aos crimes de violência doméstica ou de maus tratos. De facto, o agente será punido com prisão de um a cinco anos, “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”, na hipótese de maus tratos físicos ou psíquicos a descendente com idade inferior a 18 anos de idade (artigo 152.º, n.º 1, alínea *e*), do Código Penal, que se refere ao crime

⁷ O n.º 1 do artigo 144.º-A do Código Penal pune com pena de prisão de 2 a 10 anos aquele que “mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas”. O número seguinte pune os actos preparatórios com pena de prisão até 3 anos.

⁸ Cf., designadamente, informação no sítio do Parlamento Europeu (em que se afirma ser “maioritariamente exercida em raparigas, entre a infância e os 15 anos”): <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20200206STO72031/mutilacao-genital-feminina-porque-ainda-acontece-e-quais-os-seus-efeitos>.

de violência doméstica) ou a criança que esteja “ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação” (artigo 152.º-A, n.º 1, alínea *a*), do Código Penal, que regula o crime de maus tratos).

No domínio civil, o não cumprimento da obrigação de os pais zelarem pela saúde do filho é susceptível de levar a que aqueles sejam judicialmente inibidos do exercício das responsabilidades parentais. Nos termos do artigo 1915.º, n.º 1, do Código Civil, a inibição terá de ser requerida ao tribunal por quem tenha legitimidade para o efeito (Ministério Público, parente da criança ou pessoa a cuja guarda ela esteja confiada); e deverá ser decretada “quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres”. Não obstante a letra do n.º 1 do artigo 1915.º, que alude a “grave prejuízo” somente em conexão com a violação culposa das obrigações inerentes às responsabilidades parentais, não nos parece que se justifique a inibição pela mera circunstância de os pais se não mostrarem em condições de cumprirem as suas obrigações. Afigura-se necessário que a impossibilidade de cumprimento eventualmente detectada tenha ou possa ter efeitos potencialmente graves para a criança, de harmonia com a caracterização jurisprudencial da inibição como medida de última *ratio*⁹ e com o artigo 1918.º do Código Civil.

O mencionado artigo 1918.º, integrado em subsecção sobre inibição e limitações ao exercício das responsabilidades parentais, dispõe:

Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 1915.º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência.

⁹ Cf., nomeadamente, acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17-05-2016, processo 3001/09.0TBFIG-B.C1 (Moreira do Carmo), e da Relação do Porto, de 24-09-2020, processo 2747/06.9TQPRT-C.P1 (Judite Pires).

O contexto e a primeira parte do artigo obstam a que se configure inibição decretada pelo simples facto de a criança estar em situação de perigo causada por acção, ou omissão, não culposa dos pais. A inibição judicial pressupõe que se esteja perante perigo cuja gravidade legitime privação do exercício das responsabilidades parentais (em vez de mera restrição).

Deste modo, havendo perigo para a saúde da criança, antes de inibição, há que ponderar a aplicação de providências tutelares cíveis de limitação, nos termos do artigo 1918.º do Código Civil ¹⁰.

E há mais instrumentos de reacção civil ao não cumprimento do dever parental de velar pela saúde da criança: a regulação do exercício das responsabilidades parentais (que, como resulta do artigo 3.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, cabe na categoria de providências tutelares cíveis, a par da inibição e do estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais); e as medidas de promoção dos direitos e de protecção de crianças e dos jovens em perigo (abreviadamente designadas como medidas de promoção e protecção).

A regulação do exercício das responsabilidades parentais e as medidas de promoção serão tratadas autonomamente nos números seguintes, 3 e 4, respectivamente.

3. A SAÚDE DA CRIANÇA NA REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

A regulação do exercício das responsabilidades parentais aplica-se sobretudo a situações em que a titularidade do exercício incumbe a

¹⁰ Providências que ultrapassam as especificadas no artigo 1918.º, em que se enuncia unicamente duas a título exemplificativo. Antes da entrada em vigor da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aplicava-se a Organização Tutelar de Menores, na versão do Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro, cujo n.º 1 do artigo 19.º apresentava teor similar ao do dito artigo 1918.º. Todavia, o n.º 2 continha mais um elenco não taxativo, que referia expressamente a possibilidade de imposição aos pais de deveres de respeito das directrizes médicas de estabelecimento de saúde (alínea *b*). O artigo 19.º da Organização Tutelar de Menores foi revogado pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, que aprovou a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

duas pessoas (*v. g.*, pais da criança) que nunca viveram juntas ou que cessaram a sua vida em comum. Visando concretizar o modo como serão desempenhadas as prerrogativas inscritas nas responsabilidades parentais, a regulação pode ser efectuada por acordo, homologado por juiz ou conservador do registo civil, ou determinada por decisão judicial. A disciplina da regulação pressupõe que se disciplinem os aspectos da residência dos progenitores com a criança, do convívio daqueles com estes e dos alimentos, entre outros. O interesse superior da criança deve ser determinante na homologação (ou recusa de homologação) do acordo entre os progenitores e na sentença de regulação (artigos 1905.º, n.º 1, e 1906.º, n.º 8, do Código Civil; 274.º-A a 274.º-C do Código do Registo Civil).

Não há propriamente uma definição legal de interesse superior da criança, o que constitui factor de incerteza e de potenciação de disputa entre cada um dos progenitores ou entre progenitores, por um lado, e entidades com competência na área da infância e juventude, por outro lado.

Há, porém, dados normativos que ilustram pontualmente o significado do interesse superior da criança: por exemplo, o artigo 1906.º, n.º 8, do Código Civil, que, no âmbito do exercício de responsabilidades parentais por pais que não vivam juntos, tende a considerar que aquele interesse inclui “o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores”; e o artigo 4.º, alínea *a*), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, que assinala como estando de harmonia com o interesse superior daquele cuja idade seja inferior a 18 anos “a continuidade de relações de afecto de qualidade e significativas”.

No entanto, estas aproximações assumem pouca relevância no âmbito da identificação dos cuidados de saúde apropriados.

O artigo 5.º, n.º 1, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, atribui à audição da criança (pelas autoridades judiciais) papel na determinação do seu superior interesse. Contudo, como é consensual, a opinião resultante da audição não será decisiva¹¹. Aliás, na área da

¹¹ Cf., designadamente, GUERRA, Paulo, anotação ao artigo 5.º, em AA.VV., *Regime Geral do Processo Tutelar Cível anotado*, coordenação de Cristina Araújo Dias/

saúde, basta recordar o receio frequente que as crianças têm quanto a agulhas, para verificar que conferir peso indiscriminado à vontade da criança seria susceptível de implicar, paradoxalmente, sacrifício manifesto do respectivo bem-estar, obstando a vacinação recomendada, a injeção essencial para um tratamento de situação (que, a evoluir, teria consequências muito negativas) e a recolha de análises (importantes para diagnóstico e terapia de doença grave).

A análise do campo da saúde mostra-se, aliás, produtiva na problemática da conformidade do exercício das responsabilidades parentais com o interesse de quem às mesmas está sujeito. Após o triste caso inglês *Re T*¹², em que um tribunal superior entendeu que era perfeitamente legítima a recusa parental de transplante de fígado em benefício de bebé (intervenção médica que apresentava boas perspectivas de sucesso), o que acarretou a sua morte, importa acima de tudo ter presente que o conceito de superior, ou melhor, interesse da criança visa dar consistência à proposição muito difundida de que ela é distinta dos pais e digna de tutela autónoma, pelo que não é adequado preencher aprioristicamente o conceito, identificando o interesse da criança com o dos adultos que a têm a seu cargo. Infelizmente, no caso *Re T*, afirmou-se que não havia que distinguir a mãe do filho, que o bem-estar deste depende do bem-estar daquela, que não está de harmonia com o interesse do bebé contrariar a vontade da mãe!

A especificidade do interesse da criança relativamente ao interesse de um ou ambos dos pais exprime a inteira pertinência de controlo externo, estatal, das responsabilidades parentais, mesmo que exercidas acordadamente por progenitores que vivem em comum. Todavia, a probabilidade de controlo aumenta quando os pais não vivem em comum — ou seja, a ausência de “casal conjugal” parece propiciar maior efectividade da autonomia da criança...

De qualquer modo, a lei não chega a impor peremptoriamente determinado modelo de exercício de responsabilidades parentais entre

João Nuno Barros/Rossana Martingo Cruz, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 105-106; RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível anotado e comentado*, 4.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2020, p. 30.

¹² *Re T (a minor) (wardship: medical treatment)* [1996] EWCA Civ 1313, disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1996/1313.html>.

progenitores divorciados ou separados. Refere, porém, três hipóteses, que, implicitamente, hierarquiza, em abstracto: o exercício conjunto *mitigado* (densificado, sem reservas terminológicas, nos n.ºs 1 e 3 do artigo 1906.º do Código Civil); o exercício conjunto com residência alternada (que, de acordo com o n.º 6 do artigo 1906.º, pode ser determinado pelo tribunal “quando corresponder ao superior interesse da criança” e “sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos”); e, por último, o exercício unilateral (que, nos termos, do n.º 2 do artigo 1906.º, resulta de decisão fundamentada, aplicando-se quando “o exercício em comum das responsabilidades parentais em questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste”).

No primeiro modelo, os pais decidem por acordo as “questões de particular importância para a vida em comum do filho”, que correspondem àquelas que são graves e raras na existência da criança, abarcando, por exemplo, situações em que a prática ou a abstenção de intervenções cirúrgicas comporta risco de morte ou de lesões graves para o descendente¹³. Na falta de acordo, qualquer dos progenitores pode requerer ao tribunal a resolução do diferendo (artigo 44.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível), mas, no caso de “urgência manifesta”, qualquer dos progenitores pode agir sozinho. Em matéria de actos de vida corrente da vida do filho, a competência cabe ao progenitor com quem a criança resida habitualmente ou com quem ela se encontra temporariamente, desde que o último progenitor não contrarie “as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”. No contexto da saúde, enquadram-se nos actos da vida corrente, por exemplo, a desinfeção de uma pequena ferida, decorrente de queda de bicicleta, com subsequente aplicação de um penso¹⁴. E poderá ser orientação educativa mais relevante

¹³ O acórdão do Tribunal Relação do Porto, de 16-03-2021, processo 3187/17.0T8CS-C-B.C1 (Luís Cravo), enquadra entre as questões de particular importância “as intervenções cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor”.

¹⁴ Não constituí questão de particular importância para a vida do filho a prestação habitual de cuidados de saúde, designadamente consultas médicas, administração de medicamentos, tratamentos dentários, “salvo se para ele comportem

em sede de actos de vida corrente a fixação da dieta alimentar (*v. g.*, omnívora ou vegetariana).

Se bem que os conceitos indeterminados usados na descrição deste modelo — como “urgência”, “particular importância para a vida” — valham para a generalidade dos aspectos implicados no exercício das responsabilidades parentais, não deixa de ser curioso que estejam terminologicamente muito associados à problemática da saúde.

Naturalmente, o tema da saúde alcança preponderância no que toca à regulação do exercício das responsabilidades parentais, à sua alteração e incumprimento. É, designadamente, clássica a sugestão de que o exercício com base em residência alternada tende a ser prejudicial para o desenvolvimento e estabilidade mental da criança, o que, no entanto, não tem obtido recentemente confirmação empírica. Distinta é já a orientação que afaste a solução de residência alternada, por submeter a criança a exposição muito acentuada aos conflitos interparentais pré-existentes, “com todos os inconvenientes que daí poderão advir para a sua estabilidade e para a sua saúde física e psíquica”¹⁵.

Tendo o país vivido um período de pandemia, a Covid-19 foi pretexto de litigância em torno de regulação do exercício das responsabilidades parentais pré-estabelecida. Essa litigância foi, em geral, decidida pelos tribunais no sentido de continuar em vigor o que se tinha fixado

risco para a sua vida ou integridade física” — acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25-03-2021, processo 1108/13.8TBCHV-A.G1 (Alcides Rodrigues). Incluindo expressamente “as consultas pediátricas de rotina, temporalmente intercaladas” no domínio da vida corrente do filho, *cf.* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04-06-2020, processo 1742/19.2T8ALM-A.L1-2 (Arlindo Crua). Segundo o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27-05-2021, processo 594/11.5TMPRT-G.P1 (João Venade), o pagamento da frequência de consultas de psicologia, não representando o custo de actos médicos, integra-se em despesas de saúde da filha; e estas despesas, por serem necessárias, “integram actos de vida corrente e, por isso, podem ser adoptadas por parte da progenitora com quem a menor reside habitualmente”, se o pai, divorciado da mãe, se recusa a acompanhar a filha em exames de diagnóstico. Ou seja, para o último aresto, a conveniência concreta de aplicação de certo regime parece determinar a qualificação à luz da dicotomia questões de particular importância/actos da vida corrente.

¹⁵ *Cf.* acórdão do Tribunal Relação do Porto, de 07-05-2019, processo 1655/18.5T8AVR-A. P1 (Rodrigues Pires).

no que toca ao convívio do filho com os progenitores ¹⁶ — aliás, em sintonia com o *ordenamento Covid-19*, que, logo no início, contemplou “o cumprimento de partilha de responsabilidades parentais, conforme determinada por acordo entre os titulares das mesmas ou pelo tribunal competente” como uma das exceções ao dever geral de recolhimento domiciliário ou de não circulação em espaços e vias públicas ¹⁷.

É também patente na jurisprudência portuguesa sobre regulação o peso da aptidão para acompanhar a saúde da criança na identificação do progenitor com quem ela residirá habitualmente ¹⁸; da problemática do pagamento das despesas de saúde do filho ¹⁹; e da obrigação de um progenitor prestar informação ao outro sobre a saúde do descendente comum ²⁰.

Além disso, depara-se com acórdãos em que os pais aludem aos temas da vacinação ²¹, da transfusão de sangue ²² e de diversos cuidados de

¹⁶ Cf. acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-11-2020, processo 13538/15.6T8LSB.L1-C-6 (Gabriela de Fátima Marques); da Relação de Évora, de 14-01-2021, processo 46/11.3TMFAR-Z.E1 (Tomé Ramião); e da Relação de Guimarães, de 20-01-2022, processo 1720/19.1T8BCL-B.G1 (José Carlos Pereira Duarte).

¹⁷ Cf. Pinheiro, Jorge Duarte, “Direito da Família-20 e Covid-19”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Lisbon Law Review*, LXI/1 (2020), disponível também em <https://drive.google.com/file/d/1VvTwJOIBGoTGH-PGEuafym-gBl9iXmV4/view>, p. 362.

¹⁸ Cf. acórdãos do Tribunal da Relação de Porto, de 20-02-2017, processo 1530/14.2TMPRT-A.P1 (Manuel Domingos Fernandes); da Relação de Coimbra, de 06-06-2017, processo 34/16.3T8FIG-A.C1 (Fonte Ramos), em cujo sumário se lê que a criança deve “ser confiada à guarda do pai se é ele que vem demonstrando verdadeira preocupação pelo estado de saúde daquela”; e da Relação de Guimarães, de 11-05-2022, processo 1031/19.2T8FAF-A.G1 (Maria dos Anjos Nogueira).

¹⁹ Cf. acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25-03-2021, e da Relação do Porto, de 27-05-2021, citados, *supra*, na nota 437; da Relação de Lisboa, de 10-02-2022, processo 2209/18.1T8LSB.L1-2 (Paulo Silva).

²⁰ Cf. acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-12-2018, processo 60/16.2T8VLF.G1 (Fernanda Proença Fernandes); da Relação de Lisboa, de 19-05-2020, processo 40/18.3T8MFR-A-7 (Luís Filipe Sousa), e de 04-06-2020, citado, *supra*, na nota 437.

²¹ Cf. acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-05-2009, processo 530/07.3TBCVL-A.C1 (Távora Vítor); e da Relação de Guimarães, de 20-03-2018, processo 1910/16.9T8BRG-A.G1 (Margarida Sousa).

²² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-05-2020, citado, *supra*, na nota 443.

saúde ²³ em benefício do filho, bem como aresto que considera situação que qualificou a alienação parental incompatível com “o são e harmonioso desenvolvimento do menor” ²⁴.

4. A SAÚDE NA PROMOÇÃO E PROTECÇÃO DA CRIANÇA EM PERIGO

A intervenção para promoção dos direitos e protecção da criança tem lugar quando os pais ponham em perigo a sua saúde ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros ou da própria criança a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo (artigo 3.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo). Tal intervenção incumbe às “entidades com competência em matéria de infância e juventude”, às comissões de protecção de crianças e jovens e aos tribunais (artigo 6.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo). Nas chamadas entidades com competência em matéria de infância e juventude incluem-se pessoas singulares ou colectivas que desenvolvem actividades nas áreas da infância e juventude (artigo 5.º, alínea *d*), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo) e, por conseguinte, médicos, clínicas, hospitais. Entre as suas atribuições figuram a avaliação e o diagnóstico de situações de perigo (artigo 7.º, n.º 4, alínea *a*), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo). Todavia não lhes é permitido aplicar qualquer uma das medidas de promoção e protecção (taxativamente enunciadas no artigo 35.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), que pertencem à esfera de competência exclusiva das comissões de protecção e dos tribunais (artigo 38.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo).

²³ Cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18-12-2018, processo 2297/17.0T8PRT-B.P1 (Ana Paula Amorim), em que um dos progenitores censura o outro porque este “continua a adquirir pensos oculares com características diferentes daquelas que foram prescritas e recomendadas pelo médico oftalmologista”.

²⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-09-2014, processo 346/07.7TBCLD. L1-7 (Gouveia Barros).

O regime das medidas de promoção e protecção contém referências directas à saúde da criança seja em disposições gerais, seja em disposições respeitantes a medidas específicas: uma das finalidades das medidas é proporcionar às crianças as condições que permitam proteger e promover a sua saúde (artigo 34.º, alínea *b*), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo); as medidas aplicadas por decisão negociada integram um acordo de promoção e protecção, que pode abarcar cláusulas sobre os cuidados de saúde a prestar à criança (artigos 36.º, 56.º, n.º 1, alíneas *a*) e *d*), e 57.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo); e é assegurada prestação de cuidados de saúde à criança a que tiver sido aplicada medida de apoio junto dos pais, de apoio junto de outro familiar, de confiança a pessoa idónea, de acolhimento familiar e de acolhimento residencial (artigo 22.º, n.º 1, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, e artigo 58.º alínea *b*), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo).

O peso da saúde na promoção e protecção da criança transparece em casos que têm sido judicialmente apreciados, por exemplo: um primeiro que justifica medida de apoio junto de outro familiar que fora aplicada a criança “por problemas de obesidade causados pelo tipo de alimentação que os pais lhe davam e por falta de competências educativas destes”²⁵; um segundo que alude a acordos em que se estipula medida de apoio junto dos pais, mediante os quais os progenitores se comprometeram a acompanhar os filhos em consultas de nutricionismo, de desenvolvimento/pediatria, de saúde infantil e a assegurar que a uma das crianças fosse administrada a vacina HPV Gardasi-1²⁶; um terceiro que aponta, entre os factos que levaram à aplicação de medidas que afastaram a criança da progenitora que a tinha a seu cuidado, a não aquisição pela mãe do antibiótico que fora prescrito num centro hospitalar, para tratamento de bronquiolite²⁷.

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11-11-2009, processo 286/09.5TBPTL.G1 (Raquel Rego).

²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16-05-2011, processo 1409/10.7TBV-CD-A.P1 (Luna de Carvalho).

²⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-02-2016, processo 249/15.1T8SJM.P1 (Dias da Silva).

5. A SÍNDROME DE MUNCHAUSEN POR PROCURAÇÃO

Como se declarou, *supra*, em 2, o incumprimento do dever de velar pela saúde do filho pode desencadear reacções jurídicas de diferente natureza, nomeadamente, sanções penais, providências tutelares cíveis, medidas de promoção e protecção.

É conhecida situação susceptível de motivar qualquer uma dessas categorias de reacção (e até mais do que uma), que, paradoxalmente, na falta de avaliação competente, pode ser confundida com elevada diligência parental em matéria de saúde da criança: a síndrome de Munchausen por procuração.

Nas palavras de duas investigadoras da Universidade do Minho ²⁸, “trata-se de perturbação significativa, complexa, e, por conseguinte, de difícil controlo e diagnóstico. A sua complexidade deve-se ao facto de ser considerada como tipologia de abuso infantil em que o agressor, geralmente a mãe, induz ou simula, deliberadamente, sinais ou/e sintomas de doença no filho/a com intuito de obter atenção para si”.

E as mesmas especialistas procuram alertar para a necessidade da identificação precoce da síndrome de Munchausen por procuração (também designada como Transtorno Factício Imposto a Outro), visto que “pode conduzir à morte da criança”.

E *quase conduziu...* num caso português cujos factos mais relevantes remontam a 2019 ²⁹: MM, criança que viria a completar sete anos de idade em 2 de Maio, de Abril a Junho deu entrada, várias vezes, em urgência pediátrica de hospitais; no dia 17 de Abril, a mãe, que viria a ser condenada por crime de homicídio qualificado na forma tentada, apanhando o filho distraído, empurrou-o, completamente vestido, para dentro de um tanque de treino de mergulho com três metros de profundidade cheio de água; a criança permaneceu ali por tempo indeterminado, e só quando se encontrava inconsciente foi retirado da

²⁸ LOPES, Elisabete/CAÇADOR, Zélia Anastácio, “Na teia da ficção: a complexa narrativa da síndrome de Munchausen por procuração”, *International Journal of Developmental and Educational Psychology. Revista INFAD de Psicologia*, n.º 2, vol. 1, 2021, pp. 377-382 (disponível em <https://hdl.handle.net/1822/75881>).

²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-12-2020, processo 214/19.0JDL5B. L1-5 (Vieira Lamim).

água pela mãe; e seguiram-se outros actos da progenitora, como a administração dissimulada de clorofórmio; as condutas da mãe causaram “graves problemas de saúde ao seu filho, cardiorrespiratórias, pneumotórax com colapso quase total do pulmão esquerdo, hemorragia pulmonar/alveolar, hemorragia renal, gástrica e rabdomiolise, que lhe provocaram doloroso sofrimento e intervenções clínicas graves, dolorosas e invasivas que que se não tivessem sido revertidas a tempo teriam originado a morte da criança”.

Após exame pericial psiquiátrico, concluiu-se que a arguida “queria atrair sobre si a atenção das pessoas que lhe estavam mais próximas pois sabia que de cada vez que MM era acometido de um agravamento súbito do estado clínico se sentia valorizada como mãe”; e que, embora imputável, padecia de síndrome de Munchausen por procuração.

Um exemplo *pesado*, claro, mas mais um exemplo que comprova quão ponderoso se afigura o investimento em estudos interdisciplinares sobre a saúde da criança — que têm de contar com (maior) contributo dos juristas.

LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS EN EL DERECHO ESPAÑOL *

(FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS NO DEREITO ESPANHOL)

Judith Solé Resina **

Sumario: 1. Concepto de familia reconstituida. 2. Efectos específicos de la familia reconstituida durante la convivencia y tras la muerte del progenitor; 2.1. El cuidado y la atención personal de los hijos no comunes; 2.2. La atención económica de los hijos del cónyuge o la pareja estable que conviven en la familia reconstituida y la obligación de los hijos de contribuir al levantamiento de cargas de la familia reconstituida. 3. La familia reconstituida tras la crisis de pareja o crisis matrimonial; 3.1. Custodia de los hijos comunes y relación entre hermanos de vínculo sencillo; 3.2. Custodia y relaciones personales de los hijos del excónyuge o exconviviente; 3.3. Obligación de alimentos respecto el hijo o hija del cónyuge o conviviente tras la ruptura de la familia reconstituida; 3.4. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hermanos de vínculo sencillo. 4. Los efectos que la constitución de una nueva familia produce sobre los miembros de la familia de origen.

1. CONCEPTO DE FAMILIA RECONSTITUIDA

Se conoce con términos como familias reconstituidas, familias reconstruidas, familias recompuestas, familias ensambladas, familias combinadas,

* Este estudio forma parte de los trabajos que se desarrollan en el seno del proyecto de investigación “El derecho de familia que viene. Retos y respuestas”, PID 2019-109019RB-100 del Ministerio de Ciencia y de Innovación.

** Catedrática de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Barcelona.

familias complejas, familias plurales o segundas familias, entre otros, las familias formadas por personas que, tras la extinción de una relación anterior, contraen un nuevo matrimonio o constituyen una pareja estable — homosexual o heterosexual — y crean un nuevo hogar en el que conviven de forma permanente o temporal con al menos un hijo no común, fruto de una anterior relación de cualquiera de ellos — o de los dos —. A este grupo familiar se le pueden unir hijos comunes fruto de la nueva relación, que serán medio hermanos de los hijos no comunes. Las parejas de los progenitores se conocen con los términos de madrastra o padrastro, padres y madres afines, o padres y madres sociales.

No se discute que este modelo de convivencia debe calificarse como familia y merece la protección social, económica y jurídica de los poderes públicos (art. 39 CE). En este sentido, la STS 320/2011 de 12 mayo, dispone expresamente que “El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”. Y reconoce, a continuación, la obligación del Estado de proteger a todo tipo de familia también con base en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950 que establece, en su párrafo primero, que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]” y el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que dice: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

En estas familias se produce un entramado de relaciones más complejo que en las primeras familias puesto que, normalmente, además de la pareja y los hijos comunes y no comunes, subsiste la “pareja parental”, esto es, el otro progenitor de los hijos no comunes que vive fuera del núcleo familiar. Entonces, los hijos viven y se trasladan entre dos hogares y hay más de dos adultos en el rol parental ¹. En todo

¹ Claire Neirink, *La famille que je veux, quand je veux? Evolution de droit de la famille*, èrès ed., 2003. pág. 24, sostiene que la noción de reconstitución de la institución

caso, hay que advertir ya que entre el adulto y el hijo de su pareja pueden establecerse vínculos afectivos profundos o más distantes, esto depende de cada caso concreto. Pero, por regla general, estos lazos son más intensos cuando falta el otro progenitor o no cumple con sus funciones, es decir, en caso de vacante por muerte o abandono del padre o madre biológico, porque entonces la nueva pareja del progenitor sustituye las funciones de crianza del progenitor que falta.

En todo caso, no hay que perder nunca de vista que los menores no deciden romper una familia originaria ni pasar a formar parte de una familia reconstituida. No deciden tampoco que la familia reconstituida, tal vez, vuelva a romperse y puede que se constituya otra nueva. Y, sin embargo, cargan con las consecuencias de todas estas decisiones y vicisitudes afectivas de los adultos.

El Código Civil español (en adelante CCE) no contiene ninguna referencia expresa a este modelo familiar. Por el contrario, algunos ordenamientos civiles autonómicos presentan una definición legal de familia reconstituida. Así, el artículo 231.1.2 del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat) define como familia reconstituida aquella que se compone de los progenitores, los hijos de cada uno de ellos no comunes y los hijos comunes de la actual unión. También la Ley 50 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, tras la reforma operada por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación (en adelante, CDCFN), define en el párrafo segundo, como miembros de las familias reconstituidas “los hijos de cada progenitor que convivan en el mismo grupo familiar, sin que su pertenencia a ellas modifique el vínculo con el otro progenitor y con los efectos que el ordenamiento jurídico determine”.

Actualmente la mayoría de las familias reconstituidas tienen el antecedente de una ruptura de pareja anterior (separación o nulidad matrimonial, divorcio o crisis de la pareja de hecho) y, en menor medida, otras tienen como causa la viudedad de uno de sus componentes. En esta línea, la exposición de motivos de la Ley 25/2010, de 29 de julio,

familiar es, en verdad, incorrecta, porque los hijos habidos en otras relaciones continúan vinculados con sus respectivos padres más allá de las vicisitudes de sus vidas afectivas y la familia de origen persiste, no se recompone.

del Libro Segundo del CCCat, relativo a la persona y la familia, afirma que el aumento de divorcios de los últimos tiempos se ha traducido en un aumento significativo del número de familias reconstituidas. Y ello — junto a la mayor tolerancia social, la escasa regulación sobre esta realidad y la transición demográfica — lleva al legislador catalán a regular normativamente en este ámbito, en consonancia a la línea iniciada por otros ordenamientos europeos.

En todo caso, la característica principal de la familia reconstituida, conforme al conceto legal, es que forma parte de ella uno o más hijos nacidos fueran de la misma. Efectivamente, ni siquiera es necesario que cuente con una pareja como núcleo esencial, pues la familia reconstituida también puede mantenerse — sobrevivir — tras la desaparición sobrevinida de uno de los miembros de la pareja, con lo que es a la vez una familia monoparental y reconstituida.

Desde luego que entre los hijos no comunes y el progenitor con quien no conviven — si lo hay — se mantiene la relación de potestad si son menores de edad y el conjunto de efectos derivados de la relación de filiación, de modo que los hijos no comunes, fuera de la familia recompuesta, pueden tener relaciones personales con su otro progenitor — ya porque se encuentra en un sistema de custodia compartida, ya porque siendo la custodia individual existen un régimen de visitas con el progenitor no custodio — y conservan sus derechos respecto aquel — que, a su vez, mantiene los derechos y obligaciones derivados de la potestad — también los de orden económico ².

Si falta uno de los progenitores — porque ha muerto o si el hijo o hija no tiene relación alguna con él (arts. 175-178 CCE) — se podrá crear la relación de filiación entre el hijo o hija menor y el cónyuge del progenitor que vive — también con el conviviente de acuerdo con el CCCat — mediante la adopción. Y en el derecho estatal no puede descartarse el recurso al reconocimiento de complacencia, con la misma finalidad de crear una relación de filiación, aunque, por el contrario, el Código Civil de Cataluña establece expresamente la nulidad del

² En este sentido, el art. 231-1.2 CCCat dispone expresamente que el reconocimiento de los hijos no comunes como miembros de la familia reconstituida no altera los vínculos con el otro progenitor.

reconocimiento de complacencia por constituir un fraude de ley art. 235-27.4 CCCat.

En estos casos de adopción o reconocimiento de complacencia del hijo o hija de la pareja, faltaría en la nueva familia la característica de coexistir con los “restos” de la familia primera o de origen, por lo que dejaría de ser lo que *stricto sensu* se considera una familia reconstituida, para pasar a ser una “familia” — sin más — que carece de la mayor complejidad de la reconstituida. De ahí que la noción de la “constelación familiar recompuesta” propuesta por la socióloga francesa Thery³ resulte especialmente gráfica para conceptualizar la familia recompuesta, pues representa las unidades familiares conectadas por los hijos que gravitan entre ellas y la red de vínculos que se generan⁴.

En todo caso, la familia recompuesta plantea nuevas cuestiones relacionales y económicas, distintas a las de las primeras familias⁵. Así, de un lado, las relativas a las facultades y obligaciones (de contenido personal y patrimonial) de la pareja o cónyuge del progenitor custodio con relación al hijo o hija no común y los correlativos deberes de obediencia y de contribución a las cargas de la familia recompuesta de los hijos, durante la convivencia de la familia. A lo que hay que añadir otros posibles derechos en favor de ambas partes, como derechos de subrogación en el arrendamiento, de indemnización por daños, etc. Y, de otro lado, se plantean también los temas relativos a la atribución o distribución de la custodia de los hijos o hijas menores no comunes, los regímenes de

³ Théry, Irène (2002). Le temps des recompositions, en J.F. Dortier, Families. Permanences et métamorphoses. Auxerre Cedex: Éditions Sciences Humaines, 2002, págs. 55-62.

⁴ Théry, Irène y Leroyer, Anne-Marie. *Filiation, origines, parentalité: le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, París, 2015, Ministère de la Famille. pag. 277, van más allá y afirman que “On a alors pris conscience de l’existence d’une constellation familiale au sein de laquelle circulent non seulement les enfants, mais des pensions ali mentaires, des biens, des services, des sentiments, des souvenirs et des interdépendances, même si chaque foyer a son autonomie et veille à la protéger”.

⁵ Algunos autores abogan por la existencia de un parentesco por afinidad de primer grado entre el cónyuge del progenitor y el hijo o hija no común, si bien coinciden en señalar que dicho parentesco no sirve para regular las familias reconstituidas porque no ofrece soluciones a los problemas que se generan en su seno. Vid. por todos, Celia Carrillo Lerma, Las familias reconstituidas: las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común, tesis inédita, Universidad de Murcia, 2020.

visitas o relaciones personales tras la crisis de pareja o crisis matrimonial y la atribución del uso de la vivienda familiar, con especial atención a los supuestos de existencia de hermanos de vínculo sencillo.

Es de señalar que existen algunas previsiones legislativas en los diversos ordenamientos civiles que coexisten en el territorio español que se ocupan de concretas cuestiones relativas a las familias reconstituidas, que analizaremos a continuación. Sin embargo, por regla general se puede afirmar que el legislador no ha tenido en cuenta este modelo familiar al regular el derecho de familia, lo que puede comportar efectos perjudiciales, especialmente para los hijos no comunes ⁶.

2. EFECTOS ESPECÍFICOS DE LA FAMILIA RECONSTITUIDA DURANTE LA CONVIVENCIA Y TRAS LA MUERTE DEL PROGENITOR

Las características específicas de la familia reconstituida plantean algunas cuestiones nuevas, que no se dan en las “primeras” familias. Durante la convivencia de la familia reconstituida, en el ámbito personal, hay que determinar hasta qué punto la pareja del progenitor debe prestar cuidado y atención personal a los hijos no comunes y si éstos, por su parte, tienen deber de obediencia respecto aquél. En el terreno patrimonial, también hay que dilucidar si el cónyuge o la pareja del progenitor debe prestar atención económica a los hijos no comunes, y si éstos deben contribuir al levantamiento de cargas de la familia reconstituida. De otra parte, hay que resolver qué sucede en las relaciones entre los hijos y la pareja del progenitor cuando éste muere.

2.1. El cuidado y la atención personal de los hijos no comunes

Entre los deberes de los cónyuges se encuentra el de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo (art. 68 CCE).

⁶ Así, por ejemplo, las normas relativas a la distribución del uso de la vivienda familiar (art. 96 CC y 233-20 CCCat). Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

De este modo hay que entender que, en caso de que la familia reconstituida se base en el matrimonio, el cónyuge del progenitor tiene el deber, de carácter personal, de cuidar y atender a los hijos no comunes. No hay una norma paralela, en el derecho estatal, para el supuesto que la familia reconstituida se constituya a partir de una unión no matrimonial, en la que no pueden predicarse deberes entre los convivientes.

El derecho aragonés va más allá y prevé la posibilidad de que el cónyuge del progenitor — a quien denomina padrastro o madrastra — comparta el ejercicio de la potestad parental del hijo o hija menor no común a la muerte de aquel, siempre que el progenitor fuera el único titular de la autoridad familiar y que el menor conviva con ambos. El art. 85 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFa) dispone que, fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge pueda continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar.

También el derecho catalán contempla la posibilidad de atribuir la guarda al cónyuge o conviviente del progenitor que la tenía atribuida de forma exclusiva en caso de muerte, aunque la prevé expresamente como “excepcional” frente a la solución normal de que sea el otro progenitor el que recupere la guarda ⁷. El CCCat equipara a estos efectos los convivientes a los cónyuges (art. 236-15.1 CCCat). En este sentido, el art. 236-15.2 CCCat, establece que la autoridad judicial, con informe del Ministerio Fiscal, puede atribuir la guarda y las otras responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor si este muere, siempre y cuando: a) el interés del hijo lo requiera; 2) el cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor.; y 3) se escuche al otro progenitor y al menor de acuerdo con lo que establece el artículo 211-6.2 CCCat.

Estas atribuciones — la “guarda y otras responsabilidades parentales” — coinciden con las propias de la titularidad de la potestad parental, aunque la norma no aclara si el conviviente o cónyuge

⁷ El art. 236-15.1 CCCat dispone la regla general de que “Si muere el progenitor que tenía atribuida la guarda de manera exclusiva, el otro progenitor la recupera”. La redacción de este apartado es poco afortunada porque lleva a confusión la interpretación del concepto ya superado de “guarda exclusiva”.

del progenitor difunto pasa a ser titular. Nótese que la atribución de la guarda y otras responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que fallece no se condiciona, en el derecho catalán, al hecho de que sea el único titular de la potestad parental, por lo que puede ocurrir que dicha titularidad pase a ser compartida entre el progenitor que sobrevive y el último cónyuge o conviviente del progenitor difunto.

En último extremo, el art. 236-15. 3 CCCat establece que el cónyuge o conviviente del progenitor difunto a quien no corresponda la guarda de acuerdo con esta previsión, si el interés del hijo lo justifica, puede pedir a la autoridad judicial que le atribuya un régimen de relación, siempre que haya convivido con el menor durante los dos últimos años. En este caso no detendrá la potestad parental, aunque se le conceda un amplio régimen de relación, por lo que en los tiempos o periodos de relación que disfrute de la guarda del menor tendrá la condición de guardador de hecho.

De otro lado, el art. 222-10 CCCat sitúa al cónyuge o pareja estable del progenitor entre los llamados a la delación dativa del menor con el que convive en caso de muerte del progenitor. En el bien entendido que el menor que se sujeta a tutela es no emancipado y no se halla sujeto a potestad parental (art. 222-1 CCCat).

En otro orden de cosas, el derecho catalán también dispone que el cónyuge o conviviente en pareja estable que en cada momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria. Y previene ya la solución a los supuestos en los que pueda haber algún desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en pareja estable disponiendo que prevalece el criterio del progenitor. Además, establece la posibilidad de que, en caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda del hijo pueda adoptar unilateralmente las medidas necesarias para el bienestar del hijo, aunque ha de informar sin demora a su cónyuge o conviviente, que a su vez debe informar al otro progenitor (art. 236-14 CCCat). De esta manera se permite que el cónyuge o conviviente del progenitor, durante la convivencia, pueda ejercer algunas facultades inherentes a la potestad parental, aunque con un alcance muy limitado o de forma excepcional, sin que ello pueda incidir en el ejercicio o la

titularidad de la potestad parental del otro progenitor del menor (el que no es su pareja).

Aunque no se dice expresamente, hay que entender que el hijo o hija, como contrapartida, tendrá deber de obediencia, esto es, debe obedecer al cónyuge o conviviente de su progenitor en la medida de las facultades que aquel detente. Siendo así, resultarán de aplicación las previsiones del art. 236-17.3 i.4 CCCat con relación al deber de respeto mutuo; el deber de obediencia de los hijos — salvo que se les trate de imponer conductas indignas o delictivas — y la facultad correctora sobre los menores proporcionada, razonable y moderada con pleno respeto a su dignidad e integridad física y psíquica.

Como ya se ha dicho, las relaciones personales y afectivas entre los hijos y la pareja del progenitor pueden ser más o menos intensas en función de la familia y el caso concreto. Las variables son infinitas y van desde el carácter, la edad y la personalidad de las personas implicadas, hasta las circunstancias, también cambiantes, que envuelven la convivencia: si el menor tiene otro progenitor fuera de la familia reconstituida que cumple sus funciones parentales, cuál sea la duración de la familia reconstituida, si se trata de la primera familia reconstituida o si ya hay más de una familia anteriores o simultáneas. Esta casuística hace poco aconsejable tratar de establecer unas reglas fijas que regulen las relaciones entre los hijos y las parejas de sus progenitores en las familias reconstituidas.

Ciertamente, algunas de las normas a las que hemos hecho referencia con anterioridad, otorgan unas facultades al cónyuge o pareja del progenitor que, en función del caso concreto, pueden ser demasiado limitadas o pueden resultar excesivas. Son normas sin una clara fundamentación y un alcance poco delimitado que no aportan sino dudas en su aplicación. Aunque responden a la voluntad de facilitar el día a día de las familias reconstituidas, parten de las necesidades de los adultos y no toman como elemento a considerar de forma primordial la situación concreta del menor.

Probablemente, las parejas de los progenitores no necesitan el reconocimiento legal de facultades especiales para ejercer la guarda de los menores que no son hijos suyos — son suficientes las relativas a la guarda de hecho, por ejemplo, en los casos de urgencia —. El cuidado de los hijos menores corresponde a sus progenitores que, claro está,

pueden ayudarse de otras personas como sus parejas, pero las decisiones sobre los asuntos que afectan a los menores deben recaer, en la medida de lo posible, en los propios menores y, en último término, en quienes detentan la potestad sobre ellos. Aumentar el número de personas que pueden decidir sobre asuntos de su vida cotidiana en ningún modo puede entenderse que redunde en su interés.

Si uno de los progenitores — o no detenta la potestad — y el cónyuge o la pareja de hecho del que si existe desea ejercer las funciones de la potestad, puede proceder a la adopción mediante el procedimiento de adopción, que garantiza el beneficio del menor. Entonces las facultades parentales tendrán una fundamentación — la relación de filiación — y permanecerán con independencia de una posible nueva ruptura familiar.

Si lo que ocurre es que muere el progenitor con el que convive el menor, habrá que determinar con base en su interés superior si debe quedar bajo la potestad del otro progenitor vivo o sujeto a tutela y, en este último caso, si la persona tutora debe coincidir con aquella con la que ha convivido, siempre en atención al interés del menor. Desde luego, que no hay que rechazar la posibilidad de que el padre o madre social se conviertan en padre o madre adoptivo o en tutor o tutora del menor, ni tampoco que pueda establecerse, en caso distinto, un régimen de relaciones personales cuando sea en beneficio del menor, y siempre bajo la supervisión de la autoridad judicial que enjuiciará el caso concreto.

2.2. La atención económica de los hijos del cónyuge o la pareja estable que conviven en la familia reconstituida y la obligación de los hijos de contribuir al levantamiento de cargas de la familia

Los gastos de mantenimiento y educación de los hijos no comunes que conviven con la familia reconstituida deben considerarse cargas del matrimonio y deben ser soportados por ambos cónyuges, pues los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, con independencia del régimen económico que lo regule el matrimonio (art. 1318 CC). La lógica contrapartida es la obligación de los hijos de la familia de contribuir a las cargas de la misma mientras vivan en el hogar familiar — conforme al art. 11.2 CCE, los

hijos deben contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia, mientras convivan con ella —.

Además, el CCE dispone expresamente que, para el caso de que el matrimonio se encuentre casado en régimen económico de sociedad de gananciales, la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrán a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación (art. 1362 CCE).

Nada prevé el derecho estatal para el supuesto de que la familia reconstituida sea no matrimonial, y aquí el debate está abierto porque, como es sabido, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia rechaza la posibilidad aplicar por analogía las normas económicas del matrimonio a las parejas estables.

El CDFCA tampoco hace una referencia expresa general a la obligación de contribuir al mantenimiento de los hijos no comunes, pero el art. 218 CDFCA dispone que en el consorcio conyugal son a cargo del patrimonio común: “Las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio”.

De otro lado, el derecho aragonés establece también el deber del hijo de contribuir equitativamente a satisfacer las necesidades familiares mientras convivan con la familia (art. 187.3 CDFCA), y el deber de colaborar en las tareas del hogar y en los negocios familiares, en la medida propia de su edad y de su condición vital, sin que por ello tenga derecho a reclamar pago o recompensa (art. 66 CDFCA). Y dispone la facultad de los padres que ejerzan la autoridad familiar sobre el hijo, de destinar los productos del trabajo e industria de este y los frutos líquidos de sus bienes para atender los gastos de su crianza y educación; atendidos esos gastos, los padres que convivan con el hijo podrán destinar la parte sobrante a satisfacer, equitativamente, otras necesidades familiares. Si no disponen de otros medios, pueden destinar a este fin los bienes del hijo en la parte que, según la situación económica de la familia, resulte equitativa (art. 67 CDFCA). En igual medida, cuando la autoridad familiar corresponda a personas distintas de los progenitores, así, al padrastro o a la madrastra, estas pueden destinar los productos del trabajo o industria del menor con el

que conviven y los frutos líquidos de sus bienes para atender los gastos de su crianza y educación. Para ello podrán pedir su entrega a la persona que administre los bienes del hijo. Esta facultad no puede ser excluida por quien transmita bienes a favor del hijo (art. 68 CDFCA).

En el Derecho Foral Navarro, los gastos de los hijos no comunes que conviven con la familia son gastos del matrimonio, a los que habrán de contribuir ambos cónyuges (Ley 80 CDCFN). Expresamente se reconocen gastos de la sociedad de conquistas los de alimentación y habitación de cualesquiera de los cónyuges económicamente dependientes y devengados en aquellos períodos en que compartan la convivencia y los alimentos y la educación de los hijos de anterior unión de uno de los cónyuges si este no hubiere hecho la partición y entrega de bienes a que se refiere la ley 114 CDCFN cuando la misma procediere. Y la Ley 109 CDCFN extiende la condición de comunes de la pareja a los gastos derivados de la alimentación y habitación en la vivienda familiar de los hijos de uno solo de los convivientes en pareja estable

Por su parte, el CCCat incluye los alimentos a los hijos no comunes que convivan con los cónyuges, siempre que los necesiten, entre los gastos familiares a los que están obligados a contribuir ambos cónyuges (art. 231-5 CCCat). El CCCat, no dispone, en cambio, de una norma paralela en el caso de convivencia estable de pareja. De otro lado, establece expresamente que los hijos no comunes — concretamente dice los “hijos comunes o no” — mientras conviven con la familia deben contribuir proporcionalmente a sus posibilidades a los gastos familiares (art. 231-6.2 y 236-22.1 CCCat).

A las anteriores hay que añadir otras concretas previsiones que, como advierte Celia CARRILLO ⁸, evidencian la estrecha conexión entre las materias de derecho de familia y de sucesiones. Así, el art. 68 Compilación Derecho Civil Illes Balears ⁹ (en adelante CDCIB), aplicable

⁸ Celia CARRILLO, *Las familias reconstituidas: las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común*, Tesis Doctoral Universidad de Murcia, 2020 (inérita), p. 170.

⁹ El art. 68 CDCIB dispone que: *“El usufructuario queda obligado a prestar, con cargo al usufructo, alimentos al heredero, al consorte de éste y a los hijos del cónyuge premuerto y del heredero que vivan en la casa, así como a consentir que se*

en las islas de Ibiza y Formentera, prevé la obligación del cónyuge usufructuario de prestar alimentos a los hijos del cónyuge premuerto que habiten en el hogar familiar, con cargo al usufructo universal capitular instituido en los *espòlits*.

En todo caso, y en términos generales, se puede afirmar que el deber de alimentar a los hijos del cónyuge que convivan con el matrimonio, allí donde se reconoce, encuentra causa en la existencia de un matrimonio y en la convivencia familiar, por lo que la obligación cesa tanto en el momento en que los hijos no comunes dejan de vivir en la vivienda familiar como en el caso de disolución del vínculo conyugal.

En nuestra opinión, es importante interpretar estas previsiones legales de forma que no se solapen las obligaciones de contribuir a los alimentos de los progenitores y del cónyuge o conviviente (de los dos si ambos progenitores tienen nuevas relaciones). Ambos progenitores (si la filiación está determinada) están obligados a alimentar a sus hijos y son los únicos acreedores de los alimentos en sentido estricto. Entonces, ¿a qué finalidad responden las normas que disponen que las nuevas parejas de los progenitores deben contribuir a sus gastos? No hay regla que explique en qué medida deben contribuir ni cómo habrán de hacerse nuevos cálculos, y falta una aclaración que evite lo que en buena medida podría ser una suma de responsables de los mismos gastos no justificable. Sobre este aspecto, Miquel MARTÍN ¹⁰ sostiene que los padres sociales están obligados a prestar alimentos a los hijos de su pareja cuando los alimentos que estos reciben de sus progenitores no son suficientes para satisfacer sus necesidades, pero si así fuera dichos padres sociales actuarían a modo de responsables subsidiarios de la obligación de alimentos, y no parece que haya base legal para esta afirmación. En nuestra opinión, es más acertado entender que la contribución a los gastos de los hijos del cónyuge no es consecuencia de la obligación de prestarles alimentos — que no existe —. El fundamento del deber a esta contribución se puede encontrar en que el nivel

hagan en el usufructo las reducciones necesarias para pagar las legítimas y, en su caso, para constituir la dote.”

¹⁰ MARTÍN CASALS, Miquel, “Els pares i mares socials al Codi Civil de Catalunya”, El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala, Societat Catalana d’Advocats de Família, 2016, p. 120, también se refiere a este tipo de gastos.

de vida de la familia reconstituida sea más alto que el de la familia de origen y ello comporte que los gastos de los hijos también sean superiores y que esta diferencia deba ser parcialmente sufragada por el cónyuge o pareja estable del progenitor.

En otro orden de ideas se debate si en el dato de la convivencia — y para el caso de las familias reconstituidas — se sustentan otros derechos de sus miembros:

Se ha planteado concretamente con relación a la subrogación en el derecho de arrendamiento. La STC 13/1995, de 24 de enero de 1995, resuelve un supuesto en el que se pretende la subrogación de la hija del cónyuge de la arrendataria — quien ya se había subrogado previamente en el contrato del que era arrendatario original su cónyuge —, que había convivido en la vivienda desde su infancia. La primera instancia falló en favor de la segunda subrogación al considerar que existía una relación “plenamente asimilable” a la de madre e hija. La Audiencia Provincial, en cambio, revocó la sentencia y descartó la segunda subrogación con base en una interpretación literal del art. 59 LAU de 1964 — que era la ley aplicable al contrato — que reconocía este derecho a los “descendientes legítimos, naturales o adoptivos”. El TC, por su parte, consideró que ambas interpretaciones realizadas por los tribunales de instancia eran constitucionales y, en el caso concreto, la solución final fue la que había resuelto la AP, esto es, el rechazo a la subrogación del contrato de arrendamiento del que era titular la cónyuge de su padre fallecido, a pesar de haber sido éste el primer arrendatario. Esta interpretación perjudica claramente a los hijos no comunes de la familia reconstituida.

También se ha planteado con relación al derecho a la indemnización por el fallecimiento en accidente de tráfico. La SAP Madrid 39/2020, de 24 de febrero, reconoce la indemnización al marido de la madre, que ejercía las funciones parentales y convivía con el fallecido hasta el momento del accidente, y descarta este derecho del padre biológico que no había cumplido ni con el régimen de visitas ni con la obligación de alimentos establecida en la sentencia de divorcio. La Audiencia considera que es el marido de la madre quien ostentaba la condición de perjudicado y que puede incluirse dentro de la categoría de “ascendientes de la víctima” a la que se refiere el art. 62.3 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba

el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor ¹¹. Y de este modo, en este caso concreto, no se discrimina por razón del modelo familiar, aunque es difícil de defender la existencia de una relación de parentesco — ascendencia — entre la víctima y la pareja de su progenitor que parece podría encajar mejor en la categoría de “allegado”.

3. LA FAMILIA RECONSTITUIDA TRAS LA CRISIS DE PAREJA O CRISIS MATRIMONIAL

Hay un absoluto vacío legal con relación a los problemas concretos que se presentan en la familia reconstituida tras la crisis matrimonial o de pareja con los hijos no comunes, motivo por el cual son los tribunales los que están proporcionando soluciones a la multitud de cuestiones que se les plantean. Veamos algunas de las más interesantes:

3.1. Custodia de los hijos comunes y relación entre hermanos de vínculo sencillo

La jurisprudencia menor distingue entre hermanos de vínculo sencillo y hermanos de doble vínculo al resolver sobre la custodia de los hijos de las familias reconstituidas tras la crisis matrimonial o de pareja.

¹¹ El art. 62 TRLRCSCVM establece las categorías de perjudicados: “1. En caso de muerte existen cinco categorías autónomas de perjudicados: el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados. 2. Tiene la condición de perjudicado quien está incluido en alguna de dichas categorías, salvo que concurren circunstancias que supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir. 3. Igualmente tiene la condición de perjudicado quien, de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o asume su posición”.

El cónyuge y el conviviente del progenitor también podría incluirse en la categoría de “allegados” que son personas que han convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fuera especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad (art. 67.1 TRLRCSCVM).

Se tiende a considerar que el criterio de no separación de hermanos del art. 92.5 CC no tiene igual alcance en ambos casos y, de este modo, se atribuye la custodia de los hijos comunes con independencia de la custodia de los hijos no comunes.

En este sentido Vid. la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 4 de julio de 2015 señala que: “El hecho de que la madre cuente con otra hija de otra relación suponga inviabilidad de la custodia compartida, pues el criterio de “no separación de hermanos” del art. 92-5o del C.C. ni es absoluto, ni tiene igual alcance respecto a hermanos de un solo vínculo — del mismo modo, podrá ocurrir que el padre tenga otros nuevos hijos en el futuro —, pues no puede sacrificarse la relación paritaria con los progenitores, cuando es favorable al interés del menor, en aras exclusivamente de un mayor tiempo de convivencia con un medio hermano. Este argumento podrá ser un indicador de conveniencia de la custodia exclusiva como refuerzo de otros elementos de decisión, pero de por sí carece de fuerza para eludir la custodia compartida cuando los indicadores principales conducen a este tipo de guarda. Ya que, además en el sistema de custodia exclusiva *Crescencia* también perdería contactos con su medio hermano durante el tiempo de las visitas y los períodos vacacionales, ya que al no ser hermanos de doble vínculo la separación en estos períodos sería inevitable”.

La SAP de Cádiz de 11 de abril de 2016 afirma que: “En cuanto a la separación de la hermana, es preciso decir que se trata únicamente de hermana por parte de madre, es decir medio hermana, pero asimismo no existe una separación de la misma, pues precisamente el régimen de guarda y custodia compartida, lo que va a producir es que de una parte estén las mismas juntas, en los periodos que corresponda, y de otra que no pierda relación la hija con su padre, y si bien se debe procurar que los hermanos permanezcan juntos, la relación con el padre, dentro de un sistema de normalidad, es más beneficiosa para la menor, que el incremento de las relaciones con la hija de la madre, por lo cual tampoco este punto es esencial para excluir la guarda y custodia compartida.”

Especialmente clara sobre esta cuestión resulta la SAP de Lleida 228/2012, de 31 de mayo, que explica que: “El art. 231-1-2 del CCCat reconoce como miembros de la familia a los hijos de cada uno de los

progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento, dice el mismo precepto, no altera los vínculos con el otro progenitor. Por tanto, este reconocimiento lo es como “miembro de la familia” y “con los efectos que se determinen legalmente”, sin que pueda compartirse la tesis de la apelante cuando se refiere al amplio concepto de “hermano” y cuando invoca el art. 233-11 según el cual no puede separarse a los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen. Oscar y Arturo no son hermanos, aunque ambos formen parte de la familia reconstituida, y el art. 233-11 C.C.Cat. no resulta de aplicación al caso, ni siquiera analógicamente o como criterio orientador, porque dicho precepto se está refiriendo a los supuestos en que debido a la crisis conyugal se debe decidir sobre la atribución de la guarda de dos o más hermanos a uno u otro de sus progenitores, mientras que en el supuesto que nos ocupa sólo se está planteando el régimen y la manera de ejercer la guarda del hijo común de los litigantes, Oscar, y no la de Arturo, que ya quedó fijada en la sentencia de divorcio que aprobó el convenio regulador suscrito por los progenitores de Arturo, sin que esta decisión pueda determinar que el régimen de alternancias para el ejercicio de la guarda compartida de Oscar haya de ser el mismo que el establecido para aquél. De seguirse el interesado criterio que propugna la recurrente se llegaría a la insólita situación de que en el caso de que se extinguiera la pareja estable constituida por su madre y Don. Juan Luis la guarda de Oscar también se vería afectada por tal circunstancia, porque no podría separarse de su “hermano” Arturo. Los efectos jurídicos de la extinción de la pareja estable también están previstos en la nueva regulación y, entre ellos, el art. 234-7 C.C.Cat. se remite a los arts. 233-8 a 233-12 en lo que se refiere al ejercicio de la guarda de los hijos y relaciones personales, insistimos, “guarda de los hijos”, obviamente, de los hijos comunes, nacidos de esa pareja estable. No se trata de desconocer o ignorar las nuevas formas de familia que se incorporan, reconocen y regulan en el Código Civil de Cataluña (a las que también se alude en el preámbulo de la Ley 25/2010, destacando las novedades respecto de la Ley 10/98) sino, simplemente, de atenernos precisamente a los mismos criterios que establece el art. 233-11 a efectos de determinar la manera de ejercer la guarda compartida de Oscar, teniendo en cuenta las

propuestas del plan de parentalidad presentadas por las partes y el Ministerio Fiscal durante la sustanciación de la litis...”

A pesar de lo anterior, los tribunales procuran fomentar la relación entre los hermanos de vínculo sencillo mediante los regímenes de estancias o visitas con el progenitor común, estableciendo, por ejemplo, pernoctas que la faciliten. Así, por ejemplo, la SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005, otorga al padre un régimen de visitas de fines de semana alternos con pernocta de una menor de 6 años con expresa referencia al hecho de que éste favorece la relación con los sus hermanos de vínculo sencillo.

3.2. Custodia y relaciones personales de los hijos del excónyuge o exconviviente

Especial atención merece la atribución de la custodia del hijo o hija del cónyuge o conviviente tras la ruptura de la familia reconstituida, que también ha sido objeto de algunas resoluciones judiciales, si bien es muy poco frecuente.

La STS 679/2013, de 20 de noviembre, el TS otorgó la custodia de dos hermanas de vínculo sencillo al padre de una de ellas, que había impugnado con éxito la paternidad respecto de la otra que resultó no ser su hija biológica. Este hombre se había vuelto a casar y tenía otro hijo con una nueva mujer, pero continuó encargándose de las dos menores de las que se había desentendido su madre. El TS atiende en esta resolución al interés superior de la menor que había convivido junto a su hermana desde el nacimiento y se encontraba adaptada a la nueva unidad familiar.

Mucho más frecuente es el establecimiento de regímenes de relaciones personales o visitas entre el menor y el cónyuge o conviviente de su progenitor con el que el menor ha convivido en el seno de la familia reconstituida. En este aspecto, los tribunales cada vez en mayor medida reconocen este derecho con base en el derecho de relaciones personales del menor con sus “allegados” que establece el art. 160.2 CC. Así:

La SAP Madrid 249/2015, de 12 de marzo, plantea el caso en que Doña Encarna que es la pareja de la madre biológica, Ana María, reclama la maternidad del hijo concebido por Ana María mediante

técnicas de reproducción asistida con su consentimiento, aquí el interés reside en que las mujeres se hallaban casadas y separadas de hecho al tiempo del nacimiento del menor. Las mujeres habían contraído matrimonio el 5 de septiembre de 2008, y tenían una hija mayor también fruto de técnicas de reproducción asistida, cuya madre biológica era doña Encarna. Se separaron de hecho entre diciembre de 2012 y enero de 2013 y presentaron la demanda de divorcio con solicitud de medidas con fecha 19 de febrero de 2013. El nacimiento del segundo de los hijos, fue en marzo de 2013 y fue inscrito con el nombre de la progenitora doña Ana María, madre biológica, anotada en el Registro Civil como casada. La madre biológica alega que no es aplicable el art. 7.3 LTRHA porque estaban casadas pero separadas de hecho, sin embargo, la Audiencia aplica el art. 116 CC y resuelve en favor de determinar la maternidad de Doña Encarna. Atribuye a cada una de las madres la guarda de su hijo biológico y establece un régimen de visitas con las respectivas progenitoras no custodias, que ha de contribuir, dice la sentencia a reforzar la relación paterno-filial.

La solución es distinta en la SAP Madrid 1015/2018, de 30 de noviembre. En este caso la pareja mujer de la madre biológica presta consentimiento a las técnicas de reproducción asistida y hay posesión de estado durante 5 años. Después se rompe la relación y la madre contrae matrimonio con otra mujer a la que la menor considera su segunda madre. La primera pareja de la madre biológica reclama se determine su maternidad y en otrosí que se establezca a su favor un régimen de visitas. La Audiencia entiende que “las actuales relaciones del menor con la demandante impiden considerar positivo en el interés del menor que se fije la filiación solicitada, que lejos de repercutir en su beneficio desestabilizaría su actual equilibrio”, sin embargo, sí que entiende apropiado fijar un régimen de relaciones personales que dispone en un fin de semana al mes, la mitad de las vacaciones de Navidad y de Semana Santa y 15 día de verano.

En esta línea la STS 320/2011, de 12 de mayo de 2011, afirma que el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos y con los allegados. Y plantea la cuestión del alcance de las relaciones personales del menor el cónyuge o conviviente de su progenitor, partiendo de la base de que

si se fundamentan en el derecho de relaciones propio de un progenitor debe ser más amplio que si circunscribe al derecho de relaciones que el menor pueda tener con una persona allegada, conforme el art. 160.2 CC. Si bien reconoce que “es cierto que el art. 160 CC no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. Por tanto, se trata de una cuestión que debe ser decidida por el juez, quien deberá tener en cuenta: i) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse; ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; iii) la intensidad de las relaciones anteriores; iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y, v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.”

El supuesto de hecho que da lugar a la citada sentencia, viene configurado por una pareja de hecho de dos mujeres que tras haber convivido 10 años se separa con acusaciones de maltrato mutuo y doble prohibición de aproximación y comunicación. Tres años antes de la ruptura de la pareja, una de ellas se había sometido a técnica de reproducción asistida y había tenido un hijo respecto del que su compañera también había ejercido el papel de madre. En primera instancia, la autoridad judicial otorga a la compañera de la madre biológica un derecho de visitas amplio con base en el poder que le otorga el art. 158 y con el fin de evitarle perjuicios. La madre biológica apela y pide que el derecho de visitas se limite al establecido para personas allegadas en el art. 160.2 CC y no al que se otorga a los progenitores. La Audiencia Provincial de Toledo confirma la sentencia de instancia y el Tribunal Supremo desestima el recurso contra la sentencia de la Audiencia. Entiende el Alto Tribunal que las relaciones personales deben adoptarse con base en el art. 160.2 CC por la condición de allegada y no con fundamento en el art. 158 CC y la condición de progenitora de la pareja de la madre. Sin embargo, mantiene el régimen dispuesto en la sentencia de instancia por cuanto considera que el interés del menor pasa por no privarle de las relaciones afectivas de las que venía disfrutando y que le eran beneficiosas y ello con independencia de si existen o no lazos de sangre.

En un sentido similar, SAP Tenerife 231/2002 de 6 de mayo y SAP Madrid 851/2019, de 18 de octubre. Otras sentencias, en cambio, deniegan el régimen de visitas en favor del cónyuge o pareja del progenitor,

también en atención al interés del menor, porque se aprecian malas relaciones entre ellos, falta una estrecha relación personal, o el menor lo rechaza. Así, las SAP Tenerife 104/2006, de 13 de marzo; SAP Alicante 149/2008, de 9 de abril; y la SAP Melilla 71/2016, de 29 de diciembre.

En todo caso, la relación entre las parejas de los progenitores y los menores debe valorarse desde las necesidades e intereses de los menores, no de los progenitores ni de sus parejas. Si la relación personal es intensa y provoca lazos afectivos que benefician a los menores, éstos deben preservarse y mantenerse en el tiempo, incluso más allá de la ruptura de la convivencia. Y pueden dar lugar al establecimiento de un régimen de relaciones personales con la expareja del progenitor tras la ruptura de la relación o incluso a la atribución de la guarda del menor si las circunstancias lo aconsejan. Habrá que estar a cada caso concreto y a la voluntad y la opinión del menor que merecen ser especialmente atendidas en esta cuestión.

3.3. Obligación de alimentos respecto el hijo o hija del cónyuge o conviviente tras la ruptura de la familia reconstituida

Como se ha visto, durante la convivencia los gastos relacionados con los menores que conviven en las familias reconstituidas, aun siendo hijos no comunes, son considerados — al menos en parte — expresamente por la mayoría de ordenamientos civiles de España como gastos familiares, que deben ser afrontados por ambos cónyuges o convivientes con la contribución del propio menor, en el caso de que tenga posibilidades económicas. Sin embargo, tras la ruptura de la relación entre el progenitor y la nueva pareja, los gastos derivados de los alimentos en sentido amplio vuelven a corresponder exclusivamente a sus progenitores, pues ninguna norma los atribuye de otra manera. Hasta el momento parece existir unanimidad entre la doctrina y la jurisprudencia entorno a la inexistencia de una obligación de alimentos del cónyuge o conviviente del progenitor con el hijo o hija no común tras el cese de la convivencia ¹².

¹² En el sentido de que no procede otorgar de pensión de alimentos: SAP Lérida 374/2016, de 19 de julio; SAP Melilla 71/2016, de 29 de diciembre.

La justificación de esta negativa se halla en que faltan los elementos que podrían generar la obligación de alimentos. Así, de un parte, falta la relación de parentesco entre alimentante y alimentado requisito de la obligación de alimentos entre parientes (arts. 143 CC y 237.2 CCCat); y de otra, tampoco existen alimentos institucionales porque dicha obligación no deriva de la patria potestad, pues la pareja del progenitor no es titular de la misma.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia 6/2006, de 23 de febrero, dispone que no se deben alimentos tras la ruptura matrimonial por falta de vínculo parental ente uno de los cónyuges y los hijos del otro que los justifique.

Con todo, no se puede descartar que la existencia de hijos de uno solo de los cónyuges pueda influir en el montante de la pensión compensatoria que, en su caso, deba satisfacerle el otro tras el cese de la convivencia. En este punto hay que recordar que la pensión compensatoria viene a resolver los desequilibrios económicos que puedan generarse entre los cónyuges y trata de evitar en la medida de lo posible que la separación o el divorcio comporte un empeoramiento respecto de la situación anterior. Y, desde luego, los alimentos de los hijos que corresponden afrontar al progenitor influyen en su situación económica. Además, entre los datos que la autoridad judicial debe considerar para fijar su importe se encuentran las necesidades de los cónyuges y cualquier otra circunstancia relevante, por lo que la existencia de hijos a cargo no es un dato neutro en orden a la pensión compensatoria.

3.4. Atribución del uso de la vivienda familiar. Especial consideración del supuesto de existencia de hermanos de vínculo sencillo

Las reglas sobre atribución o distribución del uso de la vivienda familiar se basan en el dato de la existencia o no de hijos comunes y desatienden la posibilidad de que convivan con la familia hijos no comunes.

Así, el art. 96.1 CC establece que “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden” y el art. 233-20 CCCat dispone que “A falta

de acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dura ésta.”

Ello obliga a los tribunales a efectuar interpretaciones forzadas de la norma en búsqueda de la justicia material de caso concreto y el interés superior de los menores.

En este sentido, existen dos pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo sobre esta cuestión que merecen ser comentados. Son dos sentencias que ponen de manifiesto la necesidad de adaptar la normativa relativa a los efectos de las crisis matrimoniales que están pensadas para las crisis de las “primeras” familias, pero no de las familias reconstituidas o recompuestas:

La STS 563/2017, de 17 de octubre. En el caso de autos, Doña Raimunda formuló demanda de adopción de medidas definitivas en las que, entre otras, solicitó se le atribuyera el uso de la vivienda familiar, como progenitora custodia de su hija menor Zaira, nacida en 2008, debiendo abandonarla el padre, Don Justiniano. La oposición a esta medida por parte el demandado se justifica por el perjuicio que la misma produciría a su otra hija menor, Victoria, nacida en el 2000, fruto de una relación anterior y que había convivido con ellos y durante los ocho años que había durado la relación, por ser el de esta hija el interés más necesitado de protección, y porque la vivienda es propiedad de sus padres, disponiendo doña Raimunda de otra vivienda adecuada a sus necesidades, también de propiedad familiar.

El TS afirma reconoce que “El artículo 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que se adapte a estas nuevas realidades.”

Y dispone el TS que “La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96, es correcta porque: 1. solo en caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido una convivencia estable. 2. Es cierto que el padre de Victoria no tiene atribuida la custodia de esta hija,

hermana de vínculo sencillo de Zaira, que no es parte en este litigio. Es, sin embargo, hecho probado de la sentencia que la vivienda litigiosa ha constituido la residencia familiar estable de ambas niñas, su lugar de encuentro, durante periodos amplios, pese a no ser propiedad de ninguno de los progenitores, lo que ha permitido no solo una efectiva comunicación entre las hermanas de vínculo sencillo, sino cumplimentar una de las indicaciones en las que el Código Civil objetiva el interés del menor: procurar «no separar a los hermanos» (artículo 92.5). Que las hijas sean de progenitoras distintas no debe dar lugar a que esta unión entre ambas quede desfavorecida mediante la atribución del uso a la parte recurrente a través del párrafo 1.º del artículo 96 del Código Civil, por ser la progenitora en cuya compañía queda la hija. No haciéndolo, se consigue mantener el encuentro entre Victoria y Zaira en la vivienda que fue de las dos puesto que si el uso se atribuye a Zaira y su madre, bajo cuya custodia queda, se vería desplazada la otra hija menor del padre y «desfavorecidas ambas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común», lo que no es conforme con el interés familiar preferente y necesitado de mayor protección al entorpecer «el desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ellas» en los periodos de convivencia con el padre. ...Existe en este caso otra vivienda en la misma zona, que constituyó el domicilio de la recurrente antes de iniciarse la convivencia con el demandado, propiedad familiar, y de la que no niega que pueda utilizarla, ni opone razones para considerarla inadecuada... La sentencia 695/2011, de 10 de octubre (RJ2011,6839) estableció la doctrina siguiente: «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». Pues bien, la vivienda que fue familiar de esta segunda relación es propiedad de los padres del demandado, por lo que atribuir su uso a la hija y a la madre que ostenta la guarda y custodia, «corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario...Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la

vivienda» (sentencias 695/2011, de 10 de octubre; 596/2015, de 30 de octubre, 279/2016, de 28 de abril).

La STS 79/2018, de 14 de febrero, se remite a la doctrina sentada en la STS 563/2017. La cuestión que se plantea en este caso es también la de a quién debe atribuirse el uso y disfrute del domicilio familiar cuando hay hijos menores de diferentes relaciones. La recurrente, que tiene la guarda exclusiva de su hijo menor común de dos años de edad, solicita el uso de la vivienda familiar por aplicación del art. 96 CC. Dicho uso había sido atribuido al padre, que a su vez tenía atribuida en exclusiva la guarda y custodia de las hijas nacidas de una relación anterior y que es el titular de la vivienda.

El TS reitera que no cabe una aplicación automática del art. 96 CC. Destaca que la vivienda es privativa del demandado y se encuentra gravada con una hipoteca cuya cuota de amortización asciende a 550 euros mensuales y que, siendo los ingresos mensuales del demandado de unos 1500 euros mensuales, el uso de la vivienda le es imprescindible para garantizar la convivencia, el cuidado y la manutención de otras dos hijas menores a su cargo habidas de una relación anterior.

Lo anterior pone en evidencia, tal y como se viene repitiendo, la necesidad de tomar en consideración los distintos modelos familiares existentes al regular las crisis matrimoniales o de pareja. Hay que atender, especialmente, la posibilidad de que existan hijos no comunes en las familias recompuestas.

4. LOS EFECTOS QUE LA CONSTITUCIÓN DE UNA NUEVA FAMILIA PRODUCE SOBRE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA DE ORIGEN

La formación de una nueva familia por parte de uno o de los dos cónyuges o convivientes de la familia originaria no es neutra para el resto de miembros de aquella. Supone una nueva circunstancia que puede hacer variar las medidas definitivas adoptadas en el procedimiento de separación, divorcio o ruptura de la pareja anterior, tanto las de alcance económico como las de alcance personal y afectar directamente — en general en sentido negativo — al excónyuge y a los hijos de la relación anterior. Consideración especial merece la afectación

que provoca sobre el derecho al uso del domicilio familiar que se hubiere otorgado a quien forma la familia reconstituida.

De un lado, los hijos habidos en la familia recompuesta son considerados una nueva circunstancia o circunstancia sobrevenida que puede suponer un cambio sustancial y comportar una disminución de las posibilidades económicas del acreedor con la correspondiente rebaja o extinción de una pensión compensatoria al excónyuge o de la pensión de alimentos a los hijos habidos de una relación anterior ¹³.

De otro lado, la formación de una nueva familia por parte de uno de los progenitores también puede tener efectos en la atribución de la guarda de los menores habidos en la anterior relación. Es de señalar que los tribunales tienen en cuenta a estos efectos el dato de la relación personal entre el cónyuge o conviviente del progenitor en las familias reconstituidas. En este sentido, Joan CERDÀ ¹⁴ ha puesto de manifiesto cómo dicha relación personal incide en la casuística judicial en la solución de la solicitud o revisión de la custodia de los menores, especialmente cuando se solicita la custodia compartida en un procedimiento de modificación de medidas de una ruptura de

¹³ Vid por todas la STS 250/2013 de 30 abril que afirma que: “Sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura, determina una redistribución económica de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero si es la misma la obligación que se impone en beneficio de todos ellos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante. Es decir, el nacimiento de un nuevo hijo si que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores...”

¹⁴ CERDÀ SUBIRACHS, Joan, La modificación de medidas en la sociedad líquida, Tesis doctoral dirigida por Judith Solé Resina, UAB 2019. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/665795/jcs1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

pareja anterior. En ocasiones, la solicitud de la custodia compartida se apoya en la buena relación del menor con la una nueva pareja del progenitor que asume un rol destacado y los hermanos de vínculo sencillo, y la buena integración del menor en una nueva unidad familiar (familia reconstituida).

En esta línea, la SAP Barcelona 28/2019, de 17 de enero, resuelve un procedimiento de modificación de medidas en el que el padre solicita pasar de un régimen de custodia de la madre a uno de custodia compartida, y expresamente reconoce que “...en el presente caso hay diversas variaciones importantes respecto de las contempladas por ambas partes al tiempo de convenir su divorcio...uno de ellos es que el padre ha reconstituido familia en domicilio propio de alquiler, que está a la misma distancia del centro escolar que lo está el domicilio materno; que los niños tienen un nuevo hermano por parte de padre y que éste tiene un nuevo trabajo como cocinero con horario más estable, sin cambios de turno y con cierta flexibilidad de entrada y salida que le debe permitir organizarse sus deberes de cuidado y atención a los hijos ya sea directamente o a través de terceras personas de confianza...”

Y la formación de una familia recompuesta produce efectos, asimismo, con relación a la extinción del uso de la vivienda familiar atribuido tras la ruptura de la primera familia. Así, aunque el Código Civil no cuenta con ninguna disposición expresa en este sentido, la doctrina del TS sostiene que la convivencia del cónyuge beneficiario con otra persona extingue el uso. En esta línea, la STS de 20 de noviembre de 2018 resuelve un caso en el que el uso de la vivienda familiar — copropiedad de los cónyuges — se otorgó a la esposa, quien había obtenido la guarda de dos hijos menores de 5 y 8 años. La mujer comenzó a convivir con una nueva pareja y el exesposo interpuso una demanda de modificación de medidas en la que solicitaba la extinción del derecho del uso y alternativamente la reducción del importe de la pensión de alimentos de los hijos.

El Alto tribunal argumenta en la citada resolución que la entrada de una tercera persona determina la pérdida de la condición de “vivienda familiar” dejando de servir a los fines propios del matrimonio y que los hijos menores pueden satisfacer su derecho de habitación mediante otros medios. Sin embargo, la vivienda que en verdad había

dejado de servir a los fines del matrimonio cuando se produjo su ruptura, seguía sirviendo a la familia — ahora a la familia reconstituida — y al interés superior de los menores, por cuanto en su momento la atribución del uso se entendió la respuesta más adecuada a los problemas económicos que resultaban del divorcio.

Algunos derechos civiles autonómicos contienen reglas expresas sobre esta cuestión. Así, los arts. 233-24 CCCat y art. 12.11 Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, prevén expresamente que el matrimonio o la convivencia matrimonial del cónyuge beneficiario con otra persona extinguen el derecho el derecho de uso, aunque con una diferencia significativa: La Ley del País Vasco establece esta causa de extinción del uso como norma general, salvo pacto en contrario. En cambio, la ley catalana prevé la extinción del uso por causa de matrimonio o convivencia marital con otra persona solamente en el caso en que el derecho de uso se atribuyera con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge (art. 233-24.2 b) CCCat). Siendo así, no será de aplicación cuando la el uso de atribuyó por razón de la guarda de los hijos, supuesto en el que la extinción se producirá solamente por llegar al fin de la guarda (art. 233-24.1 CCCat).

La solución catalana parece la más respetuosa con los hijos y protege en mayor medida sus intereses, porque no vincula a la constitución de la familia recompuesta el efecto automático de la extinción del uso de la vivienda familiar y atiende en mayor medida al principio general del interés superior del menor. Lo anterior sin perjuicio de que dicha constitución pueda mejorar la situación económica del progenitor beneficiado con el uso y justificar una modificación de medidas.

Sin embargo, hay que destacar que el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia en sentido contrario al considerar que en el momento en el que en la vivienda familiar entra una tercera persona — la pareja del que tiene atribuido el uso —, el carácter de vivienda familiar desaparece, y con ello se extingue el derecho al uso atribuido. Sostiene el alto tribunal que “ La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las

necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores. El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda”. (STS n.º 641/2018 de 20 de noviembre, STS n.º 568/2019, STS de 29 de octubre y STS n.º 488/2020, de 23 de septiembre, entre otras).

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY ARGUIBIDE, Izaskun, “Derecho del menor a relacionarse con la mujer ex pareja de su madre”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011.
- BAUMAN ZYGMUNT, *La sociedad individualizada*, Madrid, 2001.
- BERNALTE BENAZET, *Juan, Las nuevas figuras parentales en la realidad familiar actual*, *Revista de Derecho de Familia* num. 63/2014
- BONILLA MORENO, Isabel, “El uso y abuso de la vivienda familiar”, *El futur del dret de família, Homenatge a Francesc Vega Sala, Societat Catalana d’Advocats de Família*, 2016, p. 115-130.
- BOSCH, A., “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa, Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010, consultado en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm> el 26/07/2020.
- CARRILLO LERMA, Celia, “Las familias reconstituidas: las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común”, Tesis Doctoral Universidad de Murcia, 2020 (inédita).
- CARTIÉ JULIÀ, M. y GIMENO GARROTE L., *Famílies reconstituïdes: un nou model de parentalitat. Una perspectiva des del SATAF*. Barcelona, noviembre, 2011.
- CERDA SUBIRACHS, Joan, *La modificación de medidas en la sociedad líquida*, Tesis doctoral dirigida por Judith Solé Resina, UAB 2019 <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/665795/jcs1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

- CORRAL GARCÍA, E., “La familia monoparental y el interés del menor”, *Actualidad civil*, n.º 22, 2008.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “Comentario a la Sentencia de 12 de mayo de 2011”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 88/2012.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Begoña, “La paternidad de hecho”, en Silvia Tamayo Haya, “La maternidad y la paternidad en el siglo XXI”, Comares, Granada, 2016, p. 181-198.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, “Derecho de relación con el menor y derecho de visitas”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011.
- FERRER RIBA, Josep, Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 108/2018.
- IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa, “El derecho de estancia y comunicación de los menores en las crisis matrimoniales. Especial referencia en las situaciones de custodia compartida.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 7/2018
- MARTÍN CASALS, Miquel, “Els Pares i mares socials al Codi Civil de Catalunya”, *El futur del dret de família, Homenaje a Francesc Vega Sala, Societat catalana d’Advocats de Família*, 2016, p. 115-130.
- NAVAS NAVARRO, Susana, “Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 326-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia, en Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero, Sergio Nasarre Aznar (Coords), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 617-686.
- NEIRINK, Claire, *La famille que je veux, quand je veux?. Evolution de droit de famille*, érès ed., 2003.
- PANIZA FULLANA, Antonia, Doble maternidad de hecho y su problemática. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 7/2011.
- ROCA TRIAS, Encarnación. “La regulación de las familias recompostes o reconstituïdes”, *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, p. 213-238.
- RUBIO TORRANO, E., “Patria potestad y ejercicio de la guarda por un no progenitor: superior interés del menor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 11, 2018, pp. 167-170.
- TAMAYO HAYA, Silvia, *El estatuto jurídico de los padrastros: nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, Ed. Reus, 2009.
- THÉRY, Irène (2002). *Le tems des recompositions*, en J.F. Dortier, *Families. Permanences et métamorphoses*. Auxerre Cedex: Éditions Sciences Humaines, 2002, págs. 55-62.
- THÉRY, Irène y LEROYER, Anne-Marie. *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé*, Paros: Odile Jacob, 2014.
- VAQUER ALOY, A., IBARZ LÓPEZ, N., “Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, n.º 4, 2017, pp. 211-235.

COMUNICABILIDADE DA DÍVIDA DOS CÔNJUGES EM SEDE EXECUTIVA

ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Lurdes Varregoso Mesquita *

Sumário: 1. Considerações introdutórias e enunciado da questão. 2. Comunicabilidade da dívida dos cônjuges em sede de ação executiva; 2.1. Regime vigente antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2013; 2.2. Regime vigente à luz do Código de Processo Civil de 2013 — Incidente de comunicabilidade da dívida. 3. Algumas questões processuais relacionadas com a comunicabilidade da dívida em sede executiva à luz da jurisprudência recente; 3.1. Oportunidade e tempestividade do incidente, quando deduzido pelo exequente em execução inicialmente instaurada contra os dois cônjuges e após ter sido afirmada a ilegitimidade de um deles; 3.2. Natureza do título executivo em que se baseia a execução, relacionada com o alcance da exclusão do título judicial; 3.3. Estatuto do cônjuge do executado originário quando a dívida venha a ser julgada comum. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia.

Resumo: O Código de Processo Civil de 2013 criou o incidente de comunicabilidade da dívida, previsto nos arts. 741.º e 742.º, conseguindo assim ultrapassar um sistema inócuo e ineficaz na satisfação dos interesses do credor. Construiu um mecanismo processual que melhor salvaguarda a compatibilidade entre o regime substantivo e o regime processual, no que concerne à responsabilidade patrimonial das dívidas contraídas por um dos cônjuges mas consideradas da responsabilidade de ambos. Passou a ser possível, em execução movida apenas contra um dos cônjuges, baseada em título diverso de sentença, o exequente ou o próprio executado alegarem, fundamentadamente, que a dívida é comum. A discussão e prova desses factos é feita em sede de incidente de

* Professora Auxiliar da Universidade Portucalense; Professora Adjunta da ESTG do Instituto Politécnico do Porto; Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense-IJP.

comunicabilidade da dívida, onde será efetivamente julgada essa questão, com as inerentes consequências, designadamente de extensão subjetiva do título executivo, no que se refere à legitimidade passiva, e reorganização ou reajustamento da imputação patrimonial da responsabilidade da dívida. Apesar da indiscutível evolução nesta matéria, há algumas questões processuais que a jurisprudência tem discutido, como seja, por exemplo: a da oportunidade e tempestividade do incidente, quando deduzido pelo exequente em execução inicialmente instaurada contra os dois cônjuges e após ter sido afirmada a ilegitimidade de um deles; a da natureza do título executivo em que se baseia a execução, relacionada com o alcance da exclusão do título judicial; a do estatuto do cônjuge do executado originário quando a dívida venha a ser julgada comum. O objetivo do presente texto é apresentar e analisar, criticamente, decisões dos tribunais superiores proferidas sobre as enunciadas questões, como contributo para a melhor compreensão e aplicação prática do incidente de comunicabilidade no ordenamento português.

Abstract: The 2013 Code of Civil Procedure created the communicability of debt procedure incident, provided for in arts. 741 and 742, and has overcome an innocuous and ineffective system for satisfying the creditor's interests. It established a procedural mechanism which more effectively safeguards the compatibility between the substantive and procedural regimes, concerning the patrimonial responsibility of debts contracted by one of the spouses but considered to be the responsibility of both. It became possible, when an enforcement action is filed against only one of the spouses which is based on an extrajudicial enforcement in which only that spouse is listed as debtor, for the creditor or the enforcement party itself to allege, with good cause, that the debt is a joint debt. The discussion and proof of these facts is carried out during the incident of communicability of the debt, where this issue will be effectively judged, with the inherent consequences, namely the subjective extension of the enforceable title with regards to the passive legitimacy and the reorganisation or readjustment of the patrimonial imputation of the debt responsibility. Despite the unquestionable progress made in this field, case-law has discussed some procedural issues, such as, for example: opportunity and deadline for the incident, when claimed by the creditor in an enforcement procedure first filed against both spouses and after the illegitimacy of one of them has been confirmed; the nature of the enforcement instrument on which the enforcement procedure is based, related to the extent of the exclusion of the judicial title; the status of the spouse of the original debtor when the debt is considered as joint. This paper aims to present and critically analyse some high court decisions on these issues as a contribution for a better understanding and practical application of the communicability incident in the portuguese legal system.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E ENUNCIADO DA QUESTÃO

O tema da comunicabilidade da dívida dos cônjuges em sede executiva é um tema inserido numa questão clássica: por um lado, a de

saber até que ponto e dentro de que limites podem as ações executivas movidas contra um dos cônjuges afetar o patrimônio familiar; por outro, a de encontrar mecanismos que permitam ultrapassar a falta de compatibilidade entre o critério de legitimidade formal na ação executiva e o regime substantivo relativo à responsabilidade por dívidas dos cônjuges que possam considerar-se comunicáveis.

O problema coloca-se porque na ação executiva apenas é considerada parte legítima quem constar do título executivo como credor e como devedor (art. 53.º do Código de Processo Civil ¹) e, além disso, só é possível penhorar bens de quem seja executado, ou seja, de quem é parte no processo (art. 735.º, n.º 1 e 2). Isso determina, na prática, que numa execução proposta apenas contra um dos cônjuges — por ser ele que consta do título como devedor — os bens que podem ser objeto de penhora são, em primeiro lugar, os bens próprios do executado e, subsidiariamente, os bens comuns, com vista a atingir a meação do cônjuge executado. Neste caso e para esse efeito, uma vez penhorados os bens comuns, o que só acontece na falta ou insuficiência de bens próprios do executado, é citado o cônjuge do executado, para requerer a separação de bens, sob pena de a ação prosseguir sobre esses bens comuns ².

¹ Abreviadamente designado CPC, correspondendo à Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, que aprovou o Código de Processo Civil, na sua versão mais atualizada. De ora em diante, as normas legais referidas no texto sem indicação expressa do diploma legal a que pertencem, correspondem a normas do CPC.

² Conforme dispõe o art. 740.º, sobre a penhora de bens comuns em execução movida contra um dos cônjuges: 1. *Quando, em execução movida contra um só dos cônjuges, forem penhorados bens comuns do casal, por não se conhecerem bens suficientes próprios do executado, é o cônjuge do executado citado para, no prazo de 20 dias, requerer a separação de bens ou juntar certidão comprovativa da pendência de ação em que a separação já tenha sido requerida, sob pena de a execução prosseguir sobre os bens comuns.* 2. *Apensado o requerimento de separação ou junta a certidão, a execução fica suspensa até à partilha; se, por esta, os bens penhorados não couberem ao executado, podem ser penhorados outros que lhe tenham cabido, permanecendo a anterior penhora até à nova apreensão.* Esta disposição conjuga-se, ainda, com a parte final do art. 786.º, n.º 1, al. a) e com o art. 787.º, n.º 2. Resulta daqui que o cônjuge do executado apenas usa das faculdades ali previstas, não assumindo o estatuto de executado.

Ora, estas regras processuais não geram nenhum problema de compatibilidade com o regime substantivo se estivermos na presença de uma dívida própria³. Porém, se a dívida for comunicável, isto é, se puder ser considerada da responsabilidade de ambos os cônjuges apesar de o facto que lhe deu origem ter sido praticado apenas por um deles, a desconformidade já se verifica⁴.

Em face disso, ou se obrigava o credor a propor uma ação declarativa, com vista a obter sentença que condenasse ambos os cônjuges

³ Cumpre-se, nesse caso, o previsto no art. 1696.º do Código Civil, onde sob a epígrafe “Bens que respondem pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges” se dispõe que: 1. *Pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns.* 2. *Respondem, todavia, ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor: a) Os bens por ele levados para o casal ou posteriormente adquiridos a título gratuito, bem como os respectivos rendimentos; b) O produto do trabalho e os direitos de autor do cônjuge devedor; c) Os bens sub-rogados no lugar dos referidos na alínea a).* Sobre as dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, ver DIAS, Cristina Araújo, *Responsabilidade por Dívidas do Casal — Evolução Legislativa e Doutrinal e Análise Crítica do Regime Atual*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 137-141.

⁴ Porquanto, de acordo com o regime substantivo das dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges (arts. 1691.º, 1692.º, al. *b*), segunda parte, 1693.º, n.º 2, 1694.º, n.º 1 do Código Civil) há dívidas que são consideradas da responsabilidade de ambos os cônjuges porque resultam de facto praticado por ambos os cônjuges, mas há outras que igualmente vinculam ambos os cônjuges apesar de terem sido contraídas apenas por um deles. As primeiras são designadas dívidas comuns e as segundas são as ditas dívidas comunicáveis. Sucede, por exemplo, no caso das dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, por um dos cônjuges com o consentimento do outro; das dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar; das dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador, em proveito comum do casal e nos limites dos seus poderes de administração; das dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum do casal ou se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens; das dívidas consideradas comunicáveis nos termos do n.º 2 do artigo 1693.º do Código Civil; e, ainda, no regime da comunhão geral de bens, das dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal. Sobre o regime das dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges, ver DIAS, Cristina Araújo, *Responsabilidade por Dívidas do Casal — Evolução Legislativa e Doutrinal e Análise Crítica do Regime Atual*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 240-259.

e, conseqüentemente, alargar a garantia patrimonial do credor, através do chamado litisconsórcio conveniente (cfr. art. 34.º, n.º 3, 2.ª parte); ou se encontrava um mecanismo mais ágil, através do qual se conseguisse a ampliação subjetiva do título executivo e, em coerência com isso, se tornasse mais abrangente o âmbito do objeto da penhora. Tudo isto, naturalmente, quando o título executivo não fosse sentença. Pois, neste caso, o autor tem o ónus de propor a ação declarativa contra ambos os cônjuges, provando a comunicabilidade em sede declarativa; assim como o cônjuge réu terá o ónus de provocar a intervenção do cônjuge não demandado se o quiser responsabilizar pela dívida. Num caso ou noutro, se a questão não for levada ao processo declarativo, preclui o direito de invocar a comunicabilidade da dívida em sede executiva. Por isso, está vedado o incidente de comunicabilidade da dívida quando a execução é fundada em sentença.

Neste contexto, esta matéria foi evoluindo, ao longo dos tempos, e sofreu alterações no sentido de se conseguir que na ação executiva os bens suscetíveis de penhora fossem os que correspondessem ao regime substantivo das dívidas dos cônjuges⁵. Evitando, conseqüentemente, que o credor — já munido de um título executivo — se visse na contingência de propor uma ação declarativa para obter sentença condenatória contra o cônjuge não interveniente na relação jurídica que deu origem à dívida comunicável (usando o já referido litisconsórcio conveniente).

Nesse sentido, era necessário permitir ao credor obter um título executivo contra o cônjuge não executado, alargando o âmbito subjetivo do título executivo que inicialmente se formara com a intervenção de apenas um dos cônjuges — o executado originário. Ora, foi isso que o CPC de 2013 permitiu, através do incidente de comunicabilidade da dívida, consagrado nos arts. 741.º e 742.º, que está ao alcance do exequente e do executado. A partir daí, passou a haver a possibilidade de, em apenso declarativo à própria ação executiva, ser suscitada a questão da comunicabilidade da dívida, onde se discute e obtém decisão que reconhece (ou não) que a dívida é comunicável.

⁵ Sendo a dívida comunicável, o regime de direito substantivo prevê que em primeiro lugar respondem os bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges (art. 1695.º do Código Civil).

Chegados ao regime processual atual, foi atingido um patamar já muito razoável para resolução das questões acima enunciadas. Em 2013, ao ser revogado um sistema inócuo e ineficaz na satisfação dos interesses do credor, passou a existir um mecanismo processual que melhor salvaguarda a compatibilidade entre o regime substantivo e o regime processual, no que concerne à responsabilidade patrimonial, pela via coerciva, das dívidas contraídas por um dos cônjuges, mas suscetíveis de serem consideradas da responsabilidade de ambos. Como já se disse, é possível, em execução movida apenas contra um dos cônjuges, que tenha por base um título diverso de sentença, no qual apenas esse cônjuge conste como devedor, o exequente ou o próprio executado alegarem, fundamentadamente, que a dívida é comum. A discussão e prova desses factos é feita em sede de incidente de comunicabilidade da dívida, onde será efetivamente julgada a questão, com as inerentes consequências, se procedente, designadamente: extensão subjetiva do título executivo no que se refere à legitimidade passiva; e, reorganização ou reajustamento da imputação patrimonial da responsabilidade da dívida.

Apesar da indiscutível evolução nesta matéria, há algumas questões processuais que têm sido suscitadas e que foram objeto de jurisprudência recente, que aqui propomos expor e analisar: a oportunidade e tempestividade do incidente, quando deduzido pelo exequente em execução inicialmente instaurada contra os dois cônjuges e após ter sido afirmada a ilegitimidade de um deles; a natureza do título executivo em que se baseia a execução, relacionada com o alcance da exclusão do título judicial; o estatuto do cônjuge do executado originário quando a dívida venha a ser julgada comum.

Antes disso, são feitas algumas considerações introdutórias e de enquadramento ao regime e à evolução legislativa nesta matéria.

2. COMUNICABILIDADE DA DÍVIDA DOS CÔNJUGES EM SEDE DE AÇÃO EXECUTIVA

2.1. Regime vigente antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2013

O regime processual civil executivo, em especial o regime da legitimidade processual formal na ação executiva, sempre se mostrou de

difícil articulação com o regime substantivo relativo à responsabilidade patrimonial pelas dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges. Sendo que, até à entrada em vigor do CPC de 2013, o processo executivo vigente não dava cabal resposta ao problema. Aliás, rigorosamente, não se pode falar em comunicabilidade da dívida nessa fase, porquanto era ainda inexistente essa possibilidade.

Se retrocedermos ao Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1961, em ambos vigorava o chamado regime da moratória, posteriormente suprimido na reforma de 95/96 ⁶. Quando a execução apenas pudesse ser movida contra um dos cônjuges, por ser só um deles a figurar no título executivo como devedor, por regra, salvo algumas exceções, eram penhoráveis apenas os bens próprios e o direito à meação do cônjuge executado, independentemente de a dívida ser ou não comunicável ⁷ (cfr. art. 825.º do CPC de 1961, sob a epígrafe “Bens a penhorar na execução contra um dos cônjuges). Ou seja, regra geral não eram penhoráveis os bens comuns — com o sentido de preservar os bens da família na constância do casamento — e, uma vez penhorada a meação indivisa, a execução ficava suspensa até que se dissolvesse o casamento, fosse declarado nulo ou anulado o casamento, ou fosse decretada a separação de bens judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens ⁸. Como afirmou Lebre de Freitas, tratava-se de um “anacrónico resíduo dum inconcebível locupletamento familiar à custa alheia” ⁹.

⁶ Introduzida pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de setembro.

⁷ Cfr. art. 825.º do CPC de 1961 na redação originária e, depois, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 47.690, de 11 de maio de 1967, tendo ambas o mesmo sentido, apesar de algumas divergências na redação. Cfr., sobre a evolução e interpretação desta disposição, LOPES-CARDOSO, Eurico, *Manual da Acção Executiva*. 3.ª Ed. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 315-329.

⁸ Em casos excepcionais, não era aplicável a moratória e podiam ser imediatamente penhorados bens comuns do casal, contanto que o exequente, ao nomeá-los à penhora, pedisse a citação do cônjuge do executado, para requerer a separação de bens, sob pena de a execução prosseguir nos bens penhorados. Sucedia, a título de exemplo, no caso de dívidas provenientes de crimes e indemnizações, restituições, custas judiciais ou multas imputáveis a cada um dos cônjuges.

⁹ Cfr. FREITAS, José Lebre de, “A Revisão do Código de Processo Civil e o Processo Executivo”, *O Direito*, Ano 131.º, I-II, 1999, p. 25.

A partir de 1997, com a entrada em vigor da reforma de 95/96, o referido art. 825.º passa a ter a epígrafe “Penhora de bens comuns do casal” e prevê que em “execução movida contra um só dos cônjuges, podem ser penhorados bens comuns do casal, contanto que o exequente, ao nomeá-los à penhora, peça a citação do cônjuge do executado, para requerer a separação de bens”¹⁰. Feita a citação, qualquer dos cônjuges podia requerer dentro de 15 dias, a separação de bens, ou juntar certidão comprovativa da pendência de ação em que a separação já tivesse sido requerida, sob pena de a execução prosseguir nos bens penhorados. Se fosse requerida a separação ou junta a certidão, a execução ficava suspensa até à partilha. Feita a partilha, se os bens penhorados não coubessem ao executado, podiam ser nomeados outros que lhe tivessem cabido, contando-se o prazo para a nova nomeação a partir do trânsito da sentença homologatória.

Como se percebe, termina o regime da moratória mas a questão da comunicabilidade da dívida (e a sua discussão) não é ainda chamada para a ação executiva¹¹. O credor de uma dívida comunicável que pretenda assegurar a garantia patrimonial através dos bens comuns e de bens próprios de cada um dos cônjuges, continua a ter de propor uma ação declarativa contra ambos os cônjuges, justificando a legitimidade do cônjuge não interveniente da relação jurídica substantiva com o litisconsórcio conveniente.

Finalmente, com a reforma da ação executiva de 2003, através do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 08 de março, o legislador enxerta a questão da comunicabilidade na ação executiva, alterando a redação do já citado art. 825.º. Esta disposição mantém o mesmo regime para a penhora de bens comuns do casal mas permite que o exequente, e também o executado, aleguem fundamentadamente que a dívida, constante de título diverso de sentença, é comum. Nesse caso, o

¹⁰ Na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de setembro.

¹¹ Mais tarde, a doutrina, em especial Maria José Capelo, durante o processo de discussão da reforma da ação executiva, já reclama que se enxerte na ação executiva a «discussão» sobre a comunicabilidade da dívida. Cfr. CAPELO, Maria José, “Pressupostos processuais gerais na ação executiva: a legitimidade e as regras de penhorabilidade”, *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano IV, n.º 7, 2003, pp. 79-88.

cônjuge do executado era citado para declarar se aceitava a comunicabilidade da dívida, baseada no fundamento alegado, com a cominação de que, nada dizendo, a dívida se considerava comum, para os efeitos da execução. Caso a dívida fosse considerada comum, a execução prosseguia também contra o cônjuge não executado, cujos bens próprios podiam nela ser subsidiariamente penhorados.

Porém, apesar deste avanço, na prática a dívida só era considerada comunicável se o cônjuge do executado viesse expressamente assumir isso ou se nada viesse dizer (aceitação tácita). Pois, bastava a mera recusa da comunicabilidade, que nem sequer tinha de ser motivada, para afastar a questão. Os factos alegados pelo exequente (ou pelo executado) que fundamentavam a pretensão, não chegavam a ser conhecidos pelo juiz, nem este proferia decisão material sobre essa alegada comunicabilidade. O mais que podia acontecer era a execução prosseguir sobre os bens comuns, no caso de o cônjuge recusar a comunicabilidade mas não requerer a separação de bens, nem apresentar certidão de ação pendente. Como dizia Maria José Capelo de Sousa, “[o] novo expediente, que permite a alegação da natureza comum da dívida quando o título executivo extrajudicial está assinado por um só dos cônjuges, caracteriza-se por uma estrutura muito simplificada onde impera a ausência de contraditoriedade e de produção de prova”¹².

Chegados a este ponto, considerado insatisfatório, não houve dúvidas sobre a necessidade de repensar a solução, tarefa que a comissão de revisão do Código de Processo Civil levou a cabo e concretizou no Código de Processo Civil de 2013¹³.

2.2. Regime vigente à luz do Código de Processo Civil de 2013 — Incidente de comunicabilidade da dívida

No Código de Processo Civil de 2013, a matéria que se encontrava

¹² Cfr. CAPELO, Maria José, “Ainda o artigo 825.º do Código de Processo Civil: o alcance e o valor da declaração sobre a comunicabilidade da dívida”, *Lex Familiariae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 3, n.º 5, 2006, p. 62.

¹³ Ver, ainda, sobre esta matéria na fase da discussão do projeto de reforma, JORGE, Nuno de Lemos, “A Reforma da Acção Executiva de 2012: um olhar sobre o (primeiro) projecto”, *Julgar*, n.º 17, Maio-Agosto, 2012, pp. 90-92.

tratada no art. 825.º do velho Código passar a estar consagrada em três disposições legais, os arts. 740.º, 741.º e 742.º. É autonomizado o regime da penhora de bens comuns do casal em ação movida apenas contra um dos cônjuges, previsto agora no art. 740.º mas cujo conteúdo se manteve. É criado o incidente de comunicabilidade da dívida, previsto nos arts. 741.º (para o exequente) e no art. 742.º (para o executado). A questão da comunicabilidade da dívida é agora não só suscitada como efetivamente conhecida pelo juiz de execução, no caso de ser impugnada, o qual declara a final se a dívida é ou não comunicável. Deixa de estar na mão do cônjuge do executado afastar da sede executiva, por mera recusa, a comunicabilidade da dívida. Sucintamente, vejamos os contornos essenciais deste enxerto declarativo que constitui o incidente de comunicabilidade da dívida ¹⁴.

À semelhança do que já se previa antes, o exequente que tenha instaurado uma execução apenas contra um dos cônjuges, tendo por base um título diverso de sentença, pode alegar fundamentadamente que a dívida é comum. O incidente pode ser suscitado *ab initio* ou em momento superveniente, ou seja, no próprio requerimento executivo — caso em que a execução não poderá seguir a forma de processo sumário [art. 550.º, n.º 3, al. c)] — ou em requerimento autónomo, a apresentar até ao início das diligências para venda ou adjudicação, deduzido nos termos dos artigos 293.º a 295.º, sendo o incidente autuado por apenso ¹⁵.

¹⁴ Segue-se, nesta exposição, o nosso texto, em coautoria com Francisco Costeira da Rocha, *A Ação Executiva no Novo Código de Processo Civil*, 3.ª Ed., Porto: Vida económica, 2014, pp. 53-55. Sobre o incidente de comunicabilidade da dívida à luz do novo CPC, ver: MENDES, João de Castro e SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, vol. II, Lisboa: AAFDL Editora, 2022, pp. 625-629; PINTO, Rui, *A Ação Executiva*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 500-528; FREITAS, José Lebre de, *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª Ed., Coimbra: Gestlegal, 2017, pp. 254-262; SOUSA, Miguel Teixeira de, “A Execução das Dívidas dos Cônjuges: Perspectivas de Evolução”, in *O Novo Processo Civil Contributos da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, Caderno Especial do CEJ, Caderno I (2.ª Edição), dezembro de 2013, pp. 477-492.

¹⁵ Teixeira de Sousa entende que o incidente superveniente apenas deve ser recebido se for alegada a justificação para a superveniência do pedido de comunicabilidade da dívida. Cfr. MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *idem*, p. 627.

Uma vez suscitada a comunicabilidade da dívida, o cônjuge do executado é citado para, no prazo de 20 dias, declarar se aceita a comunicabilidade, baseada no fundamento alega — do, com a cominação de que, se nada disser, a dívida ser considerada comum, sem prejuízo para a oposição que porventura entenda deduzir (art. 741.º, n.º 2).

Se o incidente tiver sido suscitado no requerimento executivo, o cônjuge do executado deverá impugnar a comunicabilidade da dívida em oposição à execução, quando a pretenda deduzir, ou em articulado próprio, quando não pretenda opor-se à execução; no primeiro caso, se o recebimento da oposição não suspender a execução, apenas podem ser penhorados bens comuns do casal, mas a sua venda aguarda a decisão a proferir sobre a questão da comunicabilidade [art. 741.º, n.º 3, al. a)]. Quando o incidente tiver sido suscitado em requerimento autónomo, a impugnação da comunicabilidade da dívida deverá ocorrer na respetiva oposição [art. 741.º, n.º 3, al. b)]. Se for requerida a separação de bens, também se entende que o cônjuge impugna a comunicabilidade da dívida.

Estabelece, por sua vez, o n.º 4 do art. 741.º, que a dedução deste incidente determina a suspensão da venda, quer dos bens próprios do cônjuge executado que já se mostrem penhorados, quer dos bens comuns do casal, a qual aguarda a decisão a proferir, mantendo-se, entretanto, a penhora já realizada.

Se for proferida decisão que considere a dívida comum, a execução prossegue também contra o cônjuge não executado, cujos bens próprios podem ser nela subsidiariamente penhorados; caso, antes da penhora dos bens comuns, tiverem sido penhorados bens próprios do executado inicial, este poderá requerer a respetiva substituição (art.741.º, n.º 5). Se a dívida não for considerada comum e já tiverem sido penhorados bens comuns do casal, o cônjuge do executado deve, no prazo de 20 dias após o trânsito em julgado da decisão, requerer a separação de bens ou juntar certidão comprovativa da pendência da ação em que a separação já tenha sido requerida, sob pena de a execução prosseguir sobre os bens comuns, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 2 do art. 740.º (art. 741.º, n.º 6).

O incidente de comunicabilidade pode, também, ser suscitado pelo próprio executado, nos termos do art. 742.º. A este propósito, diz-nos o n.º 1 do art. 742.º, se na execução instaurada apenas contra

um dos cônjuges tiverem sido penhorados bens próprios do executado, pode este, na oposição à penhora, alegar fundamentadamente que a dívida, constante de título diverso de sentença, é comum, especificando logo quais os bens comuns que podem ser penhorados. Se o cônjuge não executado (depois de citado nos termos e para os efeitos do disposto no art. 741.º, n.º 2) impugnar a comunicabilidade da dívida ou se o exequente deduzir oposição, a questão é resolvida pelo juiz no âmbito do incidente de oposição à penhora, suspendendo-se a venda dos bens próprios do executado e aplicando-se ainda o disposto nos n.ºs 5 e 6 do art. 741.º, com as necessárias adaptações.

O referido incidente de comunicabilidade da dívida é aplicável independentemente do regime de bens do casamento, na medida em que se visa fixar, se assim ficar provado, que a responsabilidade pela dívida é de ambos os cônjuges — ainda que o regime de bens seja a separação de bens — e, nessa conformidade, ajustar a responsabilidade patrimonial no processo executivo.

3. ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS RELACIONADAS COM A COMUNICABILIDADE DA DÍVIDA EM SEDE EXECUTIVA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

3.1. Oportunidade e tempestividade do incidente, quando deduzido pelo exequente em execução inicialmente instaurada contra os dois cônjuges e após ter sido afirmada a ilegitimidade de um deles

Vem esta questão a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de outubro de 2016 ¹⁶, cujo sumário é o que segue:

“I. O artigo 741.º do Código de Processo Civil tem como razão de ser a questão da comunicabilidade da dívida independentemente da legitimidade para a execução; através deste incidente de

¹⁶ Proc. 157/14.3T8LOU-C.P1, Relator Correia Pinto. Toda a jurisprudência citada encontra-se disponível em www.dgsi.pt.

comunicabilidade da dívida, passa a integrar a execução o cônjuge que não constava do título executivo como devedor, no pressuposto, obviamente, de que se verificam os pressupostos de responsabilização enunciados no artigo 1691.º do Código Civil.

II. O facto de a execução ter sido instaurada inicialmente contra os dois cônjuges e ter sido afirmada a ilegitimidade de um deles não obsta a que se suscite o incidente quando a apreciação da questão da legitimidade teve a ver com razões formais”.

Contextualizando a factualidade subjacente, tratou-se de execução proposta contra marido e mulher, fundada em cinco cheques assinados pela executada mulher, sacados sobre uma conta titulada por ambos, para “pagamento de mercadorias fornecidas pela exequente a uma empresa de que os executados são proprietários e gerida por ambos, de cuja atividade profissional, habitualmente lucrativa, retiram proveito comum, já que é da mesma que retiram todos os proveitos para acorrer às suas necessidades”¹⁷ — conforme alegado pelo exequente. Os executados deduziram embargos de executado, onde se opuseram contrariando, essencialmente, a presunção do proveito comum, o que a exequente, por sua vez, contestou, impugnado os factos alegados pelos embargantes.

Findos os articulados, o juiz proferiu despacho saneador que afirmou a ilegitimidade do executado marido, porquanto “é pelo título que se determinam as partes, a existência e o conteúdo da obrigação”¹⁸.

O facto de a acção executiva ter sido proposta contra marido e mulher — quando apenas a mulher constava do título executivo como devedora — denota uma confusão, que vem sendo habitual, embora não se justifique, entre a legitimidade dos executados e a comunicabilidade da dívida. Como bem emendou o tribunal, não é correto, à luz do critério da legitimidade formal — entre nós consagrado e imperativo — que o exequente proponha a execução contra ambos os cônjuges, a pretexto de que a dívida é comunicável, quando do título só consta como devedor um dos cônjuges. O que o exequente deve fazer

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibidem.*

é propor a execução contra o cônjuge que consta do título executivo como devedor e, simultaneamente, deduzir o incidente de comunicabilidade da dívida fazendo a alegação, no requerimento executivo, dos factos que demonstram que a dívida é da responsabilidade de ambos os cônjuges [arts. 53.º, 724.º, n.º 1, al. e), parte final, e 741.º, n.º 1].

Em face da decisão do juiz de execução, o exequente conforma-se mas vem, posteriormente, deduzir incidente de comunicabilidade da dívida, que é julgado procedente. O requerido, inconformado, interpõe recurso, sendo que um dos argumentos aduzidos é a formação de caso julgado em relação à questão da legitimidade. O recurso, por sua vez, foi improcedente. É bem. Vejamos as razões e as ilações a extrair sobre a oportunidade e tempestividade do incidente.

Sumariamente, para o que ora interessa, o referido Acórdão de 2016 fundamenta que “há que admitir o requerimento de incidente da comunicabilidade da dívida em relação a um requerido que deixou de ser executado nos autos por uma questão formal de falta de título executivo e considerando a literalidade do mesmo (...), requerimento esse que foi tempestivamente apresentado, por apenso (...). Entender de outra forma, seria coartar direitos a todo e qualquer exequente, que vendo indeferida a pretensão de demandar determinada pessoa como executado, ficaria desde logo impedido de requerer qualquer incidente de comunicabilidade da dívida entre cônjuges. É certa, pois, a legitimidade do requerente e do requerido para o incidente de comunicabilidade da dívida, além da aludida tempestividade do requerimento apresentado”.

Decide-se, a final, admitir o requerimento de incidente da comunicabilidade da dívida contra o requerido que antes foi executado mas cuja ilegitimidade foi declarada. Na verdade, uma decisão diferente iria pôr em causa o direito do exequente de requerer qualquer incidente de comunicabilidade da dívida entre cônjuges. Além de que, a decisão sobre a ilegitimidade do executado recaiu unicamente sobre a relação processual e tem força obrigatória — ou seja, forma caso julgado formal — apenas dentro do processo (art. 620.º). Assim sendo, a decisão proferida nos embargos de executado não afeta o incidente de comunicabilidade da dívida, nem impede que este tenha como requerido o «ex-executado», até porque assumem qualidades diferentes. É verdade que o incidente de comunicabilidade, se for procedente,

determinará que o requerido passe a executado, mas nesse caso sustentado na comunicabilidade da dívida e na extensão subjetiva do título executivo que — por maioria de razão — não permitiu a propositura da ação contra esse mesmo sujeito por falta de verificação do critério da legitimidade formal.

Neste mesmo sentido foi a decisão proferida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de janeiro de 2019¹⁹. Assim, “se do título executivo extrajudicial apenas figura como devedor o cônjuge marido, o exequente não pode mover a execução também contra a mulher (...). O que pode fazer é invocar a comunicabilidade da dívida no requerimento executivo, para os efeitos do art. 741.º do CPC. A invocação da comunicabilidade da dívida não pode ser feita na contestação aos embargos”²⁰. E reitera, “é certo que o exequente poderá ainda, já no decurso da execução, que passou a correr apenas contra o arrendatário, fazer um requerimento autónomo para o efeito, isto é, para originar o incidente de comunicabilidade, com posterior citação do cônjuge do executado, mas de novo, como decorre do que antecede, como cônjuge e não como executado, que não é (daí que o artigo 741/3 fale no “cônjuge não executado”)”²¹.

3.2. Natureza do título executivo em que se baseia a execução, relacionada com o alcance da exclusão do título judicial

A letra da lei é clara na exclusão do título judicial do âmbito do incidente de comunicabilidade da dívida. Em execução fundada em sentença não é admissível o incidente de comunicabilidade da dívida — o que se prevê nos arts. 741.º e 742.º. Como já se explicou, se o credor não se encontra munido de nenhum título executivo e, por isso, precisa de instaurar uma ação declarativa, é nessa altura, no momento da propositura da ação declarativa, que deve acionar o litisconsórcio conveniente previsto na segunda parte do art. 34.º, n.º 3, do CPC. Só assim consegue obter uma sentença que condene ambos os cônjuges.

¹⁹ Proc. 2807/17.OT8OER-A, Relator Pedro Martins.

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

Caso não o faça, preclui esse direito de responsabilizar judicialmente o cônjuge que não praticou o facto, mas que podia ser considerado responsável à luz do direito substantivo. Logo, só nas execuções baseadas em título extrajudicial é possível obter a extensão subjetiva do título executivo ²².

Porém, fica por esclarecer, e isso mesmo foi questionado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de maio de 2020 ²³, se em execução fundada em requerimento de injunção com fórmula executória é possível suscitar a questão da comunicabilidade da dívida. A Relação do Porto concluiu que isso não era admissível, muito embora nos pareça que a questão colocada como objeto de recurso não foi corretamente enunciada. Vejamos.

Numa execução proposta contra ambos os cônjuges, baseada em requerimento de injunção com fórmula executória aposta em procedimento de injunção que, por sua vez, foi movido apenas contra um dos cônjuges, afirma-se que o objeto do recurso é “saber se a recorrida [considerada parte ilegítima em embargos de executado] é parte ilegítima na execução, por não constar do título, ou não o é porque a exequente pode suscitar a comunicabilidade da dívida quando o título que baseia a execução é um requerimento de injunção [ao qual

²² Registe-se, no entanto, um caso particular em que foi admitido suscitar a comunicabilidade da dívida apesar de o título executivo ser uma sentença, relatado no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de dezembro de 2019 (Proc. 342/09.0TBCTB-J.C1, Relator Carlos Moreira), onde se afirmou que:

“I. Em princípio, o pedido, pelo exequente, na execução, para que seja declarada a comunicabilidade da dívida ao cônjuge executado, nos termos do art. 741.º n.º 1 do CPC, apenas pode ser admitido quando o título executivo não é sentença, pois que, se o for, tal comunicabilidade deve ser impetrada na acção declarativa onde ela é proferida.

II. Porém, se os termos do processo declarativo não permitirem ou não se compaginarem com este incidente, como sucede no inventário, a comunicabilidade pode ser admitida na execução, mesmo que o título executivo seja a sentença, neste caso a homologatória da partilha.

III. O requerente do incidente apenas tem de invocar a comunicabilidade da dívida e não já a insuficiência dos bens próprios do executado”.

²³ Proc. 1914/19.0T8LOU-A.P1, Relator José Eusébio Almeida.

foi aposta fórmula executória]”²⁴. Colocar assim a questão é, com o devido respeito, uma contradição nos próprios termos. A legitimidade em ação executiva é uma questão diferente e autónoma da possibilidade de ser suscitada a comunicabilidade da dívida. E esta possibilidade, só por si, não confere legitimidade ao «requerido». Quando a questão da comunicabilidade é levada ao processo executivo, mesmo que o seja no requerimento executivo, esse «requerido» é ainda, apenas, o cônjuge do executado. De facto, a executada, porque não havia sido requerida no procedimento de injunção, não era parte legítima. E foi isso que veio arguir em sede de embargos de executado, tendo também impugnado a comunicabilidade da dívida suscitada pelo exequente. O tribunal de primeira instância julgou os embargos procedentes, o que acaba por ser uma decisão correta, face à ilegitimidade alegada. Contudo, apesar disso, o que o tribunal avaliou foi a admissibilidade do incidente de comunicabilidade da dívida em execução baseada em requerimento de injunção com fórmula executória e foi essa a questão que subiu à segunda instância.

Desde já se adianta que o tribunal superior manteve a decisão da primeira instância e concluiu: “quando o requerente do procedimento de injunção não chama o cônjuge (tal como o único requerido, não contestando, também o não faz) e o título executivo subsequente tem um único executado, o exequente não tem o direito a, posteriormente, na execução baseada nesse título, suscitar o incidente de comunicabilidade (previsto no art. 741.º do CPC)”²⁵.

Este caso leva-nos a colocar outras questões e a diferenciar cenários, com vista a explorar o tema da natureza do título executivo que pode admitir o pedido de comunicabilidade da dívida em sede de ação executiva. Pode o credor que celebrou contrato apenas com um dos cônjuges e que apenas contra esse moveu procedimento de injunção, vir depois em ação executiva suscitar a comunicabilidade da dívida? Pode o credor que celebrou contrato com ambos os cônjuges e que usou o procedimento de injunção apenas contra um deles, vir posteriormente, em sede executiva, requerer a comunicabilidade da dívida?

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

E nestes mesmos casos, quando aplicável, pode o devedor-executado, que não se opôs ao procedimento de injunção, suscitar a comunicabilidade da dívida? ²⁶

Ora, a leitura e a interpretação a fazer para dar resposta a estas situações deve procurar o espírito subjacente ao novo regime jurídico do procedimento de injunção, em especial o que decorreu do CPC de 2013 e, ainda, da última alteração feita ao Decreto-Lei 269/98, de 1 de setembro, pela Lei 117/2019, de 13 de setembro ²⁷. Interpretação essa que é, designadamente e no que nos importa salientar, no sentido de assegurar, sempre e na medida em que isso seja necessário, a proteção do requerido (futuro executado) face à falta de intervenção do juiz antes da formação do título executivo, no procedimento de injunção ²⁸.

Na sequência das questões colocadas acima, vejam-se alguns cenários e soluções possíveis, tendo em consideração, por um lado, as dívidas comuns e, por outro, as dívidas comunicáveis:

- a) Se o contrato foi celebrado por ambos os cônjuges — logo, a dívida é comum — mas o credor usou o procedimento de injunção apenas contra um deles, pode vir, posteriormente, em sede executiva, requerer a comunicabilidade da dívida? Julga-se que neste caso essa possibilidade fica comprometida, mas por razões relacionadas com a ilegitimidade das partes. Era obrigatório o credor ter assegurado, no próprio procedimento de injunção, que ambos os cônjuges fossem requeridos e, mais tarde, executados. Se isso não aconteceu, gera-se ilegitimidade por violação de

²⁶ Sobre estas temáticas ver, com especial interesse, embora por vezes em sentido diferente das soluções que abaixo serão apresentadas: SOUSA, Miguel Teixeira de, “Injunção requerida contra um único dos cônjuges: quais as consequências na posterior execução?”, Blog do IPPC, em 07.12.2015 e 14.12.2015, <https://blogi-ppc.blogspot.com/>.

²⁷ Estas alterações foram analisadas no nosso estudo: “Algumas notas à Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro — alterações aos embargos de executado e outras conexas”, *JULGAR Online* — Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Abril 2020, pp. 1-44.

²⁸ COSTA, Salvador da, *A Injunção e as Conexas Ação e Execução*, 7.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 161.

litisconsórcio necessário, não cumprido na fase pré-executiva, o que serve de fundamento de oposição à execução, invocável pelo executado, por se tratar de exceção dilatória de conhecimento oficioso, o que consubstancia um motivo de oposição à execução que não preclui nos termos do art. 857.º, n.º 1, do CPC, conjugado com o art. 14.º-A, do Decreto-Lei 269/98, de 1 de setembro. Os embargos de executado, sendo julgados procedentes, determinariam a extinção da execução e, conseqüentemente, o credor devia promover a renovação do procedimento de injunção e aí fazer cumprir o litisconsórcio necessário (art. 832.º, n.º 5). Sem prejuízo, antes disso, o próprio agente de execução, confrontado com a situação, através dos elementos do processo ²⁹, deveria provocar a intervenção do juiz, para proferir despacho liminar, que seria de indeferimento, pelo mesmo motivo de violação de litisconsórcio necessário [arts. 550.º, n.º 2, al. b); e, 723.º, n.º 1, al. d), *ex vi* 855.º, n.º 2, al. b)]. E, em última análise, poderia sempre o juiz usar os poderes conferidos no

²⁹ Considerando o agora disposto no art. 855.º-A, sob a epígrafe «execução respeitante a obrigação emergente de contrato com cláusulas contratuais gerais», na execução que respeite a obrigação emergente de contrato com cláusulas contratuais gerais, deve o requerimento executivo ser acompanhado de cópia ou original do contrato celebrado entre as partes, se for entregue por via eletrónica ou em papel, respetivamente, sob pena de recusa do requerimento. Ou seja, em especial nas relações de consumo, vai ser mais provável ter elementos que identifiquem os titulares da relação jurídica substantiva e, conseqüentemente, a natureza da dívida. Como se sabe, esta disposição foi aditada na sequência de jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu que considera, desde a sua decisão de 4 de junho de 2009, no processo Processo C-243/08, Pannon GSM que os tribunais nacionais têm a obrigação de avaliar, oficiosamente (*ex officio*), as cláusulas contratuais abusivas. Quanto ao momento desse controlo, o entendimento é de que, existindo um risco significativo de que os consumidores possam não se opor a uma injunção de pagamento, os tribunais nacionais devem avaliar, oficiosamente, o caráter abusivo das cláusulas contratuais em alguma fase do processo e, no máximo, antes da respetiva execução contra um consumidor (Ver: processo C-176/17, Profi Credit Polska, pontos 44, 61-64 e 71; processo C-49/14, Finanmadrid, pontos 45 e 46; processo C-122/14, Aktiv Kapital Portfolio, ponto 30; processo C-448/17, Eos Ksi Slovensko, pontos 45, 46 e 49; bem como processo C-632/17, PKO, ponto 49. Todos estes processos dizem respeito a procedimentos de injunção de pagamento e baseiam-se no processo C-618/10, Banco Español de Crédito).

art. 734.º, de rejeição da execução. Respeitando o espírito do sistema, tudo o que possa (e deva) ser tratado em sede declarativa não pode ser relegado para a ação executiva, o que claramente sucede nesta questão da legitimidade.

- b) Se a dívida foi contraída apenas por um dos cônjuges, mas tem natureza comunicável, caso o credor pretenda usar o procedimento de injunção e aí formar um título executivo que permita a penhora de bens próprios do outro cônjuge, em sede executiva (art. 34.º, n.º 3, 2.ª parte) deve então assegurar que o litisconsórcio conveniente fique cumprido na fase pré-executiva. Do mesmo modo, o devedor que seja requerido desacompanhado do outro cônjuge, deve suscitar a questão antes da formação do título executivo (antes da aposição da fórmula executória), ou seja, deduzindo oposição em que invoque a comunicabilidade e requeira a intervenção do cônjuge não requerido na ação declarativa em que se vai converter o procedimento de injunção, sob pena de preclusão. Isto é, de não poder depois, em sede de ação executiva, suscitar a comunicabilidade da dívida. Esta posição é tomada em linha de coerência com o que sucede no processo declarativo, procurando equiparar os efeitos processuais que se geram para o credor/requerente e para o devedor/requerido, independentemente da opção que se faça entre o procedimento de injunção e a ação declarativa (alternativas entre si). Por outro lado, pretende-se fazer prevalecer o princípio de responsabilização do credor pelo meio processual que utiliza, com as consequentes preclusões associadas. Nessa medida, já não será possível invocar a comunicabilidade da dívida em sede executiva. Como não o seria se o procedimento de injunção se tivesse convertido numa ação declarativa, após oposição nele deduzida.

Uma outra questão, diferente das anteriores, é a de saber se o credor que celebrou contrato com ambos os cônjuges e intentou procedimento de injunção contra ambos os cônjuges, pode, uma vez formado o título executivo, propor a ação executiva apenas contra um deles. Na doutrina, a solução dada a esta situação não tem sido unânime.

Seguimos a posição de Lebre de Freitas³⁰ e Remédio Marques³¹, no sentido de que o credor tem o direito de executar apenas um dos cônjuges, porquanto não estamos na presença de litisconsórcio necessário³². Considerando que o título executivo já está formado e na sua formação foram cumpridas as regras da legitimidade, aqui chegados — à fase executiva — o critério formal permite que o credor possa optar por executar apenas um dos devedores, ainda que ambos constem do título executivo. Além do mais, a execução está ao serviço do exequente — desde que respeitados os direitos e garantias do executado — e, nessa medida, ele pode fazer valer o seu direito apenas contra um dos cônjuges. Acresce, ainda, que o art. 34.º, n.º 3, 1.ª parte, não foi construído para o processo executivo, mas apenas para o processo declarativo, ou seja, para a fase em que ainda estamos a definir (ou a acertar) o regime de responsabilidade patrimonial comum³³.

Quando o exequente escolhe propor a ação executiva apenas contra um dos cônjuges, esse cônjuge executado não pode opor a circunstância de a dívida ser comum, para evitar a imediata penhora dos seus bens próprios. Contudo, não deixa de estar protegido pelo instituto da compensação, previsto no art. 1697.º, n.º 1, do Código Civil³⁴.

Na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de maio de 2018³⁵, admitiu que a “qualificação da dívida

³⁰ FREITAS, José Lebre de, *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª Ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, pp. 257 e 161 (nota 7).

³¹ MARQUES, João Paulo Remédio, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Porto: SPB Editores, 1998, pp. 184 e 185.

³² Em sentido contrário, ver as posições de Rui Pinto e Miguel Teixeira de Sousa. Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, “Injunção requerida contra um único dos cônjuges: quais as consequências na posterior execução?”, Blog do IPPC, em 07.12.2015 e 14.12.2015; PINTO, Rui, *A Ação Executiva*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 514-516.

³³ FREITAS, José Lebre de, *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, *op. cit.*, p. 161, nota 7.

³⁴ Onde se dispõe: “Quando por dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges tenham respondido bens de um só deles, este torna-se credor do outro pelo que haja satisfeito além do que lhe competia satisfazer; mas este crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação”.

³⁵ Proc. 2299/10.STBAMT-A.P1.S1, Relator Lima Gonçalves.

exequenda como comum não determina, por si, a existência de litisconsórcio necessário” e que a executada era parte legítima, apesar de ser a única demandada numa execução movida com base em título executivo respeitante a uma dívida da sua responsabilidade e do seu ex-cônjuge. Mais se afirmou, que é admissível a hipótese de litisconsórcio passivo necessário, em processo executivo, mas apenas quando a mesma prestação deva ser exigida a todos os devedores/executados, pela natureza indivisível da prestação, pela lei ou por negócio ³⁶.

3.3. Estatuto do cônjuge do executado originário quando a dívida venha a ser julgada comum

Sobre o estatuto processual do cônjuge do executado dispõe o art. 787.º do CPC. O número 1 refere-se à situação do cônjuge que haja sido citado nos termos e para os efeitos da primeira parte da alínea *a*) do art. 786.º, ou seja, quando a penhora recaia sobre bens próprios do executado que não podem ser alienados livremente (imóvel ou estabelecimento comercial no caso do regime de comunhão de adquiridos e, ainda, imóvel que constitua a casa de morada da família mesmo que o regime seja o da separação de bens — cfr. arts. 1682.º-A, n.ºs 1 e 2, do Código Civil). O número 2 reporta-se aos casos regulados nos artigos 740.º a 742.º do CPC. Enquanto o número 1 refere expressamente que o cônjuge do executado, uma vez citado, é admitido a opor-se à penhora e, ainda, à execução, assim como exercer todos os poderes processuais que são conferidos ao executado — ou seja, passa a ter o verdadeiro estatuto de executado; o número 2 remete para as disposições nele mencionadas, ficando o executado investido nos poderes que delas resultem.

Ora, na medida em que o n.º 3 do art. 741.º distingue diferentes situações, conforme a comunicabilidade da dívida é requerida no requerimento executivo ou em requerimento autónomo (apresentado até ao início das diligências para venda ou adjudicação) e aí se diz:

- i*) para o primeiro caso, que o cônjuge não executado pode impugnar a comunicabilidade da dívida “em oposição à execução,

³⁶ *Ibidem*.

quando a pretenda deduzir, ou em articulado próprio, quando não pretenda opor-se à execução;

- ii) para o segundo caso, apenas que a impugnação da comunicabilidade é feita em requerimento autónomo, na respetiva oposição deduzida no incidente. Isto é, para o segundo caso não há uma referência expressa à possibilidade de serem deduzidos embargos de executado pelo cônjuge do executado, em particular se o pode fazer depois de ser julgada procedente a comunicabilidade da dívida.

A doutrina tem afirmado que o cônjuge do executado, após ser citado, assume-se como parte principal e tem um estatuto equiparado ao do executado, podendo opor-se à penhora, invocar fundamentos de oposição à execução, impugnar créditos reclamados, ou seja, passar a exercer, nas fases após a sua citação, todos os direitos processuais concedidos ao executado ³⁷.

Mas poderá mesmo deduzir oposição à execução depois de o executado já o ter feito? É a esta situação que nos reporta o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17 de dezembro de 2018 ³⁸, que revogou a decisão que havia negado ao cônjuge do executado — já «convertido» em executado, em consequência da procedência do incidente de comunicabilidade da dívida — deduzir embargos de executado. Na decisão do tribunal superior foi fixado o sumário seguinte:

“1. O facto de a questão da comunicabilidade da dívida ter sido invocada em incidente autónomo não impede ao cônjuge do executado a dedução de oposição à execução mediante embargos invocando factos e questões diversas das alegadas na oposição ao incidente, sendo que os fundamentos da oposição ao incidente têm de ser, obviamente, alegados, nesse incidente.

2. Com efeito, tal como decorre do preceituado no art. 741.º, n.º 5 do C. P. Civil, se no âmbito do incidente de comunicabilidade

³⁷ Cfr., por todos, FREITAS, José Lebre de, *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª Ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 166.

³⁸ Proc. 7539/15.1T8VNF-D.G1, Relatora Alexandra Rolim Mendes.

a dívida for considerada comum, o cônjuge do executado adquire a qualidade de executado e como tal, tem de lhe ser possível deduzir oposição à execução (e todos os demais direitos que a lei confere ao executado), independentemente da forma como foi invocada no processo a questão da comunicabilidade da dívida”³⁹.

Embora se perceba que, surgindo o incidente de comunicabilidade da dívida numa fase mais avançada do processo, existe a intenção de isolar esse incidente de modo que seja mais célere a decisão sobre a questão essencial em discussão — ou seja, a da dívida ser, ou não, da responsabilidade de ambos os cônjuges — isso não quererá significar que o cônjuge do executado não pode deduzir embargos de executado⁴⁰. E essa circunstância não causará prejuízo, porquanto, se o incidente de comunicabilidade vier a ser julgado improcedente, os embargos serão julgados extintos por inutilidade superveniente, conforme refere o citado Acórdão de 17 de dezembro de 2018.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cobrança coerciva de dívidas aos cônjuges, pela via executiva, foi sempre uma matéria fragilizada pela falta de completa sintonia entre o regime de direito substantivo relativo à matéria da responsabilidade patrimonial pelas dívidas dos cônjuges e as regras processuais, em particular no que respeita à legitimidade das partes. Após 2013, com o novo Código de Processo Civil, o legislador consagrou um sistema bastante equilibrado, que através da criação do incidente de comunicabilidade da dívida permite a ampliação subjetiva do título executivo. Se nesse incidente, deduzido pelo exequente ou pelo próprio executado, ficar provado que a dívida é comum, o cônjuge requerido passa a ser executado. Apesar deste avanço, a jurisprudência mostra que,

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Neste sentido, Lebre de Freitas afirmou: “mas é sobretudo a possibilidade de se opor à execução, ainda quando já não o possa fazer o executado, que lhe confere o estatuto de parte principal, cujas eventuais divergências o juiz há-de resolver, nos termos gerais do art. 729-1-d”. Cfr. FREITAS, José Lebre de, *ibidem*, nota 16.

na realidade, ainda há algumas entropias na aplicação concreta desta matéria.

Salienta-se, em especial, a necessidade de separar, convenientemente, o regime da legitimidade na ação executiva do regime do incidente de comunicabilidade da dívida. Ainda se encontram, embora sem justificação — porque a lei é clara — situações em que os profissionais do foro não aplicam corretamente estes institutos.

Apesar de tudo, os tribunais têm feito uma aplicação flexível e justada do incidente de comunicabilidade da dívida. Como se referiu, oportunamente, foi mesmo considerado tempestivo num caso em que o requerido havia sido declarado, em sede de embargos de executado, parte ilegítima. E acresce, ainda, que o cônjuge que passa a ser executado, em consequência da procedência do incidente, assume um estatuto de parte principal e os tribunais não deixam de lhe proporcionar o exercício dos direitos próprios de um executado, mormente o direito de apresentar defesa, através de oposição à execução, mesmo que o executado originário já o tenha feito. Só assim poderia ser, pois só assim se asseguram as garantias fundamentais do processo.

Por último, os tribunais têm sido também chamados a decidir sobre a admissibilidade (ou inadmissibilidade) do incidente de comunicabilidade da dívida nas execuções baseadas em requerimento de injunção com fórmula executória. Esta questão, associada às mais recentes alterações introduzidas no regime do procedimento de injunção e no regime de fundamentos de defesa previsto do art. 857.º do CPC, exige uma interpretação consentânea com a coerência sistemática, que alcance o equilíbrio de soluções entre regimes análogos. Por isso, sempre que o credor, enquanto requerente (ou o devedor, enquanto requerido) tiver meios para suscitar essa questão em sede declarativa ou pré-declarativa, recaindo sobre si esse ónus, preclui o direito de o suscitar em sede executiva.

5. BIBLIOGRAFIA

- CAPELO, Maria José, “Ainda o artigo 825.º do Código de Processo Civil: o alcance e o valor da declaração sobre a comunicabilidade da dívida”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 3, n.º 5, 2006, pp. 57-63.
- , “Pressupostos processuais gerais na ação executiva: a legitimidade e as regras de penhorabilidade”, *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano IV, n.º 7, 2003, pp. 79-104.

- COSTA, Salvador da, *A Injunção e as Conexas Ação e Execução*, 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- DIAS, Cristina Araújo, *Responsabilidade por Dívidas do Casal — Evolução Legislativa e Doutrinal e Análise Crítica do Regime Atual*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2021.
- FREITAS, José Lebre de, *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.^a Ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.
- , “A Revisão do Código de Processo Civil e o Processo Executivo”, *O Direito*, Ano 131.º, I-II, 1999, pp. 15-28.
- JORGE, Nuno de Lemos, “A Reforma da Acção Executiva de 2012: um olhar sobre o (primeiro) projecto”, *Julgar*, n.º 17, Maio-Agosto, 2012, pp. 75-108.
- LOPES-CARDOSO, Eurico, *Manual da Acção Executiva*. 3.^a Ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- MARQUES, João Paulo Remédio, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Porto: SPB Editores, 1998.
- MENDES, João de Castro e SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, vol. II, Lisboa: AAFDL Editora, 2022.
- MESQUITA, Lurdes, “Algumas notas à Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro — alterações aos embargos de executado e outras conexas”, *JULGAR Online — Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, Abril 2020, pp. 1-44. Lei 117/2019, disponível em <http://julgar.pt/author/lurdes-varregoso-mesquita/>.
- MESQUITA, Lurdes; ROCHA, Francisco Costeira da, *A Ação Executiva no Novo Código de Processo Civil*, 3.^a Ed., Porto: Vida económica, 2014.
- PINTO, Rui, *A Ação Executiva*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, “Injunção requerida contra um único dos cônjuges: quais as consequências na posterior execução?”, *Blog do IPPC*, em 07.12.2015 e 14.12.2015, <https://blogippc.blogspot.com/>.
- , “A Execução das Dívidas dos Cônjuges: Perspectivas de Evolução”, in *O Novo Processo Civil Contributos da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, Caderno Especial do CEJ, Caderno I (2.^a Edição), dezembro de 2013, pp. 477-492, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=IOPfHcYZoM8%3d&portalid=30>.

DIREITO DE REMIÇÃO PELO UNIDO DE FÁCTO *

Marco Carvalho Gonçalves **

1. INTRODUÇÃO

Se a obrigação não for voluntariamente cumprida pelo devedor, o credor tem o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e, bem assim, de executar o património do devedor (art. 817.º do Código Civil ¹). Com efeito, à luz do princípio da patrimonialidade, o património do devedor constitui a garantia geral das suas obrigações, razão pela qual todos os seus bens, que sejam susceptíveis de penhora, respondem pelas suas dívidas (arts. 601.º do CC e 735.º do Código de Processo Civil) ². Neste enquadramento, a satisfação coerciva do direito de crédito é assegurada por via da penhora dos bens do devedor que se revelem necessários e adequados, bem como pela subsequente adjudicação ou venda executiva dos mesmos.

* O presente texto corresponde, com desenvolvimentos e atualizações, a parte do artigo publicado nos *Cadernos de Direito Privado*, n.º 75, julho/setembro 2021, pp. 63-82.

** *Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador Integrado do JusGov — Centro de Investigação em Justiça e Governação.*

¹ Doravante designado abreviadamente por “CC”.

² Adiante designado abreviadamente por “CPC”.

Ora, por forma a se assegurar que, em caso de adjudicação ou venda executiva dos bens penhorados, os mesmos se conservem, total ou parcialmente, na esfera familiar do executado ³, a lei de processo civil consagra, nos seus arts. 842.º a 845.º, o direito de remição. Na verdade, por força do exercício deste direito, o familiar do executado pode obter para si a propriedade dos bens penhorados que tenham sido adjudicados ou vendidos, mediante o pagamento do preço pelo qual tenha sido feita a adjudicação ou a venda, substituindo-se, por essa via, à pessoa do adjudicatário ou do adquirente ⁴. Por conseguinte, o exercício deste direito potestativo nem prejudica a satisfação dos direitos de crédito do exequente e/ou dos credores reclamantes, nem a indemnização que seja devida ao proponente dos bens objeto de venda executiva, na eventualidade de este já ter procedido ao depósito do preço ⁵.

O direito de remição constitui, assim, um importante instrumento de proteção da família e de humanização da ação executiva, porquanto, não obstante a agressão patrimonial que é infligida ao executado, por

³ Observe-se que a lei apenas exige que estejam em causa bens penhorados do executado, independentemente de, do ponto de vista substantivo, se tratar de um devedor originário, de um devedor subsidiário ou de um de garante. *Vide*, a este propósito, o ac. do STJ de 28.03.1995, proc. 086874, *in www.dgsi.pt*, no qual se defendeu que, por via de uma interpretação extensiva, deve entender-se que o direito de remição pertence igualmente aos familiares de quem seja executado, ainda que se trate de um mero garante, cujos bens acabem por responder pela dívida a título de garantia real.

⁴ *Vide*, a este propósito, ac. do STJ de 13.07.2021, proc. 7688/16.9T8SNT-G.L1.S1, bem como o ac. do TRP de 15.12.2021, proc. 542/06.4TBGDM-G.P1, ambos disponíveis *in www.dgsi.pt*.

⁵ Cfr., a este respeito, Marco Carvalho Gonçalves, *Lições de Processo Civil Executivo*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 543, José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, vol. 2.º, 3.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 477, Miguel Teixeira de Sousa, *Ação Executiva Singular*, Lex, Lisboa, 1998, p. 381, José Lebre de Freitas, *Ação Executiva*, 7.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2017, p. 388, José Lebre de Freitas/Armindo Ribeiro Mendes, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 621, João Paulo Remédio Marques, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 401, bem como Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 330. *Vide*, na jurisprudência, o ac. do TRL de 13.03.2008, proc. 581/2008-6, assim como o ac. do TRC de 20.01.2009, proc. 877/2002.C1, ambos disponíveis *in www.dgsi.pt*.

via da penhora dos seus bens e subsequente venda coerciva dos mesmos (arts. 817.º do CC e 735.º e ss. do CPC), a lei concede, em última instância, aos seus familiares mais próximos a possibilidade de haverem para si os bens objeto de adjudicação ou de venda ⁶, contra o pagamento do preço pelo qual os mesmos tenham sido adjudicados ou vendidos ⁷.

2. TITULARIDADE DO DIREITO

A titularidade do direito de remição encontra-se reservada a um círculo muito restrito de pessoas. Em concreto, nos termos dos arts. 842.º e 845.º, n.º 1, do CPC, o direito de remição pode ser exercido:

- a) em primeiro lugar, pelo cônjuge do executado que não se encontra judicialmente separado de pessoas e bens ⁸. A este respeito, importa salientar que o direito de remição do cônjuge do executado não depende do regime de bens do casamento ⁹. Na verdade, para que o direito de remição possa ser exercido, basta que, no momento da adjudicação ou da venda executiva, o

⁶ De todo o modo, conforme se decidiu no ac. do TRP de 15.12.2021, proc. 11715/19.0T8PRT.P1, in *www.dgsi.pt*, muito embora o direito de remição vise proteger a integridade do património familiar, tal não significa que os bens remidos não possam, posteriormente, ser alienados, sob pena de se estar a impor ao redimidor um ónus injustificável e desproporcionado.

⁷ Nessa exata medida, conforme se decidiu no ac. do STJ de 17.04.2007, proc. 07A994, in *www.dgsi.pt*, o direito de remição não pode ser exercido no âmbito de uma ação de divisão de coisa comum. Sustentando a aplicação, por via subsidiária, do direito de remição no processo de insolvência, vide o ac. do TRG de 26.10.2017, proc. 4847/12.7TBGMR-A.G1, bem como o ac. do TRE de 11.07.2019, proc. 238/17.1T8ETZ-IE1, ambos disponíveis in *www.dgsi.pt*.

⁸ Conforme se decidiu no ac. do TRL de 04.06.2019, proc. 10984/17.4T8SNT.L1-7, in *www.dgsi.pt*, tal implica que a ação executiva não tenha sido movida contra o cônjuge do executado. Por sua vez, como bem assinala João Paulo Remédio Marques, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, op. cit., p. 401, estando pendente uma ação de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, o cônjuge do executado conserva o seu direito de remir os bens objeto de adjudicação ou de venda.

⁹ Vide, nesse sentido, José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, op. cit., p. 479.

- executado se encontre casado e, bem assim, que não tenha sido decretada a separação judicial de pessoas e bens ¹⁰;
- b) em segundo lugar, pelos descendentes do executado ¹¹; e,
- c) em terceiro lugar, pelos ascendentes do executado ¹².

¹⁰ Assim, conforme se decidiu no ac. do STJ de 02.11.2010, proc. 617/09.8T2ETR.S1, in *www.dgsi.pt*, se o casamento foi contraído na pendência do processo executivo e, entretanto, procedeu-se à venda de bens penhorados ao executado, o seu cônjuge pode exercer o seu direito de remição em relação a esses bens. *Mutatis mutandis*, tal como se entendeu no ac. do TRE de 19.12.2019, proc. 837/14.3T8LLE-G.E1, in *www.dgsi.pt*, se o executado e o seu cônjuge se divorciarem na pendência da execução, antes da venda ou da adjudicação, cessa a titularidade do direito de remição a favor do cônjuge do executado, atento o facto de o divórcio consubstanciar um facto extintivo do direito.

¹¹ Vide, a este propósito, o ac. do TRC de 06.11.2018, proc. 2387/16.4T8CBR-E.C1, in *www.dgsi.pt*, no qual se decidiu que “a família do sócio e gerente da sociedade (por quotas) executada em nada se confunde ou identifica com a realidade jurídica, distinta e autónoma, desta sociedade e, menos ainda, com o lastro ostensivo inerente à actividade da empresa/estabelecimento comercial a que respeitam os bens móveis penhorados e vendidos, o que obsta ao exercício do direito de remição por parte do filho daquele legal representante da sociedade (também executado)”.

¹² Historicamente, o art. 153.º da Reforma Judiciária de 1832 preceituava que “*Nos prazos assignados para os pregões, é permitido ao executado dar lançador a todos, ou parte dos bens penhorados, ou mesmo remi-los, mas uma vez entregue o ramo ao arrematante, já não póde distractar-se de modo algum*”.

Por seu turno, quer o art. 248.º da Nova Reforma Judiciária de 1837, quer o art. 602.º da Novíssima Reforma Judiciária de 1857, reconheciam ao “*executado e sua mulher, e mesmo aos ascendentes ou descendentes de ambos*”, o direito de, sem necessidade de nova citação, “*remir ou dar lançador a todos ou parte dos bens penhorados*”.

Entretanto, o Código de Processo Civil de 1876 viria a regular o regime jurídico do direito de remição nos seus arts. 888.º a 891.º, sendo de destacar o facto de o art. 888.º, excluindo a titularidade do direito de remição em relação ao executado, reconhecer ao cônjuge e aos descendentes ou ascendentes do executado o poder de, antes que fosse assinado o auto de arrematação ou que transitasse em julgado a sentença de adjudicação, remir todos ou parte dos bens arrematados ou adjudicados, desde que, no momento do exercício desse direito, depositassem o preço pelo qual os bens tivessem sido arrematados ou adjudicados.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1939 viria a regular o direito de remição nos seus arts. 912.º a 915.º, sendo que o art. 912.º atribuía o direito de remição “ao cônjuge que não esteja separado judicialmente de pessoa e bens e aos descendentes ou ascendentes, por consanguinidade”. Importa igualmente salientar que o art. 915.º desse diploma legal veio regular, pela primeira vez — e em moldes

Na eventualidade de concorrerem à remição vários descendentes (*v. g.* filhos e netos) ou vários ascendentes (*v. g.* pais e avós), preferem os de grau mais próximo aos de grau mais remoto ¹³. Caso se verifique uma igualdade de grau, abre-se licitação entre os concorrentes e prefere-se o que oferecer o preço mais elevado (art. 845.º, n.º 2, do CPC) ¹⁴.

Da análise do art. 842.º do CPC extrai-se, portanto, a conclusão de que a lei de processo civil restringe o exercício do direito de remição a um núcleo familiar muito próximo do executado — isto é, cônjuge e familiares em linha reta, desde que não sejam, também eles, executados no mesmo processo executivo ¹⁵ ¹⁶ — procurando, por esta via,

similares aos que se acham atualmente previstos no art. 845.º do CPC — a ordem de preferência quanto ao exercício do direito de remição. O regime instituído pelo Código de Processo Civil de 1939 viria a ser reproduzido, sem alterações de fundo, nos arts. 912.º a 915.º do Código de Processo Civil de 1961.

¹³ *Vide*, a este respeito, o ac. do TRC de 26.06.2012, proc. 366-C/2002.C1, in *www.dgsi.pt*, no qual se defendeu que, na eventualidade de a ação executiva correr contra ambos os cônjuges, vindo um deles a contrair novo matrimónio na sequência de divórcio ocorrido na pendência da execução, em caso de concurso entre o novo cônjuge e um descendente dos dois executados, só este beneficia do direito de remição, considerando a ratio que está subjacente a este regime jurídico, qual seja a de se permitir a conservação do património no seio da família do executado.

¹⁴ Admitindo a possibilidade de o direito de remição ser exercido conjuntamente por dois ou mais parentes do mesmo grau, a fim de receberem os bens em comum, designadamente quando não pretendam licitar entre si, *vide* José Alberto dos Reis, *Processo de Execução, op. cit.*, p. 482, bem como Eurico Lopes Cardoso, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1964, p. 659.

¹⁵ Assim, conforme se decidiu no ac. do TRP de 11.09.2006, proc. 0653650, in *www.dgsi.pt*, “O filho do executado, habilitado como herdeiro daquele, por morte do pai, em acção executiva que contra aquele pendia, não goza do direito de remição, por, em consequência da habilitação, deter, agora, a qualidade de executado”. *Vide*, no mesmo sentido, o ac. do TRG de 30.11.2006, proc. 1977/06-1, in *www.dgsi.pt*.

Cfr., em sentido contrário, o ac. do TRP de 15.12.2021, proc. 542/06.4TBGD-M-G.P1, in *www.dgsi.pt*, o qual sustentou que “O herdeiro habilitado ao assumir a posição do falecido nessa qualidade, não passa a ser ele próprio executado. Não é o seu património pessoal que responde pela dívida exequenda, mas antes e só os bens da herança (cfr. artigo 2068.º do CC). Não obstante enquanto herdeiro habilitado substituir na execução o falecido e originário executado/devedor, não passa ele mesmo a título pessoal a ser executado, implicando continuar a poder exercer o direito de remição na qualidade de descendente”, bem como o ac. do STJ de 21.06.2022, proc. 542/06.4TBGDM-G.P1.S1, in *www.dgsi.pt*, no qual se entendeu que “O co-executado, filho dos executados originários, que intervém no

garantir o necessário equilíbrio entre a estabilidade da venda executiva, a expectativa jurídica do adquirente dos bens penhorados, a proteção do património do executado e a salvaguarda do superior interesse da família e da integralidade do património familiar ¹⁷.

Tratando-se de um direito que é inerente a uma pessoa concreta e específica, encontra-se expressamente vedada ao titular do direito de remição a possibilidade de passar uma procuração irrevogável a um terceiro, para que este exerça esse direito e, querendo, negocie consigo mesmo ¹⁸, bem como ceder ou transmitir esse direito a um terceiro ¹⁹.

processo executivo na qualidade de herdeiro habilitado dos seus pais, falecidos na pendência da execução, apesar de ser parte na execução, para o efeito de substituir os executados falecidos no processo, é terceiro em relação ao objeto da execução, na medida em que, enquanto herdeiro, a dívida exequenda lhe é alheia e não responde com os seus bens por ela, mantendo assim o seu interesse, tutelado pela lei no artigo 842.º do CPC, em preservar os bens penhorados na família”.

¹⁶ No ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Processo Civil de 1973 determinava, no seu art. 787.º, que era “lícito ao cônjuge, ao descendente, ou ao ascendente do devedor remir todos ou quaisquer bens penhorados, ou arrecadados no processo de insolvência, depositando o preço por que foram alienados ou adjudicados”. Entretanto, o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 viria a revogar esse regime jurídico, sendo que, em alternativa, o art. 876.º, § 5, atribui ao cônjuge, ao companheiro, aos descendentes e aos ascendentes do executado, o direito de requererem, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, que lhes sejam adjudicados os bens penhorados. Importa igualmente salientar que, nos termos do § 6 do referido preceito legal, havendo mais do que um pretendente, proceder-se-á a licitação entre eles, tendo preferência, em caso de igualdade de oferta, o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente, nessa ordem.

¹⁷ Vide, a este propósito, José João Gonçalves de Proença, *Direito da Família*, SPB, Lisboa, 1996, pp. 37 e 38.

¹⁸ Cfr., nesse sentido, o ac. do STJ de 10.11.2005, proc. 05B2022, in *www.dgsi.pt*. Seja como for, tal como se consignou no ac. do STJ de 09.03.2017, proc. 1629/13.2TBAMT.P1.S1, in *www.dgsi.pt*, muito embora o círculo familiar ao qual a lei reconhece a titularidade do direito de remição seja relativamente restrito, a verdade é que tal não impede a eventual verificação de situações de fraude à lei, mediante a “interposição fictícia de pessoas”, por meio da qual o remidor, após o exercício do direito de remição, aliena imediatamente o bem a um terceiro, o qual, *ab initio*, é o “verdadeiro e real adquirente dos bens remidos”. Tal situação de fraude à lei somente poderia ser evitada na eventualidade de o legislador impor ao remidor um “dever legal de manutenção, na sua titularidade, dos bens remidos (...) num prazo mais ou menos dilatado a contar do exercício do direito de remição”. Cfr., ainda,

Por outro lado, aquando do exercício do direito de remição, o remidor deve apresentar prova documental, consoante as situações, da relação de casamento ou do grau de parentesco com o executado — nomeadamente, juntando a respetiva certidão de casamento²⁰ ou de nascimento —, sendo que, em caso de impossibilidade, devidamente justificada, de apresentação desse documento no requerimento de exercício do direito de remição, deve ser-lhe concedido, sob pena de nulidade²¹, um prazo razoável para proceder à junção desse documento ao processo (art. 845.º, n.º 3, do CPC)²². De todo o modo, se o remidor não apresentar, juntamente com o seu requerimento, prova da relação de casamento ou de parentesco com o executado, apesar de ter alegado essa relação no respetivo requerimento, afigura-se que, à luz do art. 590.º, n.º 3, do CPC, o juiz não deve indeferir o requerimento do exercício do direito de remição sem antes convidar o remidor a juntar aos autos a prova documental em falta, atenta a circunstância de estar em causa um documento essencial para a apreciação do mérito da pretensão do remidor.

Por outro lado, é importante salientar que o direito de remição prevalece sobre o direito de preferência (art. 844.º, n.º 1, do CPC)²³. Por

o ac. do TRG de 24.11.2016, proc. 418/14.1T8VNF-G.G1, in *www.dgsi.pt*, no qual se defendeu que, provando-se a existência de fraude à lei — *maxime* que o exercício do direito de remição “não teve como intuito a preservação do bem na família, mas, antes, qualquer outro fim diferente desse, designadamente, a proteção de interesses de terceiro através da utilização de um familiar como testa-de-ferro”, tal importa a nulidade do ato por via do qual o direito de remição foi exercido.

¹⁹ Vide, nesse sentido, o ac. do TRP de 15.12.2021, proc. 11715/19.0T8PRT.P1.

²⁰ Sustentando que caberá à parte contrária — adjudicatário, adquirente ou preferente — a prova de que o cônjuge e o executado se encontram separados judicialmente de pessoas e bens, atenta a circunstância de se tratar de um facto extintivo do direito, vide José Alberto dos Reis, Processo de Execução, *op. cit.*, p. 484.

²¹ Cfr., a este propósito, o ac. do TRL de 29.01.2008, proc. 532/2008-7, in *www.dgsi.pt*. Com efeito, neste aresto, entendeu-se que a omissão desse ato ou formalidade acarreta uma nulidade, pelo facto de essa omissão poder influir no exame ou na decisão da causa.

²² Na verdade, como se decidiu no ac. do TRG de 04.10.2018, proc. 458/04.9TBVLN.G1, in *www.dgsi.pt*, “A prova documental da relação familiar com o executado constitui requisito insuprível da constituição do direito de remição”.

²³ Neste particular, tanto a doutrina, como a jurisprudência, têm vindo a entender que o direito de remição configura, ele próprio, um direito legal de preferência, com

consequente, se houver vários preferentes e, conseqüentemente, for aberta licitação entre eles, a remição deve ser feita pelo preço mais elevado que tiver sido oferecido na sequência dessa licitação (art. 844.º, n.º 2, do CPC).

3. TEMPESTIVIDADE

Em relação à tempestividade, o Código de Processo Civil prevê dois momentos distintos para o exercício do direito de remição. Saliente-se, a este propósito, que, ao invés do que sucede com os titulares do direito de preferência, legal ou convencional com eficácia real (art. 819.º do CPC), a lei não determina a notificação dos titulares do direito de remição para, querendo, remirem os bens objeto de adjudicação ou de venda. De facto, “é perfeitamente natural que os titulares do direito de remição venham a ter conhecimento da adjudicação ou da venda, seja por via da publicidade desse ato, seja por força da informação que, a esse respeito, lhes seja transmitida pelo próprio executado”²⁴.

origem processual. Cfr., na doutrina, José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, *op. cit.*, pp. 477 e 478, segundo o qual o direito de remição “comporta-se” como um direito de preferência, ainda que não se confunda com ele, já que têm natureza distinta. Por sua vez, João Paulo Remédio Marques, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, *op. cit.*, p. 401, defende que o direito de remição equivale a um “direito de preferência reforçado”. Já para José Lebre de Freitas, *A Ação Executiva*, *op. cit.*, p. 388, o direito de remição consubstancia um “direito de preferência qualificado, na medida em que, em caso de concorrência, prevalece sobre o direito de preferência em sentido estrito” (cfr., no mesmo sentido, Rui Pinto, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 938).

Vide, na jurisprudência, o ac. do STJ de 10.12.2009, proc. 321-B-1997.S1, in *www.dgsi.pt*.

²⁴ Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, *op. cit.*, p. 331. Cfr., na jurisprudência, o ac. do TRC de 03.07.2002, proc. 1240/2002, o ac. do TRC de 20.01.2009, proc. 877/2002.C1 — o qual salienta que recai sobre o executado o ónus de transmitir aos seus familiares toda a informação necessária em relação à venda executiva —, o ac. do STJ de 10.12.2009, proc. 321-B-1997.S1, bem como o ac. do TRC de 21.01.2020, proc. 494/18.8T8CTB-A.C1, todos disponíveis in *www.dgsi.pt*.

No sentido de não ser possível a aplicação, por analogia, ao direito de remição, do art. 819.º do CPC, que prevê a notificação dos preferentes no âmbito da

Assim, se a venda executiva tiver sido realizada através de propostas em carta fechada [arts. 811.º, n.º 1, al. *a*), e 816.º do CPC], o direito de remição deve ser exercido até à emissão do título da transmissão dos bens para o proponente (art. 827.º do CPC) ²⁵ ou no prazo e nos termos previstos no art. 825.º, n.º 3, do CPC.

Sendo o direito de remição exercido no ato de abertura e aceitação das propostas em carta fechada, o remidor deve juntar ao processo, como caução, um cheque visado, à ordem do agente de execução ou, nos casos em que as diligências de execução são realizadas por oficial de justiça, da secretaria, no montante correspondente a 5% do valor anunciado ou garantia bancária no mesmo valor (art. 824.º, n.º 1, do CPC) ²⁶. Nessa eventualidade, se o direito de remição for aceite, o remidor deve, no prazo de 15 dias, proceder ao depósito, numa instituição de crédito, à ordem do agente de execução ou, se as diligências executivas forem realizadas por um oficial de justiça, da secretaria, da totalidade ou da parte do preço em falta (art. 824.º, n.º 2, do CPC) ²⁷.

venda executiva, atenta a diversidade da natureza, finalidade e estrutura jurídica do direito de remição e do direito de preferência, *vide* o ac. do TRP de 23.06.2015, proc. 4666/11.8TBMAI-AA.P1, *in* www.dgsi.pt.

²⁵ Nos termos do art. 827.º do CPC, assim que se mostre integralmente pago o preço e satisfeitas as obrigações legais inerentes à transmissão, o agente de execução deve proceder à emissão do competente título de transmissão do bem adjudicado ou vendido em sede executiva, devendo constar desse título a identificação do bem objeto de adjudicação ou de venda, a certificação de que o adquirente procedeu ao pagamento do preço ou beneficiou da prerrogativa legal de dispensa de depósito do mesmo e que cumpriu as obrigações fiscais ou que está isento das mesmas, bem como a data em que os bens foram adjudicados ou vendidos. *Vide*, a este respeito, o ac. do TRG de 10.02.2022, proc. 48/11.0TBVNC-G.G1, *in* www.dgsi.pt.

²⁶ No sentido de o cumprimento deste ónus constituir um requisito de validade do exercício do direito de remição, *vide* o ac. do TRL de 13.09.2022, proc. 12487/15.2T8LRS.L1-7.

²⁷ Neste particular, é importante referir que o Código de Processo Civil revogado dispunha no seu art. 912.º, n.º 2 — na redação anterior à que lhe foi dada pelo DL n.º 38/2003, de 8 de março — que o remidor tinha a obrigação de proceder ao depósito do preço no momento do exercício do direito de remição, isto é, no caso de venda judicial, até que fosse proferido despacho de adjudicação dos bens ao proponente e, no caso de venda extrajudicial, até ao momento da entrega dos bens ou da assinatura do título que a documentasse (art. 913.º). O Tribunal Constitucional, no seu ac. n.º 277/07, de 02.05.2007 (proc. n.º 113/07), viria a declarar a

Pelo contrário, se o direito de remição for exercido após o ato de abertura e aceitação das propostas em carta fechada, o remidor, para além de estar obrigado a proceder ao depósito integral do preço, deve igualmente depositar a quantia correspondente a 5% do preço, a qual se destina a indemnizar o proponente na eventualidade de este, nos termos do art. 824.º, n.º 2, do CPC, já ter procedido ao depósito, consoante o caso, da totalidade ou da parte do preço que tiver oferecido aquando da adjudicação ou da venda executiva do bem penhorado (art. 843.º, n.º 2, do CPC) ²⁸.

Tratando-se de outra modalidade de venda, o direito de remição só pode ser exercido até ao momento da entrega dos bens ou da assinatura do título que documenta essa entrega, atento o disposto no art. 843.º, n.º 1, al. *b*), do CPC ²⁹.

inconstitucionalidade, por violação do direito de acesso aos Tribunais, bem como do direito a um processo justo e equitativo (art. 20.º da CRP), do art. 912.º, n.º 2, do CPC, quando interpretado no sentido de que o direito de remição só se considerava validamente exercido, no ato de abertura e aceitação das propostas em carta fechada, desde que fosse “acompanhado do depósito da totalidade do preço oferecido na proposta aceite”.

²⁸ Cfr., a este respeito, o ac. do TRC de 14.07.2014, proc. 2741/11.8TBPBL-I.C1, bem como o ac. do TRG de 03.11.2016, proc. 141/14.7TBGMR-E.G1, ambos disponíveis *in* www.dgsi.pt.

Vide, ainda, o ac. do TRG de 21.04.2022, proc. 419/14.0T8VNF-J.G1, no qual se entendeu que “A indemnização de 5% a favor do proponente vencedor, prevista no art. 843.º, n.º 2 do CPC, aplica-se a todas as modalidades de venda, uma vez que, essa indemnização, se destina a indemnizar o proponente vencedor pelos prejuízos que sofra em consequência de, no momento em que é exercido o direito de remição, já ter depositado a totalidade do preço que propôs pela aquisição do bem em venda e que fora aceite, e esse prejuízo do proponente vencedor verifica-se independentemente da modalidade da venda escolhida e realizada”. Por conseguinte, conforme se decidiu neste aresto, “essa indemnização tem como pressuposto constitutivo que, no momento em que seja exercido o direito de remição, o proponente vencedor tenha já depositado a totalidade do preço que ofereceu pela aquisição do bem em venda e que fora aceite, não sendo devida quando a totalidade desse preço não esteja depositada à ordem do agente de execução (em caso de venda realizada no âmbito de execução) ou do administrador da insolvência (em caso de venda coativa/forçada realizada no âmbito de processo de insolvência) no momento em que o remidor exerce (validamente) o direito de remição”.

²⁹ *Vide*, a este respeito.

4. DIREITO DE REMIÇÃO PELO UNIDO DE FACTO: APLICAÇÃO ANALÓGICA OU INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA?

Conforme se referiu *supra*, o art. 842.º do CPC só reconhece o direito de remição ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, aos descendentes e aos ascendentes do executado, nada se prevendo nesse preceito legal quanto a uma eventual equiparação entre o cônjuge e o unido de facto do executado para efeitos do exercício do direito de remição ³⁰.

Ora, no que concerne à união de facto, a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, procedeu à adoção de medidas de proteção das uniões de facto, sendo que, à luz do seu art. 1.º, n.º 2, a união de facto traduz-se na situação jurídica de “duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos” ³¹.

Os arts. 3.º a 7.º do citado diploma legal preveem diversos efeitos no tocante à união de facto, designadamente no que concerne à proteção da casa de morada de família e à adoção de regimes análogos aos das pessoas casadas em matéria fiscal, laboral e de segurança social. Em particular, o legislador reconhece às pessoas que vivam em união de facto os seguintes direitos:

- proteção da casa de morada de família em caso de rutura ou de morte;

³⁰ Com efeito, tal como se sufragou no ac. do TRG de 24.09.2020, proc. 1016/20.6T8VCT.G1, in www.dgsi.pt, apesar de o legislador ter vindo a adoptar medidas tendentes a garantir uma progressiva equiparação entre o casamento e a união de facto, “com a efetiva proteção dos agregados familiares constituídos fora do vínculo matrimonial e a extensão aos mesmos de diversos direitos inicialmente vigentes apenas no âmbito do casamento”, a verdade é que “as duas figuras permanecem autónomas e distintas, e as uniões de facto só podem ter os direitos que a lei que as rege especialmente lhes confere, não sendo legítimo estender-lhe as disposições referentes ao casamento”.

³¹ Conforme se consignou no ac. do Tribunal Constitucional n.º 275/02, proc. 129/01, in www.tribunalconstitucional.pt, “A Constituição da República consagrou, logo em 1976, no artigo 36.º, n.º 1, o “direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade, inculcando, assim, que a família constitucionalmente protegida não assenta necessariamente no casamento, pois previa-se a constituição de família não fundada no matrimónio”.

- beneficiar do regime jurídico aplicável às pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças e de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública;
- beneficiar de regime jurídico equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças;
- aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens;
- protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social;
- recebimento de prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos respectivos regimes jurídicos; e
- recebimento da pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, por aplicação dos respectivos regimes jurídicos.

Resulta, assim, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que o legislador não reconhece, de forma expressa, ao unido de facto o direito de remição em caso de adjudicação ou de venda executiva de bens penhorados ³².

Tratando-se, por conseguinte, de uma lacuna legislativa, a questão que se coloca é a de saber se é possível integrar essa lacuna mediante a aplicação, por analogia, do regime jurídico do direito de remição, previsto nos arts. 842.º a 845.º do CPC, à união de facto ³³.

³² Seja como for, urge esclarecer que a enumeração dos direitos que a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, reconhece aos unidos de facto não é taxativa, já que, nos termos do art. 3.º, n.º 2, desse diploma legal, “Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto ou de situações de economia comum”. Cfr., a propósito dos diversos direitos que são reconhecidos no nosso ordenamento jurídico às pessoas que vivam em união de facto, Sofia Oliveira Pais/António Frada de Sousa, “A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo — Uma análise de direito material e direito conflitual”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, II, abril 1999, pp. 703 a 706.

³³ Na esteira de Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed. rev. e actua., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 60, “O recurso à analogia

Sobre esta concreta questão, o Tribunal da Relação de Guimarães, no seu acórdão de 3 de dezembro de 2020³⁴, defendeu que o art. 842.º do CPC não é suscetível de ser aplicado, por analogia, às situações em que se verifique a venda executiva de bens do executado que viva em união de facto e em condições análogas às dos cônjuges, na aceção da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. Com efeito, de acordo com o entendimento perfilhado por este tribunal superior, a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, consagra um regime especial, razão pela qual, dado que contém normas de cariz excepcional³⁵, encontra-se vedada a possibilidade de integração de lacunas através do recurso à analogia, atento o disposto no art. 11.º do CC.

Por outro lado, é bem certo que o art. 11.º do CC admite a interpretação extensiva, isto é, que, através de um juízo interpretativo, se considere incluído na norma algo que o legislador queria dizer, mas não disse (*minus dixit quam voluit*).

De todo o modo, o citado aresto rejeitou igualmente a possibilidade de recurso à interpretação extensiva, já que, considerando a “*ratio legis* subjacente à norma contida no art. 842.º [...] nem a letra nem a história do preceito reservam espaço à possibilidade de uma interpretação extensiva”.

De facto, à luz dos arts. 9.º e 11.º do CC, não é minimamente viável a aplicação do direito de remição à união de facto por via da analogia ou de uma interpretação extensiva do disposto no art. 842.º do CPC, que permita a equiparação, em condições de paridade, do unido de facto ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens.

pressupõe a existência de uma lacuna da lei, isto é, pressupõe que determinada situação não está compreendida nem letra nem no espírito da lei”.

³⁴ Proc. 335/17.3T8CHV-D.G1, in *www.dgsi.pt*.

³⁵ Vide, a este propósito, o ac. do STA de 08.09.2010, proc. 0634/10, in *www.dgsi.pt*, no qual se consignou que “as normas contidas na Lei 7/2001, ao reconhecerem efeitos jurídicos a uma situação de facto que não é juridicamente constituída, conferindo aos membros da união de facto direitos que o sistema jurídico atribui apenas às situações juridicamente constituídas por força do contrato civil de casamento, não podem deixar de ser vistas como normas de natureza excepcional, na medida em que conferem direitos a um núcleo restrito de pessoas que, em princípio, não dispõem desses direitos em face das normas gerais do nosso ordenamento jurídico, e que consagram, desse modo, e por força de razões especiais, uma disciplina oposta à que vigoraria, em princípio, para essas pessoas”.

É que, a circunstância de a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, consagrar normas de natureza excecional impede o recurso à analogia ³⁶, considerando o disposto no art. 11.º do CC ³⁷.

Acresce que a analogia sempre estaria afastada pela circunstância de o legislador não ter, de forma deliberada, equiparado a união de facto ao casamento ³⁸, inexistindo, por isso, qualquer lacuna que careça de ser integrada por essa via ³⁹.

Mas ainda que assim não se entendesse, importa salientar que o direito de remição constitui um direito legal de preferência e um direito real de aquisição, pelo que, considerando quer a sua natureza excecional, quer o princípio da tipicidade ou do *numerus clausus* dos direitos reais de aquisição (art. 1306.º do CC), igualmente ficaria afastada, por essa via, a possibilidade de aplicação, por analogia, do direito de remição a outros casos que não se encontrem previstos no art. 842.º do CPC ⁴⁰.

³⁶ Vide, a este propósito, o ac. do TCAS de 21.05.2015, proc. 08690/15, in *www.dgsi.pt*, no qual se defendeu que “A aplicação analógica de uma norma constitui um fundamento jurídico de decisão a que o julgador apenas pode recorrer nas situações não expressamente previstas ou reguladas e desde que a norma a aplicar analogicamente não possua natureza excecional (cfr. artigos 10.º e 11.º do Código Civil)”.

³⁷ Com efeito, como bem refere J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 94 e 95, as normas excecionais são aquelas que, por representarem um *ius singulare*, consagram um regime oposto ao que se encontra previsto no regime regra. Neste enquadramento, a norma será excecional — nos termos e para os efeitos do disposto no art. 11.º do CC, que veda, nesse caso, a aplicação analógica — quando a mesma regule um “verdadeiro *ius singulare*”, ou seja, “um regime oposto ao regime regra e directamente determinado por razões indissolúvelmente ligadas ao tipo de casos que a norma excecional contempla”. Analogamente, Miguel Teixeira e Sousa, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 400 e 401, distinguindo entre excecionalidade substancial e excecionalidade formal, defende que o art. 11.º do CC deve ser objeto de uma interpretação restritiva, dado que a proibição de integração de lacunas através da analogia só se verifica em relação às normas excecionais que contêm um *ius singulare*.

³⁸ Vide, nesse sentido, Rita Lobo Xavier, “O «estatuto privado» dos membros da união de facto”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, n.º 1, 2016, p. 1508.

³⁹ Cfr., nesse sentido, o ac. do STA de 08.09.2010, proc. 0634/10, in *www.dgsi.pt*.

⁴⁰ Vide, nesse sentido, o ac. do TRL de 03.04.2008, proc. 579/2008-2, in *www.dgsi.pt*.

Por outro lado, a hipótese de interpretação extensiva ⁴¹ também carece de ser afastada, porquanto, considerando a teleologia subjacente à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, inexistente qualquer razão válida ou atendível que reclame que o conceito de cônjuge, constante do art. 842.º do CPC, deva ser interpretado por forma a abranger, igualmente, o unido de facto ⁴². Com efeito, a intenção do legislador — bem ou mal — foi clara no sentido de não prever a possibilidade de o unido de facto do executado exercer o direito de remição em caso de adjudicação ou de venda executiva dos bens penhorados, o que, invariavelmente, obsta a que se proceda a uma interpretação extensiva do disposto no art. 842.º do CPC.

5. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO DE FACTO

Estando assente a impossibilidade de aplicação, por analogia, do art. 842.º do CPC ao regime jurídico da união de facto, ou, em alternativa, de recurso a uma interpretação extensiva desse preceito legal, por forma a nele se incluir o unido de facto no âmbito das pessoas que beneficiam da titularidade do direito de remição, importa agora equacionar se a interpretação do art. 842.º do CPC, no sentido de se vedar ao unido de facto a possibilidade de exercer o direito de remição, está ou não em conformidade com a Lei Fundamental.

⁴¹ Tal como se decidiu no ac. do STJ de 28.03.1995, proc. 086874, in *www.dgsi.pt*, “A interpretação extensiva limita-se a esclarecer o pensamento legislativo de certa norma, em face de uma redacção demasiado restrita, sem intentar aplicá-la a casos que ela não previu, como já sucede no processo analógico”. Do mesmo modo, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed. rev. e actua., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 60, salientam que “na interpretação extensiva, encontra-se um texto, embora, para tanto, haja necessidade de estender as palavras da lei, reconhecendo que elas atraíram o pensamento o legislador que, ao formular a norma, disse menos do que efectivamente pretendia dizer”.

⁴² De facto, conforme assinala Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, *Das Leis, sua Interpretação e Aplicação*, Lisboa, 1967, p. 45, “a interpretação extensiva limita-se a esclarecer o pensamento da lei em face de uma expressão demasiado restrita, sem intentar aplicá-la a casos que ela não previu, como já sucede no processo analógico”.

Com efeito, no já citado acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, entendeu-se que “a decisão sobre a questão há de situar-se, não já no plano da diferente natureza do casamento e da união de facto, mas sim no plano do interesse da família enquanto casal nascido da união de facto sem distinções quanto às relações de filiação daí decorrentes, nomeadamente por força dos arts. 36.º, n.º 1 e 67.º da Constituição da República Portuguesa ⁴³, mostrando-se assim irrelevante a argumentação que, pelo facto de a lei civil proibir a aplicação analógica de normas excepcionais, acaba por não se rejeitar aquela discriminação”. Nessa exata medida, a questão fundamental que se coloca é a de saber se “a prevalência atribuída pelo art. 842.º do CPC à família matrimonializada conflitua ou não com o entendimento constitucional de família”.

Ora, o referido aresto entendeu que, no que concerne à protecção da família, não decorre da Lei Fundamental a supremacia da relação familiar decorrente do casamento comparativamente com a relação familiar emergente da união de facto.

Por essa exata razão, o legislador ordinário não pode impor qualquer discriminação entre a protecção da família matrimonializada e a protecção da família resultante da união de facto, salvo se existir um “motivo razoável e objectivamente fundado que justifique essa diferenciação e que tenha apoio explícito em valores constitucionais positivos”.

Significa isto que o art. 842.º do CPC será inconstitucional, quando interpretado no sentido de vedar ao unido de facto — por contraposição ao cônjuge que não se encontre judicialmente separado de pessoas e bens — o direito de remir todos ou parte dos bens que tenham sido adjudicados ou vendidos num processo executivo.

Ora, conforme se salientou *supra*, o direito de remição visa proteger a família nuclear do executado em caso de adjudicação ou de venda executiva do seu património, sendo que, à luz do ordenamento jurídico português, não existe qualquer razão ou fundamento que, no tocante à titularidade e/ou exercício do direito de remição, imponham um tratamento diferenciado ou discriminatório entre o cônjuge e o unido de facto do executado.

⁴³ Doravante designada abreviadamente por “CRP”.

Com efeito, tanto no casamento, como na união de facto, as finalidades que o direito de remição visa tutelar e defender são exatamente as mesmas, quais sejam a proteção da família — independentemente do regime jurídico em que a mesma se encontre assente — em caso de venda coerciva do património do executado ⁴⁴.

Acresce que o art. 36.º da CRP reconhece a todos o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. Paralelamente, o art. 67.º da Lei Fundamental preceitua que “A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros” ⁴⁵.

⁴⁴ De resto, o art. 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra o direito de contrair casamento e o direito de constituir família, os quais devem ser garantidos pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício. *Vide*, a este propósito, Robert Uerpman-Wittzack, “Personal rights and the prohibition of discrimination”, in *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter Recht, Berlim, 2011, p. 71, o qual salienta que o direito de constituir família é muito amplo, não sendo exigível uma ligação matrimonial.

Analogamente, o art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagra o direito ao respeito pela vida familiar e o art. 12.º o direito ao casamento e o direito a constituir família. Neste particular, como salienta Jorge Duarte Pinheiro, “Direito ao respeito pela vida familiar”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, p. 1512, “a noção convencional de vida familiar estende-se a ligações não fundadas no matrimónio que preencham certas condições, *v. g.*, vida em comum (caso *Johnston e Outros c. Irlanda*). Importa é que se esteja perante ligações pessoais estreitas (caso *Paradiso e Campanelli c. Itália*)”.

⁴⁵ Como bem assinala Cristina Dias, “Direito ao casamento II”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, p. 1944, o direito de constituir família “não está vedado a quem não pretenda contrair casamento, sendo este apenas uma das formas de família”. Assim, acrescenta a referida Autora que “A instituição família garantida constitucionalmente (art. 67.º da CRP) não pode estar sujeita à definição da legislação ordinária, ou seja, é esta que se filia naquela e não o contrário. Por isso, se se considerar que a família constitucionalmente protegida não é apenas aquela definida no CC poderemos, no art. 36.º, n.º 1, da CRP, incluir a união de facto como forma de constituir família, bem como outras formas de família”. *Vide*, no mesmo sentido, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 149, o qual salienta que, à luz da Constituição da República Portuguesa, a família não carece de

Ora, conforme se consignou no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 275/02 ⁴⁶, o art. 67.º da CRP reconhece à “família, como elemento fundamental da sociedade [...] direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”. Assim, “ainda que se entenda que desta norma não resulta uma imposição para o legislador de reconhecer e proteger, em geral, a união de facto estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, e a família nela fundada, em termos idênticos aos da família baseada no casamento, há-de certamente extrair-se daí, pelo menos, o dever de não desproteger, sem uma justificação razoável, a família que se não fundar no casamento — isto, pelo menos quanto àqueles pontos do regime jurídico que directamente contendam com a protecção dos seus membros e que não sejam aceitáveis como instrumento de eventuais políticas de incentivo à família que se funda no casamento”.

De resto, se assim não se entendesse, tal redundaria, *in extremis*, na solução absurda de os unidos de facto se verem forçados a contrair matrimónio, na pendência da ação executiva e antes da adjudicação ou da venda executiva dos bens penhorados, com o único propósito de o unido de facto, agora na veste de cônjuge do executado, lhe ver reconhecido o direito de remir os bens adjudicados ou vendidos ⁴⁷.

assentar, necessariamente, no casamento, sendo, por conseguinte, admissível a constituição da família não fundada no matrimónio.

Excluindo, pelo contrário, o reconhecimento da união de facto como relação familiar, na aceção do direito de constituir família consagrado no art. 36, n.º 1, da CRP, *vide* F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1986, p. 66.

Quanto à evolução do conceito de “família” e à crescente importância da “família de facto” na sociedade hodierna, por contraposição à família assente no matrimónio, *vide* Domenico Riccio, *La Famiglia di Fatto*, Cedam, Milão, 2007, pp. 26 e 27.

⁴⁶ Proc. n.º 129/01, de 19.06.2002.

⁴⁷ Como bem refere Helena Mota, “O problema normativo da família — Breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adotadas pelas Lei n.º 135/99, de 28 de agosto”, *in Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 541, “Forçar o regime do casamento constituiria [...] uma violência e um atentado à liberdade daqueles que, por opção, não se querem casar mas apenas (e legitimamente) viver como se o fossem”.

Por outro lado, importa assinalar que este entendimento não conflitua com o princípio da igualdade. De facto, inexistindo qualquer razão que imponha, quanto ao exercício do direito de remição, um tratamento diferenciado entre o cônjuge e o unido de facto, o reconhecimento da titularidade do direito de remição na esfera jurídica do unido de facto jamais poderia consubstanciar uma violação do princípio da igualdade que se encontra constitucionalmente reconhecido. Muito pelo contrário, essa violação resultaria, precisamente, da recusa de reconhecimento do direito de remição ao unido de facto.

Do mesmo modo, é inequívoco que o reconhecimento do direito de remição ao unido de facto não acarreta qualquer violação da “linha de parentesco”.

Na verdade, o direito de remição não visa a proteção dos herdeiros do executado, nem tão-pouco a salvaguarda da primazia dos seus descendentes ou ascendentes no tocante à remição dos bens objecto de venda coerciva.

É essa, aliás, a razão pela qual a lei atribui, em primeira linha, ao cônjuge do executado o direito de remição, independentemente do regime de bens do casamento e/ou de se tratar de um primeiro casamento ou de um casamento em segundas núpcias.

Daí que nos pareça ser de sufragar o entendimento segundo o qual o art. 842.º do CPC será inconstitucional, por violação do disposto no art. 36.º, n.º 1, da CRP, bem como dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, quando interpretado no sentido de não admitir o exercício, pelo unido de facto, do direito de remição, em caso de adjudicação ou de venda executiva dos bens penhorados ⁴⁸.

6. PROVA DE QUE O REMIDOR VIVE COM O EXECUTADO EM UNIÃO DE FACTO

A relação de parentesco do remidor com o executado traduz-se num facto constitutivo do direito de remição. Por esse motivo, no seu requerimento,

⁴⁸ Vide, no mesmo sentido, o ac. do STA de 08.09.2010, proc. 0634/10, bem como o ac. do TRG de 03.12.2020, proc. 335/17.3T8CHV-D.G1, ambos disponíveis in *www.dgsi.pt*.

por via do qual se apresenta a exercer o direito de remição, o remidor carece de alegar e provar que vive em união de facto com o executado, atento o disposto nos arts. 342.º, n.º 1, do CC e 5.º, n.º 1, do CPC.

A este propósito, urge salientar que, ao invés do que sucede na relação jurídica do casamento, a qual pode ser comprovada por via da junção do respetivo assento de casamento ou de nascimento do remidor (no qual se encontre averbado o casamento), atento o facto de a relação jurídica do casamento se encontrar sujeita a registo obrigatório [art. 1.º, n.º 1, al. *d*), do Código do Registo Civil], já no caso da relação jurídica da união de facto, o art. 2.º-A, n.º 1, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, determina que, na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto pode ser provada por qualquer meio legalmente admissível⁴⁹ ⁵⁰. Consequentemente, nada obsta, por exemplo, a que a união de facto seja comprovada através de prova testemunhal.

Saliente-se, a este respeito, que o art. 2.º-A, n.º 2, do citado diploma legal, veio facilitar a comprovação da união de facto, mediante a apresentação de uma declaração emitida pela junta de freguesia competente, por via da qual se ateste que as duas pessoas vivem em condições

⁴⁹ Já assim não sucede, por exemplo, no ordenamento jurídico italiano, cuja Lei n.º 76, de 20 de maio de 2016 — a qual estabelece a união civil entre pessoas do mesmo sexo e regula a coabitação de fato — preceitua, no seu art. 1.º, n.º 9, que a união civil é certificada através do respetivo documento que atesta a constituição da união, o qual deve conter os dados pessoais das partes, a indicação do seu regime patrimonial e da residência, bem como os dados pessoais e a residência das testemunhas.

Do mesmo modo, no ordenamento jurídico francês, o pacto civil de solidariedade é comprovado através de documento lavrado pelo escrivão do município no qual a residência é estabelecida ou por escritura notarial (art. 515.º-3 do Código Civil francês).

Paralelamente, no ordenamento jurídico belga, o art. 1476.º do Código Civil estatui que a coabitação legal é comprovada por meio de uma declaração escrita junto do escrivão do domicílio comum, o qual, por sua vez, verificado o cumprimento dos respetivos requisitos legais, procede ao respetivo registo.

⁵⁰ Defendendo a necessidade de o ordenamento jurídico português sujeitar a união de facto a registo, situação em que a união de facto passaria a denominar-se de “união civil registada”, *vide* Rossana Martingo Cruz, “União de facto: a pertinência do registo, a problemática da separação de pessoas e bens e a contagem do prazo de convivência”, in *Casamento e União de Facto: Questões da Jurisdição Civil*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2020, pp. 70 e 71.

análogas às dos cônjuges há mais de dois anos⁵¹, sendo que esse documento deve ser acompanhado de uma declaração de ambos os membros da união de facto, sob compromisso de honra, de que vivem em união de facto há mais de dois anos, e de certidões de cópia integral do registo de cada um deles⁵².

Do que vem de dizer-se, resulta que a simples junção das certidões dos registos de nascimento dos membros da união de facto não permite, por si só, comprovar a verificação dessa relação jurídica, mas tão-só o cumprimento dos requisitos legais previstos no art. 2.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.

Ora, sendo a relação familiar com o executado um facto constitutivo do direito de remição de que o unido de facto se arroga titular, a falta de prova do mesmo terá como consequência a improcedência do pedido de remição dos bens penhorados, sem prejuízo, em todo o caso, da possibilidade de o juiz, ao abrigo do princípio do inquisitório e do seu dever de gestão processual [arts. 6.º, 411.º e 590.º, n.º 2, al. c), e n.º 3, do CPC], convidar o remidor a apresentar nos autos os meios de prova que permitissem comprovar a existência efetiva de uma união de facto⁵³.

⁵¹ Neste particular, Rita Lobo Xavier, “O «estatuto privado» dos membros da união de facto”, *op. cit.*, p. 1518, defende que a declaração emitida pela junta de freguesia não é suficiente para, por si só, comprovar a existência da união de facto, já que esse documento permitirá apenas demonstrar que os interessados têm uma residência comum há mais de dois anos, sem que do mesmo resulte a comprovação da natureza do relacionamento mantido entre os interessados.

⁵² Conforme se consignou no ac. do TRC de 28.06.2011, proc. 1119/09.8TB AVR. C1, in *www.dgsi.pt*, o legislador tornou, assim, dispensável a necessidade de propositura de uma ação declarativa de simples apreciação, por via do qual se vise a declaração e o reconhecimento da existência de uma união de facto.

⁵³ Observe-se, a este propósito, que o art. 6.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, prevê, no tocante ao regime de acesso às prestações por morte, que “a entidade responsável pelo pagamento das prestações, quando entenda que existem fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto, pode solicitar meios de prova complementares, designadamente declaração emitida pela Autoridade Tributária e Aduaneira ou pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., onde se ateste que à data da morte os membros da união de facto tinham domicílio fiscal comum há mais de dois anos”. Acresce que, se, na sequência dessas diligências probatórias, subsistirem dúvidas quanto à existência efetiva de uma união de facto, recai sobre a entidade responsável pelo pagamento das prestações o ónus de propor a competente ação judicial, com vista à comprovação dessa relação jurídica.

7. CONCLUSÕES

O direito de remição assume especial relevância no processo de execução, na medida em que permite proteger a integridade do património familiar, sem que, do seu exercício, resulte qualquer prejuízo para o exequente, para os eventuais credores, bem como para os adjudicatários ou adquirentes dos bens penhorados.

No que em particular se refere à sua natureza, trata-se de um direito potestativo, na medida em que o seu exercício depende, única e exclusivamente, da vontade do respetivo titular e impõe-se ao adquirente ou ao adjudicatário dos bens penhorados.

Já no que diz respeito à titularidade do direito de remição, a lei de processo civil restringe o exercício deste direito a um leque muito restrito de familiares do executado, concretamente ao cônjuge que não se encontre judicialmente separado de pessoas e bens, aos descendentes e aos ascendentes do executado, sendo a lei omissa quanto à questão de saber se o unido de facto beneficia igualmente do direito de remir os bens penhorados. Ora, dado que a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, não reconheceu ao unido de facto a titularidade do direito de remição no processo executivo, forçoso se torna concluir que nem o art. 842.º do CPC pode ser aplicado, por analogia, à união de facto, nem esse preceito legal pode ser interpretado de forma extensiva, por forma a se estabelecer uma equiparação entre o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e o unido de facto.

Neste enquadramento, considerando que o direito de remição se destina a salvaguardar a família do executado e que, no ordenamento jurídico português, não existe qualquer razão que, nesse domínio, imponha um tratamento diferenciado entre o casamento e a união de facto, o art. 842.º do CPC será inconstitucional quando interpretado no sentido de apenas reconhecer a titularidade do direito de remição ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, vedando, outrossim, esse direito ao unido de facto. Na verdade, este entendimento é o único que é suscetível de garantir a adequada proteção da família e do seu património no âmbito do processo executivo.

DAÑOS POR INFIDELIDAD MATRIMONIAL Y ENGAÑO SOBRE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA DEL MARIDO

Nieves Martínez Rodríguez *

Sumario: 1. Planteamiento. 2. La progresiva superación del principio de inmunidad familiar. 3. ¿Son aplicables las normas generales de responsabilidad civil a los daños intrafamiliares? 4. El incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial. 5. Los daños derivados de la ocultación de la paternidad biológica del hijo matrimonial; 5.1. Infidelidad y engaño sobre la verdadera filiación. Daños vinculados pero autónomos. 5. 2. Eventuales daños indemnizables por el descubrimiento de la falsa paternidad; 5.2.1. Daños no patrimoniales; 5.2.2. Daños patrimoniales; 5.3. Evolución jurisprudencial. El tratamiento por los Tribunales españoles; 5.3.1. Las primeras sentencias del Tribunal Supremo; 5.3.2. La doctrina de las Audiencias Provinciales; 5.3.3. De nuevo el Tribunal Supremo: la STS 629/2018, de 13 de noviembre. 6. Para concluir.

1. PLANTEAMIENTO

En las relaciones de familia, como en cualquier otro tipo de relación humana, pueden producirse daños que requieren ser reparados. La obligación de repararlos puede estar expresamente prevista por el legislador, en cuyo caso, habrá que estar a lo dispuesto en la norma. En ocasiones, son las propias normas del Derecho de familia las que prevén concretos remedios indemnizatorios. Otras veces los daños son

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Salamanca.

resarcibles porque derivan de conductas que, por su especial gravedad, están tipificadas como delitos y llevan aparejada la responsabilidad civil derivada del ilícito penal. La duda surge respecto a aquellos daños cuyo resarcimiento no está contemplado legalmente. En este caso, la eventual reparación pasa por la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil.

El problema es que durante mucho tiempo se ha negado la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares. Los tribunales no reconocían daños resarcibles entre los miembros de la familia más allá de los que tuvieran un reconocimiento normativo concreto. La propia configuración de la familia tradicional y los principios que inspiraban su regulación hacían inviable este tipo de reclamaciones. El Derecho de familia era considerado un sistema normativo autónomo e impermeable a las normas del Derecho de daños.

La situación ha cambiado en las últimas décadas y, actualmente, la idea de dotar de viabilidad al ejercicio de acciones de responsabilidad en la familia se va arraigando en los tribunales, en la doctrina jurídica y en la conciencia social. Si bien, lejos de ser un tema ya concluso, sigue siendo objeto de interesantes debates, con posiciones doctrinales encontradas y una jurisprudencia poco uniforme.

De los distintos supuestos en los que pueden plantearse este tipo de reclamaciones vamos a dedicar las siguientes páginas a los daños entre cónyuges provocados del incumplimiento del deber fidelidad y por el descubrimiento de la falsa paternidad del hijo matrimonial. En la práctica judicial es constante su conexión pues, los daños derivados de la fidelidad conyugal no se suelen reclaman autónomamente, sino cuando de esa infidelidad ha nacido un hijo, que es considerado matrimonial por la presunción de paternidad, y respecto del cual se descubre posteriormente su verdadera filiación biológica.

El marido de la madre asume la paternidad con todas las consecuencias que conlleva, tanto legales como sociales y afectivas. Posteriormente descubre que el hijo, que durante un tiempo consideró como suyo, es fruto de una relación extramatrimonial. El descubrimiento de la verdad biológica le provoca una serie de daños morales y patrimoniales que pretende que sean reparados con una indemnización a cargo de su esposa o ex esposa. Y la cuestión fundamental que se

platea no es otra que la posibilidad de acudir a los remedios indemnizatorios previstos en el Derecho de daños, es decir, si la conducta de la esposa es o no susceptible de generar un daño indemnizable mediante el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil.

Frente a esta cuestión encontramos opiniones doctrinales diversas que, con argumentos bien trazados, se decantan por una u otra postura. Y también decisiones judiciales muy interesantes, aunque no siempre claras y, en ocasiones contradictorias. El tema se ha planteado en distintos ordenamientos jurídicos, pero no parece una cuestión resuelta definitivamente. Tampoco lo está, en absoluto en España, que es donde centramos este estudio. El objeto del mismo no es otro que ofrecer una panorámica del estado actual de la cuestión en el Derecho español con el análisis de los diferentes aportes doctrinales y la de las resoluciones judiciales más relevantes sobre la materia.

2. LA PROGRESIVA SUPERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMUNIDAD FAMILIAR

La responsabilidad civil ha sido tradicionalmente una institución extraña al ámbito familiar. Los conflictos que surgían entre los miembros de la familia debían resolverse conforme a las reglas propias del Derecho de familia, también cuando esos conflictos tuvieran su origen en eventuales daños intrafamiliares. El denominado “principio o regla de inmunidad familiar” hizo inviable las reclamaciones entre sus miembros¹. Este principio, típico de viejo *Common Law*, ha estado vigente, en mayor o menor medida, en el derecho anglosajón hasta la segunda mitad del siglo pasado. La regla de inmunidad familiar, propia de los tribunales de estos ordenamientos, no permitía las reclamaciones entre cónyuges por la fusión de personalidades que suponía el matrimonio. La inmunidad entre marido y mujer tenía su fundamento en la doctrina de la *marital unity*, según la cual el matrimonio determinaba que

¹ Inmunidad familiar que, según Salvatore Patti (*Famiglia y Responsabilità Civile*. Milano, Giuffrè Editore, 1984, p. 3) tendría su origen en una costumbre social, en una regla moral que impide que se litigue por hechos cometidos dentro de la familia, pues de lo contrario se desnaturalizaría los principios que la constituyen.

la identidad de la mujer se fundiera con la de su marido y ambos pasaran a ser, en derecho, una sola persona, lo que impedía cualquier reclamación entre ellos. La situación fue evolucionando y a principios del siglo XX los jueces de EEUU comienzan a rechazar los argumentos que justifican la impunidad entre cónyuges y a admitir acciones por daños de uno contra otro. También en Inglaterra la regla de inmunidad fue cayendo en desuso y se derogó definitivamente en 1962 por *la Law Reform (Husband and Wife) Act*, que reconoció a cada cónyuge legitimación para interponer acciones frente al otro como si no estuvieran o hubieran estado casados. Si bien, aunque se posibilitó todo tipo de acciones de responsabilidad por daños entre cónyuges, el derecho inglés atribuye al juez la potestad de suspender el ejercicio de la acción en caso de considerar que la continuación del proceso no producirá un beneficio sustancial a ninguna de las partes ². En Estados Unidos, actualmente, en la mayoría de jurisdicciones se recurre al Derecho de daños para compensar económicamente a un cónyuge por los daños causados por el otro durante el matrimonio. La abolición de la regla de la inmunidad he permitido aplicar las reglas ordinarias del Derecho de daños entre esposos ³.

En los ordenamientos jurídicos continentales, aunque la regla de inmunidad no tuvo reconocimiento expreso, operaba implícitamente. La familia tradicional y los principios que durante siglos inspiraron su regulación hacían inviables este tipo de reclamaciones. La impermeabilidad y autonomía propias del Derecho de Familia y su carácter cerrado impedían la aplicación del Derecho de daños: las relaciones familiares se regulan con sus propias reglas.

² Josep Ferrer Riba, “Relaciones familiares y límites del Derecho de daños”, *InDret*, 4, 2001, p. 6.

³ Para un estudio detallado de la evolución del principio de inmunidad familiar en el *Common Law*, *vid.*, entre otros: Esther Farnós Amorós, “Indemnización de daño moral derivado de ocultar la paternidad”, *InDret*, 4, 2007, en particular, las páginas 16 y ss., en las que hace un interesante análisis de la evolución de la regla de la inmunidad; Antonio Fayos Gardó, “Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil. Una perspectiva española y norteamericana”, *Actualidad Civil*, n.º 14, 2011; y el trabajo ya citado de Josep Ferrer Riba, “Relaciones familiares...” *cit.*, en particular, las páginas 4-8.

Las codificaciones del siglo XIX acogieron un modelo de familia patriarcal y autoritaria, en el que el varón ejercía su autoridad sobre la mujer y los hijos y asumía el control de una familia cerrada al exterior. Cualquier daño a la esposa o a los hijos se justifica, siempre que no traspasara los límites del Código Penal, en el ejercicio de la autoridad de la que gozaba el padre de familia ⁴. Los conflictos en el ámbito doméstico se resolvían internamente, siendo mínima la injerencia estatal.

La salvaguarda de la armonía familiar se erigía como un principio inamovible y era incompatible con la reclamación de daños. La solidaridad y el altruismo propios de la relación de familia y la necesidad de no alterar la avenencia entre sus miembros exigían el sacrificio de los derechos individuales de cada uno de ellos, así como un deber de tolerancia e indulgencia (hoy día incompresible) ante determinadas conductas.

Poco a poco la situación va evolucionando hacia posturas más flexibles y la responsabilidad civil se va abriendo camino en las relaciones familiares. Las reclamaciones, antes inexistentes, son cada vez más numerosas y comienza a admitirse, doctrinal y jurisprudencialmente, la reparación de daños causados entre personas que están o han estado unidas por vínculos familiares.

Entre los factores que propiciaron este cambio hay que destacar la profunda renovación del Derecho de familia. La moderna concepción de la institución familiar y su nueva reglamentación en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos permitieron derribar los obstáculos que la habían mantenido impenetrable a las normas generales de la responsabilidad.

La familia tradicional, patriarcal, cerrada a la injerencia estatal y concebida como institución deja paso a un modelo de familia muy diferente. Una familia ahora basada en principios de igualdad, abierta a la intervención del Estado y entendida como instrumento al servicio del individuo, cuyos derechos individuales deben ser protegidos. Protección que debe garantizarse aun cuando la lesión provenga de otro

⁴ Alma María Rodríguez Guitián, “Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 8, 2015, p. 4.

miembro de la familia, a pesar de que implique sacrificar la armonía, la estabilidad o la cohesión del grupo familiar.

La familia deja de ser un fin en sí misma para ser un medio que está al servicio de los individuos que la forman. Su finalidad esencial es facilitar a sus miembros el ejercicio de sus derechos fundamentales y la garantía de los derechos de los que son titulares. Los tribunales deben intervenir para asegurar el respeto de esos derechos e intereses legítimos ⁵. En este contexto, el resarcimiento de daños comienza a abrirse paso en la jurisprudencia española y también en la de aquellos ordenamientos en los que se privilegia la personalidad de los miembros de la familia sobre la propia institución, porque, como se ha dicho “el sujeto familiar es, sobre todas las cosas, una persona, y no existe una prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar” ⁶.

En esta nueva concepción de la familia, sus componentes son, ante todo, sujetos de derechos individuales, que no deben ser limitados ni siquiera por otros miembros de su familia, lo que justifica la intervención de los tribunales ante daños intrafamiliares. Por eso compartimos la idea de que la admisión del principio de que nadie puede causar daño a otro sin repararlo depende del concepto de familia que exista en el ordenamiento de que se trate. “Un sistema basado en la consideración de familia como una unidad excluye los daños entre familiares mientras que otro basado en la protección del individuo admitirá reglas de responsabilidad” ⁷.

⁵ En el mismo sentido, José Ramón De Verda Y Beamonte, “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Diario La Ley*, n.º 6676, 2007, p. 1658, que señala: “A medida que la familia evoluciona y que el modelo patriarcal se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los Tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable”.

⁶ Jorge Mosset Iturraspe, “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares” *Revista de Derecho de Daños*, 2001 n.º 2. Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, p. 510.

⁷ Encarna Roca I Trías, “La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad

3. ¿SON APLICABLES LAS NORMAS GENERALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL A LOS DAÑOS INTRAFAMILIARES?

El Derecho de familia y el Derecho de daños son dos sistemas normativos autónomos que han discurrido sin interferencias durante muchos años. Sin embargo, la superación de la tradicional inmunidad familiar da paso a una nueva hermenéutica que conecta y armoniza estas dos ramas del Derecho y se inicia una tendencia a no excluir radicalmente la reparación de los daños intrafamiliares.

Hace ya más de dos décadas que se inicia en España un interesante debate doctrinal sobre esta cuestión que aún sigue generando controversias y opiniones enfrentadas. La cuestión fundamental es decidir si es jurídicamente viable la exigencia de responsabilidad entre miembros de una misma familia o, si por el contrario, la existencia de un vínculo familiar entre dañado y causante del daño exime a este último de responsabilidad ⁸.

Lo cierto es que la relación de familia no hace inmune al causante del daño. La función de la responsabilidad es la reparación o la compensación del daño y el vínculo familiar no debe eximir de responder. Si se acredita la existencia del daño y concurren los demás presupuestos de la responsabilidad: la acción u omisión culposa o negligente y el nexo de causalidad; no hay argumentos jurídicos para excluir la aplicación de estas normas en las relaciones familiares. Así, para aquellos daños intrafamiliares que no tienen prevista legalmente la reparación, debemos acudir a la aplicación de la norma que plasma el principio *alterum non laedere*. En Derecho español, el artículo 1902 del Código Civil (en adelante CC), que dispone: “El que por acción u

civil”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. Moreno Martínez), Madrid, Dykinson, 2000, p. 540.

⁸ En el mismo sentido se pronuncia Antonio Fayos Gardó (“Daños morales...”, *cit.* p. 2) que, después de preguntarse ¿por qué tendrían que ser aplicables las normas de responsabilidad civil a las relaciones familiares?, reconoce que la pregunta podría plantearse de otra forma: ¿por qué no son aplicables las normas de responsabilidad civil a supuestos de derecho de familia si éstas no son suficientes para obtener una compensación por un daño sufrido en las relaciones familiares?

omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”.

Partiendo de la atipicidad del daño, los daños intrafamiliares serán resarcibles al amparo del citado artículo 1902 CC en caso de no gozar de otro remedio indemnizatorio específico ⁹. El precepto debe ser aplicado como una cláusula abierta para reparar los daños que no tengan prevista una determinada consecuencia, pues en el ordenamiento español — y en otros afines como el portugués, el francés y el italiano —, rige un sistema de atipicidad del ilícito civil o sistema abierto, basado en una cláusula general que contiene los requisitos básicos de la responsabilidad sin especificar qué daños son o no resarcibles. Si concurren esos requisitos, la lesión de cualquier interés legítimo constituye un daño que debe ser reparado, también se produce entre familiares.

El legislador español no ha excluido la aplicación del artículo 1902 CC a los daños intrafamiliares. El artículo impone el deber de reparar a “el que por acción u omisión causa daño a otro...”, sin exigir que el agente dañoso y la víctima no sean familia. Si no hay una norma que rechace su aplicación no hay motivo para hacerlo siempre que, en relación a un concreto daño, no haya una norma que prevea la reparación.

Desde este planteamiento es difícil seguir defendiendo, con argumentos estrictamente jurídicos, la inmunidad familiar y su impermeabilidad a las normas generales del Derecho de daños. No hay fundamento para excluir radicalmente su aplicación, ni para seguir considerando a la familia como un ámbito cerrado a la justicia en el que sus miembros pueden dañarse impunemente. Como ha reiterado la doctrina, no existe, en principio, ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar ¹⁰.

⁹ Belén Sainz-Cantero Caparrós, “La atipicidad de los daños intrafamiliares en la jurisprudencia española. Necesidad y oportunidad de la tutela aquiliana en el ámbito familiar”, *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 121, 2014, p. 1.

¹⁰ Por todos, Teresa Marín García de Leonardo, “¿Es indemnizable la infidelidad?”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 47, 2010, p. 31.

A pesar de que estos argumentos, ahora sólo esbozados, son defendidos por buena parte de la doctrina española, también son rebatidos por algunos autores contrarios a los mismos, especialmente críticos con la entrada de la responsabilidad civil en los conflictos familiares ¹¹. De forma muy simplificada, algunas de las razones alegadas por la doctrina para rechazar la aplicación de la responsabilidad son: que el remedio indemnizatorio del artículo 1902 CC está pensado para otro tipo de relaciones humanas distintas de las familiares; la existencia de una regla de moralidad que impide que los miembros de una familia se demanden entre sí; el carácter ético o moral de los deberes familiares; la aplicación de las consecuencias previstas en el Derecho de familia como derecho especial con sus propias normas; la necesidad de evitar los conflictos para salvaguardar la cohesión y la armonía familiar, así como también el riesgo a la proliferación de reclamaciones banales que conllevaría la admisión de estos daños..., entre otras ¹².

Mayoritariamente, sin embargo, la doctrina considera que las relaciones familiares no pueden ser causa de impunidad y no descarta la aplicación del artículo 1902 del CC si se produce un daño que no

¹¹ Entre otros Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, “Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho civil*, 2011, p. 524. En este interesante trabajo, los autores cuestionan las premisas sobre las que se asientan las propuestas mayoritarias que defienden la ampliación de la responsabilidad en el ámbito familiar. Consideran que la falta de respuesta del Derecho de familia ante determinadas conductas no necesariamente es una supuesta insuficiencia o laguna de la regulación sino una opción del legislador (p. 530).

¹² Para una explicación más detallada puede verse el trabajo de Alma María Rodríguez Guitián, “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003, n.º 1. En particular, las páginas 67 a 80, en las enumera y analiza las razones que se alegan para la justificación de la exclusión del derecho de daños en el ámbito familiar: la regla de moralidad que impide que los miembros de una familia se demanden entre sí; el modelo de familia patriarcal de los Códigos del siglo XIX; el breve plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil; el carácter ético o moral de los deberes familiares; el peligro de proliferación de demandas triviales y el aumento de la conflictividad en el seno de la familia; el hecho de que la indemnización de los daños familiares no cumpla las funciones propias de la responsabilidad civil; y la aplicación exclusiva de las normas del derecho de la familia para la resolución de los daños entre los miembros de la misma.

tenga prevista otra forma de resarcimiento. No obstante, algunos autores advierten de la necesidad de extremar la prudencia pues las peculiaridades de la familia desaconsejan admitir indiscriminadamente las reclamaciones de daños entre sus miembros ¹³. La institución familiar y el Derecho que la regula presentan unas especiales características que dificultan la aplicación e interpretación de las normas sobre responsabilidad con los mismos patrones que en el ámbito patrimonial. Los clásicos esquemas de responsabilidad civil, en ocasiones, son difícilmente aplicables y necesitan ser acomodados a estas características específicas del Derecho de familia ¹⁴.

Se trata de aplicar en el ámbito familiar las consecuencias previstas para otras situaciones jurídicas extrañas al mismo, lo que acarrea no pocas dificultades. Por ello, algunos autores abogan por la construcción de una teoría general de daños intrafamiliares que tenga en cuenta las especialidades del Derecho de familia ¹⁵. Sería deseable que existieran normas propias que determinaran la eventual procedencia, presupuestos, alcances y límites de la reparación de daños producidos en las diversas relaciones de familia ¹⁶. En este sentido se ha apuntado la necesidad de abordar la elaboración de una teoría general de responsabilidad en el Derecho de familia distinta de la responsabilidad en materia de obligaciones, con la finalidad de soslayar aquellas dificultades que genera la aplicación de esta última en el ámbito de la familia puesto que “la familiar y la patrimonial son realidades diferentes” ¹⁷.

¹³ Por todos, Alma María Rodríguez Guitián: “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)”, *Diario La Ley*, n.º 7582, 2011, p. 12.

¹⁴ Teresa Marín García de Leonardo, “¿Es indemnizable...”, *cit.* p. 30.

¹⁵ Por todos, María Aránzazu Novales Alquezar, “Hacia una teoría general de la Responsabilidad Civil en el Derecho de familia”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 60, 2006, p.205.

¹⁶ Entre la doctrina argentina ya se había pronunciado en este sentido Abel Fleitas Ortíz de Rosas, “Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges. *Revista de Derecho de Daños*. Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001-2, p. 172.

¹⁷ María Aránzazu Novales Alquezar, “Hacia una teoría...”, *cit.*, p. 207. Señala esta autora que la teoría general de la responsabilidad debe construirse especialmente ya que el Derecho está obligado a tratar diferente a lo que es diferente y además la aplicación dudosa o tímida al Derecho de familia de algunas reglas de

Hasta que llegue esa eventual e incierta regulación no parece aconsejable excluir radicalmente la aplicación de las normas de responsabilidad civil, aunque somos conscientes de la complejidad de establecer criterios de carácter general que sirvan para todas las posibles reclamaciones. Porque lo cierto es que las situaciones son tan numerosas y dispares que es difícil hallar soluciones definitivas y completas.

No caben respuestas generalizadas por lo que habrá que abordar el tema desde los diferentes daños distinguiendo en qué casos opera o no la responsabilidad civil. Y, ante la falta de previsión legal, debe ser el juez quien decida en cada caso por lo que la jurisprudencia va a tener un papel determinante y de importante contenido creador.

De la diversidad de supuestos en los que pueden plantearse reclamaciones por daños intrafamiliares vamos a ocuparnos ahora de los daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad conyugal y, en particular, de los que ocasiona la atribución de la falsa paternidad que tiene su origen en ese incumplimiento. Son casos muy particulares que no permiten la generalización a otros supuestos. Pero también son casos muy interesantes sobre los que se han venido pronunciado en los últimos años los tribunales españoles, creando una importante jurisprudencia que ha ido abriendo (o cerrando) camino a la reparación del daño intrafamiliar.

4. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL

El daño provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales y su posible resarcimiento ha sido una cuestión polémica y muy

responsabilidad contractual o extracontractual pensadas para el Derecho civil patrimonial, ya ha mostrado sus dificultades de acoplamiento (pp. 206 y 207).

Otras autoras también se han pronunciado también sobre la necesidad “de crear un marco jurídico adecuado a las características especiales del Derecho de familia” (Teresa Marín García de Leonardo, “¿Es indemnizable la infidelidad?”, *cit.*); y sobre la posibilidad de ordenar “nuevas y específicas medidas sustantivas y procesales” en la configuración de la obligación resarcitoria que se ordene como reacción al daño civil familia, que es un conflicto de especiales características (Belén Sainz-Cantero Caparrós, “La atipicidad...”, *cit.*, p.15).

discutida en los últimos años por la doctrina. La cuestión es decidir si, más allá de las consecuencias previstas en el Derecho de familia para ese incumplimiento, cabe la aplicación de las normas de responsabilidad civil cuando tal incumplimiento provoca un daño en quien lo sufre.

Las pretensiones indemnizatorias han ido más allá de la eventual aplicación del artículo 1902 CC, que regula la responsabilidad extracontractual, para plantear la exigencia de resarcimiento por la vía de la responsabilidad contractual del artículo 1101 CC ¹⁸, apelando al carácter contractual de los deberes incumplidos. Posibilidad negada expresamente por algunos autores, pero que otros no descartan al considerar que “la existencia de unos deberes inherentes al matrimonio encaja mucho más en el esquema de la indemnización derivada del daño inherente a la contravención del tenor de las obligaciones (artículo 1101 CC) que del genérico *alterum non laedere*”.

De entre todos los deberes del matrimonio tiene especial relevancia en este tema el de fidelidad (artículo 68 CC ¹⁹). El daño moral generado por su incumplimiento ha sido tratado en numerosas decisiones judiciales y estudios doctrinales pues, en la práctica, la mayoría de los procedimientos sobre reclamaciones de entre cónyuges versan precisamente sobre los daños por la vulneración de este deber.

En el Derecho español, con carácter general, la infidelidad, por sí sola, no se considera una causa generadora de responsabilidad para el cónyuge incumplidor ²⁰. Gran parte de la doctrina niega el carácter indemnizable de los supuestos daños que provoca la mera infidelidad. Y ésta es también la línea seguida por la jurisprudencia. Como más adelante analizamos, los tribunales rechazan habitualmente las

¹⁸ El artículo 1101 del Código civil español dispone: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

¹⁹ El artículo 68 del CC español dispone: Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

²⁰ Teresa Echevarría de Rada, “Responsabilidad civil por infidelidad conyugal”, *Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 8, La Ley, 2015, p. 2.

pretensiones de reparación alegando que esta conducta, por sí misma, no da lugar a un daño indemnizable.

Respecto a las posiciones doctrinales, podemos resumirlas en tres posturas diferentes. En primer lugar, la de la doctrina mayoritaria, que niega que la infracción de los deberes conyugales (tampoco el de fidelidad) dé lugar a responsabilidad extracontractual (artículo 1902 CC), ni tampoco contractual (artículo 1101 CC). Aunque no dudan del sufrimiento que provoca la conducta infiel al cónyuge que la padece, rechazan la posibilidad de una tutela indirecta de la infidelidad mediante la condena a abonar una indemnización por el posible impacto psicológico o emocional que pueda producir ²¹. Por otro lado, algunos autores defienden el carácter resarcible de los daños por infidelidad, en sí misma considerada, sin necesidad de que vaya unida a una falsa paternidad ²². Y, en tercer lugar, para algunos podría ser admisible esta responsabilidad sólo en determinados casos de especial gravedad de los daños causados, en la línea en el que se reconocen en otros ordenamientos ²³.

²¹ Miquel Martin-Casals y Jordi Ribot, “Daños en derecho de familia...”, *cit.*, p. 543.

²² Entre otros, José Ramón De Verda Y Beamonte (“Responsabilidad civil y divorcio...”, *cit.*, p. 14 de 20), que mantiene que la infracción del deber de fidelidad, en sí misma, «en cuanto lesión del recíproco derecho de los cónyuges a la exclusividad sexual del otro, puede dar lugar a un daño moral resarcible, con independencia de que, como consecuencia de ella, haya o no nacido un hijo extramatrimonial. El nacimiento de un hijo no matrimonial no es *conductio sine quanon* de la existencia del daño moral, aunque lógicamente, de darse, puede agravarlo considerablemente...».

²³ En este sentido Alma María Rodríguez Guitián (“De nuevo sobre la reparación de los daños...”, *cit.*, p. 13) para quien sólo en determinados casos de especial gravedad los daños causados por la infidelidad son resarcibles. Idea que parece que subyace en otros ordenamientos. Así, en el Common Law norteamericano se examina si la conducta concreta consistente en el incumplimiento de un deber conyugal resulta particularmente ultrajante, de manera que para decidir si se está ante una causación intencional de trastornos emocionales (*intentional infliction of emotional distress*) consideran la relación de las partes, la duración de su compromiso y también si se dispone de otros remedios como el divorcio. Por su parte, el Tribunal Supremo alemán ha reconocido de forma excepcional el derecho a la indemnización en el caso de adulterio cuando hay intención cualificada de causar daño, pero no en virtud del parágrafo 823 sino por el parágrafo 826 BGB (por causación dolosa de daños atentando contra las buenas costumbres).

Lo cierto es que, en el propio ejercicio de la libertad personal puede defenderse el derecho del cónyuge infiel a no ser sancionado. Su conducta se enmarca dentro del legítimo derecho a la propia libertad en la esfera personal ²⁴ y el recurso a la acción indemnizatoria para tratar delimitar por esta vía este tipo de conductas podría suponer un grave atentado a ese derecho ²⁵. Por otra parte, la decepción o el sufrimiento que la infidelidad provoca puede ser considerado como un riesgo general de la vida que impide estimar las pretensiones resarcitorias por esta causa ²⁶. Como se ha dicho, esas consecuencias deben asumidas por la víctima como un riesgo intrínseco o propio de las relaciones humanas ²⁷.

A todo ello la doctrina añade la consideración de que las únicas consecuencias de ese incumplimiento deben ser las previstas en el Derecho de familia, como cauce natural para resolver este tipo de situaciones. El Derecho de familia, como un derecho cerrado y completo ²⁸, ofrece, o debe ofrecer, respuestas legales sin necesidad de acudir al Derecho de daños ²⁹. Y, lo cierto es que, las normas del Derecho de familia no prevén ningún tipo de indemnización al respecto.

²⁴ Miquel Martin-Casals y Jordi Ribot, “Daños en derecho de familia...”, *cit.*, p. 543.

²⁵ Laura López de La Cruz, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *InDret*, 4-2010, p. 16.

²⁶ Verónica Nevado Catalán, “Responsabilidad derivada de la indebida atribución de la paternidad”, *InDret*, 4, 2018, p. 12.

²⁷ Así lo reconocen, entre otros, Pilar Álvarez Olalla (“Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 9/2011, p. 4) para quien estos daños morales, “que sin duda pueden generar el descubrimiento de una infidelidad, no resultan indemnizables de la misma manera que no lo son los causados por abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, ya sean amistosas o amorosas”.

²⁸ Josep Ferrer Riba, “Relaciones familiares...” *cit.*, p.14.

²⁹ En contra de este argumento, José Ramón De Verda Y Belmonte (“Responsabilidad civil y divorcio...”, *cit.* p. 5): “...este argumento, que presupone el apriorismo de considerar que las normas de Derecho de familia constituyen un sistema cerrado y completo, nunca me pareció convincente, ya que el hecho de que el art. 86.1 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 2005, tipificara como causa de separación la falta de cumplimiento de los deberes conyugales no significaba que el legislador estuviera excluyendo que produjera otros efectos distintos,

Durante un tiempo, la conducta infiel era considerada como causa de separación y divorcio. Desde 2005 (Ley 15/200 de 8 de julio) estas causas han desaparecido el Código Civil español. La eliminación de la que había sido la principal consecuencia de la infidelidad ha sido también alegada para defender la imposibilidad de hacer responder al cónyuge infiel: acudir a la responsabilidad civil sería reintroducir remedios indemnizatorios en contra de la voluntad del legislador que ha optado por eliminar las consecuencias jurídicas de estas conductas ³⁰. Si bien, también se ha alegado que precisamente la supresión de estas causas es la que permite la aplicación del artículo 1902 del CC para reforzar el carácter jurídico de los deberes conyugales ³¹.

A nuestro juicio, la reforma introducida por la Ley 15/2005 no ha sido decisiva. Compartimos la idea de quien defiende que la introducción del divorcio no causal no aporta argumentos relevantes a la discusión sobre el carácter indemnizable del incumplimiento de deberes conyugales ³². No ha servido para dar entrada a la aplicación de las

como, por ejemplo, el resarcimiento del daño a que diera lugar el incumplimiento, siempre, claro está, que concurrieran los requisitos a los que el art. 1902 del Código subordina la responsabilidad del autor de hecho dañoso”.

³⁰ Por todos, Magdalena Ureña Martínez, “La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex art. 1902 CC. Comentario a STS, de 13 noviembre”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 110/2019, p. 14. Señala que “si nuestro sistema de crisis matrimoniales descansa en el principio no culpabilístico de la separación y el divorcio, si se concedieran indemnizaciones por daños por incumplimientos de los deberes conyugales como la fidelidad, retornaríamos nuevamente a un sistema de culpa, derogado tras la aludida reforma del Código Civil”.

³¹ José Ramón De Verda Y Belmonte (“Responsabilidad civil y divorcio ...”, *cit.*, p. 6) para quien, tras la reforma de 2005, suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, “parece inevitable hacer entrar en juego el artículo 1092 para asignarles alguna consecuencia, sino no se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos... Y es que una cosa es suprimir cualquier tipo de referencia a la idea de culpa en el régimen de las causas de separación y divorcio, que es lo que hace la Ley 15/2005 y otra cosa, muy distinta, es negar el resarcimiento de los daños morales, producidos por un incumplimiento culpable de los deberes conyugales, para lo cual no veo ninguna razón consistente”.

³² En este sentido, Verónica Nevado Catalán, “Responsabilidad derivada...”, *cit.* pp. 11 y 12, que considera que el primer razonamiento no aporta nuevas razones

normas de responsabilidad so pretexto de cubrir una supuesta laguna legal al ser privado el incumplimiento de consecuencias jurídicas. Pero tampoco para justificar nuevas razones que nieguen esa aplicación, distintas de las ya invocadas: la libertad personal y la propia asunción del riesgo propio de la relación matrimonial que impiden establecer sanciones más allá de las previstas en el Derecho de familia. El recurso al resarcimiento parece un mecanismo que no ha sido diseñado para resolver estas cuestiones. Sobre todo, si tenemos en cuenta que la finalidad fundamental del Derecho de daños es la indemnización o el resarcimiento de los perjuicios injustamente sufridos y no la de sancionar al sujeto que los ocasiona ³³.

5. LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA DEL HIJO MATRIMONIAL

5.1. Infidelidad y engaño sobre la verdadera filiación. Daños vinculados pero autónomos

Junto a los eventuales daños provocados por la infidelidad hay otro tipo de daños, estrechamente relacionados: los derivados de la falsa atribución de paternidad al marido de la madre. Su vinculación es

en contra de la responsabilidad por infracción del deber conyugal de fidelidad. Por el contrario, considera que induce a error afirmar que el legislador avanza en la línea de no sancionar estas conductas. La infidelidad no deja en 2005 de ser causa (fáctica) de divorcios y separaciones, sino que con la reforma se permite la libre salida del matrimonio, por esa o por cualquier otra ‘causa’, sin necesidad de justificar el motivo. Es decir, se prioriza la libertad individual frente al anterior y más tradicional modelo de familia. Conviene recordar que el avance hacia un mayor individualismo no es precisamente un argumento contrario a la responsabilidad por los daños causados. Tampoco le convence el segundo argumento pues parece insinuar que estaríamos ante una laguna legal si el incumplimiento de los deberes de los arts. 67 y 68 CC no tuviese ninguna otra consecuencia jurídica. Frente a ello, basta recordar que sí se prevén consecuencias ante los incumplimientos graves o reiterados y, además, cabría la posibilidad de que el legislador hubiese decidido no sancionar el incumplimiento sin que ello suponga la existencia de una laguna.

³³ Laura López de La Cruz, “El resarcimiento del daño moral...”, *cit.* p. 4.

evidente. Una de las conductas: la infidelidad, suele ser la causa de la otra: el engaño sobre la paternidad del hijo matrimonial que, en realidad, nace de una relación extramatrimonial.

Ambos tipos de daños son objeto de tratamiento conjunto, aunque no idéntico, en muchas de las decisiones de los Tribunales. Lo que no resulta extraño si partimos de la relación de causa-efecto entre una y otra conducta. En la práctica judicial es constante su conexión: los daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad no se suelen reclamar de forma autónoma, sino sólo cuando de esa infidelidad ha nacido un hijo, cuya filiación biológica se descubre posteriormente. No obstante, a pesar de esta conexión, son conductas independientes, pues ni la infidelidad acarrea siempre una falsa paternidad, ni esta última tiene su origen siempre en una conducta infiel ³⁴. Y los daños provocados por una y otra tienen carácter independiente pues la ocultación paternidad pretende reparar un daño autónomo del que pueda haber causado la infidelidad ³⁵. La propia jurisprudencia los ha tratado como daños diferentes, a pesar de que las pretensiones de reparación del supuesto dañado, marido y padre, suelen ir juntas en las demandas.

Como regla general, la infidelidad, por sí sola, no da lugar a responsabilidad por el daño moral causado, pero la situación es diferente si fruto de esa relación nace un hijo. Al nacer dentro del matrimonio, su filiación quedará determinada respecto del marido de la madre por aplicación de la presunción legal de paternidad (artículo 116 CC ³⁶). Y el descubrimiento posterior de la falsa paternidad biológica provoca una serie de daños cuya reparación puede ser reclamada judicialmente. En este caso, lo decisivo no es tanto la infidelidad, aunque también se suele reclamar, como el daño por la atribución de

³⁴ La falsa paternidad puede ser debida a un cambio rápido a una nueva relación en cuyo caso no ha habido previa infidelidad. O también puede producirse el engaño sobre la realidad biológica de la paternidad entre quienes no son cónyuges y no están vinculados por el deber legal de fidelidad, como explica Verónica Nevado Catalán, “Responsabilidad derivada...”, *cit.*, p. 12.

³⁵ Por todos, Esther Farnós Amorós, “Indemnización de daño moral...”, *cit.*, p. 20

³⁶ El artículo 116 del CC español señala: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

una falsa paternidad o, como se suele denominar, por “ocultación de la paternidad” ³⁷.

La ocultación de la paternidad por parte de la esposa infiel y el descubrimiento del marido, o ex marido de la verdad biológica respecto del hijo, o hijos nacidos constante matrimonio provoca unos daños diferentes a los derivados de la infidelidad, cuyo posible resarcimiento debe ser apreciado desde planteamientos diversos. Una cosa es el dolor y la decepción que ocasiona el conocimiento de la infidelidad y otra diferente son los daños, no sólo morales sino también patrimoniales, derivados del descubrimiento de una falsa paternidad, asumida y ejercida con todas las consecuencias afectivas y patrimoniales en la creencia de un vínculo biológico inexistente.

En nuestra opinión, son daños diferentes, no sólo por quien los sufre, sino por la propia conducta de quien los provoca. Si, como hemos dicho, en el ejercicio de la libertad personal puede justificarse que las relaciones fuera del matrimonio no sean sancionadas por el Derecho y deban ser asumidas como un riesgo intrínseco o propio de las relaciones humanas, es difícil aplicar esos mismos argumentos para privar de consecuencias el engaño sobre la filiación. En estos casos se traspasan ciertos límites y el ordenamiento debe reaccionar porque no se puede reconocer a nadie el derecho a beneficiarse de la relación de pareja a fin de atribuirle la paternidad, abusando de la confianza que puede tener respecto al hecho de la generación. Ello supone una intolerable injerencia en la esfera personal del otro ³⁸.

³⁷ Usaremos también esta expresión, aunque, en puridad, no parece la más exacta si tenemos en cuenta que lo que realmente provoca el daño es el conocimiento de la falsedad. El daño ciertamente se origina por el descubrimiento de la verdad biológica, y no tanto por la ocultación o el engaño sobre la misma. La falsa paternidad, mientras permanezca oculta, no origina perjuicio alguno. El marido de la madre es el padre legal y lo seguirá siendo con todas sus consecuencias mientras no salga a la luz la ausencia de vínculos biológicos y se destruya la filiación en un procedimiento de impugnación de filiación. No obstante, a pesar de esta breve reflexión sobre el origen inmediato o la causa directa del daño, utilizaremos la locución “daños por ocultación de la paternidad” porque es la más habitual y, por tanto, la más conocida para describir este tipo de situaciones.

³⁸ Pilar Álvarez Olalla, “Prescripción de la acción...” *cit.*, p. 5.

En este caso, se tiende a aceptar que este tipo de conductas deben de tener respuesta en el ordenamiento jurídico. Y ante la falta de normas específicas que prevean sus consecuencias, se da entrada al Derecho de daños para admitir el resarcimiento mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil. Buena parte de la doctrina española defiende que este daño es indemnizable, aun cuando no lo sea el que provoca la relación de infidelidad que da origen al nacimiento del hijo ³⁹. Pero también hay muchos autores que no consideran resarcibles los daños provocados por estas conductas ⁴⁰. No existe una posición uniforme, lo que no es extraño teniendo en cuenta que tampoco los tribunales han mantenido una postura clara, como explicamos en páginas posteriores al analizar la evolución de la jurisprudencia en esta materia.

La proliferación de reclamaciones de daños causados por una esposa al ocultar a su marido la verdadera paternidad del hijo ha puesto de manifiesto la variedad de problemas que plantean estas situaciones y la divergencia en las posiciones mantenidas por los tribunales. Entre las cuestiones fundamentales a dilucidar destacan el tipo de daños que pueden ser objeto de resarcimiento. A ellos nos referimos someramente.

5.2. EVENTUALES DAÑOS INDEMNIZABLES POR EL DESCUBRIMIENTO DE LA FALSA PATERNIDAD

5.2.1. Daños no patrimoniales

El descubrimiento de la falsa paternidad provoca en el “no padre” un fuerte impacto emocional y un profundo dolor por perder a un supuesto hijo al que ha querido y cuidado como si lo fuera. Por ello, la pretensión de reparación parte normalmente del daño no patrimonial: se

³⁹ Por todos, Pilar Álvarez Olalla, “Prescripción de la acción...” *cit.*, p. 5; José Ramón De Verda Y Belmonte “Responsabilidad civil y divorcio ...”, *cit.*, p. 19.

⁴⁰ Por todos, Laura López de La Cruz, “Responsabilidad civil por daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 48, 2019, p.8; Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, “Daños en derecho de familia...”, *cit.*, p. 564.

reclama a la esposa (casi siempre, ya ex esposa) una indemnización por el dolor experimentado al conocer la falta de vínculo biológico, en cuyo caso estaríamos ante un daño moral en sentido estricto. Aunque también es habitual alegar otros daños no patrimoniales como los daños físicos y psicológicos (a la salud) y, en ocasiones, daños por el deterioro de la fama y el honor.

Los tribunales han apreciado la existencia de daño no patrimonial resarcible derivado del dolor y la angustia que provoca la falsa paternidad. A veces, equiparan este dolor al sufrimiento por la pérdida o fallecimiento del hijo (SAP Barcelona, sección 18, 16 de enero 2007); o reconocen y reparan el daño moral como desengaño y frustración (SAP Asturias, sección 5.ª, 18 mayo 2012); estado de frustración y sufrimiento (SAP León, sección 1.ª, 30 abril 2009); dolor por la pérdida de la relación paterno-filial que determina una afección psicológica (SAP de Valencia, sección 11.ª, 13 noviembre 2014); trastorno producido por el conocimiento de la exclusión de la paternidad (SAP Cantabria, sección 2.ª, de 3 de marzo de 2016); desengaño y frustración por el vacío emocional, dolor por la mutilación de un proyecto de vida familiar, afección por la posible pérdida de un normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales con el hijo, etc.

Lo cierto es que la existencia del dolor o sufrimiento, base del daño moral puro, parece incuestionable. Este daño incluso es reconocido por los tribunales que rechazan la responsabilidad de la esposa ⁴¹. Por lo definitivo no es si el daño moral existe o no, como si ese daño debe ser reparado. Su carácter resarcible es el que decide la eventual indemnización, pues el sufrimiento y demás efectos dolorosos derivados del descubrimiento de la verdad no se cuestionan.

Los tribunales que sí han reconocido la reparación de este daño han justificado su decisión en la propia configuración del daño moral hecha por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que cabe incluir “cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas

⁴¹ El propio Tribunal Supremo reconoce expresamente la existencia del daño para decir a continuación que ese daño no es susceptible de reparación económica. Así lo señala en la STS n.º 629/2018 de 13 de noviembre, que más adelante analizamos.

fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito..., lo que se pretende sustantivar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito, se ven privadas de la vida de esos seres tan allegados y con lazos tan intensos” (STS 139/2001 de 22 de febrero).

Los padecimientos psíquicos, e incluso, físicos habitualmente sufridos por el marido tras el repentino descubrimiento de la falsa paternidad encajan en este concepto de daño moral, sobre todo si, como algunos tribunales han señalado, ese daño se equipara a la propia muerte física del hijo ⁴².

El marido que reclama los daños no patrimoniales a menudo los acredita aportando informes médicos y psicológicos que certifican los daños físicos y psíquicos o que prueban una incapacidad temporal incluso una situación de baja laboral por los efectos en su salud de la conmoción sufrida al conocer la verdad. No obstante, por la naturaleza de estos daños, los tribunales son especialmente flexibles en su apreciación hasta llegar a presumir la existencia del daño cuando de los hechos puede deducirse el evidente padecimiento sufrido por el demandante ⁴³.

Apreciada la concurrencia del daño, especial dificultad presenta su cuantificación pues la determinación del *quantum* indemnizatorio es una de las cuestiones más complejas a la hora de resarcir el daño moral. El juez evaluará el daño ponderando todas las circunstancias

⁴² Comparación que parece un tanto exagerada si tenemos en cuenta que el hijo, aunque ya no sea tal, sigue viviendo y podría seguir manteniendo contacto con él si las circunstancias lo permiten o lo aconsejan. En este sentido, Teresa Echevarría de Rada, “Responsabilidad civil...” *cit.* p.5.

⁴³ Verónica Nevado Catalán, “Responsabilidad derivada...”, *cit.* p.24, que menciona, entre otras, la ya citada SAP de León, 30-1-2009, en la que los magistrados, aunque disponían de un informe de la psiquiatra y del testimonio de familiares, señalaron que “en cualquier caso, ni las pruebas practicadas ni las que hubieran podido llevarse a cabo en tal sentido, son necesarias para llegar a una conclusión que entendemos evidente, y es el dolor y el sufrimiento que con total seguridad se le ocasiona a cualquier persona en la situación de D. Raúl”.

concurrentes ⁴⁴ y tomando en consideración los hechos y su impacto en el propio demandante. La inexistencia de parámetros que permitan traducir en términos económicos este daño hace inevitable cierta discrecionalidad judicial. Si a ello unimos el hecho de que la cuantificación es una cuestión de hecho no susceptible de ser revisada en casación ⁴⁵, se entiende la diversidad de respuestas de los tribunales de apelación a la hora de fijar las indemnizaciones. Sin ánimo de exhaustividad podemos mencionar algunos de los criterios que se tienen en cuenta para la fijación de la cuantía: la propia gravedad del daño sufrido; el número de hijos ⁴⁶; el tiempo durante el que se mantuvo el error ⁴⁷; el tiempo de convivencia con el hijo ⁴⁸ y la propia relación paterno-filial existente ⁴⁹, entre otros.

⁴⁴ Como reconoce la jurisprudencia. Por todas, la STS 58/2006, de 10 de febrero: “la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes”.

⁴⁵ A no ser que no ser que el tribunal de instancia haya infringido normas legales o criterios jurisprudenciales. Por todas, la STS 993/2006, de 4 de octubre: “esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales..., debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste”.

⁴⁶ En este sentido destaca la paradigmática de la SAP de Valencia, de 2 de noviembre de 2004, que ha establecido la indemnización más alta por este concepto (100.000 €) por la especial gravedad del caso en que el demandante descubrió que tres de los cuatro hijos que creía suyos no lo eran.

⁴⁷ La SAP de Oviedo de 18 mayo 2012 establece que atendida la escasa duración de la convivencia de la pareja y del lapso de tiempo durante el que el actor permaneció en el error, en absoluto justifican una suma tan elevada como la interesada, resultando más ajustada la de 3.000 euros.

⁴⁸ La SAP de Valencia de 5 septiembre 2007 rebaja la cantidad concedida en primera instancia, atendiendo a los siguientes factores: el escaso tiempo de convivencia con el menor, no más de un año, y su convicción, casi desde su nacimiento, que el hijo no era suyo.

⁴⁹ Se establece que el daño moral debe compensarse con 15.000 € en la SAP de Murcia de 18 noviembre 2009 por ser el hijo ya mayor y constatarse la difícil relación paterno-filial y en la SAP de Jaén de 9 de marzo 2015 en la que, pese a acreditarse

5.2.2. Daños patrimoniales

Como daños patrimoniales suelen ser reclamados los gastos derivados del procedimiento de impugnación de la filiación, de la prueba de paternidad, los gastos médicos por el tratamiento recibido, e incluso los de desplazamiento para cumplir el régimen de visitas ⁵⁰. Pero, sobre todo, se reclaman los gastos abonados para la crianza del hijo, para lo habitualmente se pretende la devolución de los alimentos pagados al supuesto hijo durante el periodo en el que el padre creyó serlo.

En este caso, el daño cuya reparación se solita tiene su origen en la merma del patrimonio del padre que cumple con las obligaciones impuestas legalmente respecto del cuidado y manutención de un hijo, que luego resultó que no lo era. Y los tribunales han considerado que los gastos de mantenimiento del hijo durante la convivencia matrimonial corresponden al marido porque forman parte del deber de contribuir a las cargas del matrimonio (artículos 1318, 1362 y 1438 CC), por lo que no puede prosperar la reclamación ⁵¹.

Distinto es el pago de las pensiones alimenticias fijadas en la sentencia de separación y divorcio y abonadas por el padre hasta la impugnación de la filiación. En este caso, la jurisprudencia menor comenzó admitir la procedencia de la devolución. Aunque no solo a través del artículo 1902 CC, como indemnización por los daños patrimoniales sufridos ⁵², sino

el daño físico del demandante por agravamiento de la enfermedad de Krohn que padecía, se constata la escasa relación paterno-filial.

⁵⁰ Sobre el tema, *vid.* Verónica Nevado Catalán, “Responsabilidad derivada...”, *cit.* p.26.

⁵¹ En este sentido, la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008. También la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 así lo señala y además lo aplica al supuesto en ese concreto supuesto a pesar de que el régimen económico matrimonial era el de separación absoluta de bienes. Señala que, aunque el art. 1362 CC no es directamente aplicable en este caso, entre dicho precepto y la situación real vivida en el seno de esa familia existe una identidad de razón que permite considerar que la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges, que conviva en el hogar familiar, corre a cargo de la economía doméstica.

⁵² La SAP de Cuenca de 8 de abril de 2013 sostienen que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo debe realizarse conforme al art. 1902 CC. También la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2011 y SAP de Barcelona de 16 enero de 2007, entre otras.

también, en muchas ocasiones ⁵³, por la aplicación del artículo 1895 del CC que regula el cobro de lo indebido ⁵⁴. Sin embargo, no es una postura unánime, porque mientras algunas Audiencias aceptan la devolución, otras la rechazan negando la aplicación del cobro de lo indebido por considerar que los alimentos eran debidos hasta que no se declare en sentencia firma la no filiación ⁵⁵.

Y esta última postura es la que ha seguido el Tribunal Supremo en la Sentencia 202/2015 de 24 de abril ⁵⁶ que resuelve una reclamación de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos a una hija menor, desde el inicio del convenio regulador hasta la fecha en que se declara judicialmente que el demandante no era el padre biológico. La reclamación se interpone frente a la madre en el ámbito de las acciones por cobro de lo indebido. Para el Alto Tribunal, mientras no se declare judicialmente que el padre no lo es, no resulta de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos han de considerarse como debidos. Los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legal, “existiendo justa causa”, y esta obligación se mantiene hasta que se destruye la realidad biológica. Esta sentencia parece que cierra la vía a la recuperación de los alimentos por la vía del cobro de

⁵³ Entre otras, la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 y la SAP de Murcia de 18 de noviembre de 2009.

⁵⁴ La reclamación se basa en el artículo 1895 del Código Civil, que reza: “Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”. La procedencia del reintegro por aplicación de las reglas del cobro de lo indebido requiere, por tanto, la concurrencia de prestación realizada por el *solvens* con ánimo de extinguir una obligación; la inexistencia de vínculo obligatorio entre el *solvens* y el *accipiens*; y error del *solvens*.

⁵⁵ Entre otras, la SAP de Granada de 13 de junio de 2014, la SAP de Jaén, de 9 de marzo de 2015 y la SAP de Ciudad Real, de 29 de febrero 2012.

⁵⁶ Para un estudio detallado de esta sentencia, *vid.*: Laura Alascio Carrasco, “Reclamación de los alimentos abonados por los hijos desde la sentencia de separación y hasta la declaración de la no paternidad”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 101-2016; Jesús A. Messía de La Cerda Ballesteros: “La influencia de la infidelidad en el mantenimiento de la obligación de alimentos a favor de los hijos”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 9, 2016; Carmen Pérez Conesa: “Impugnación de filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos. (STS de 24 de abril de 2015. Voto particular)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 6/2015..., entre otros.

lo indebido y la decisión adoptada no ha estado exenta de polémica. La sentencia cuenta con el voto particular de dos de los magistrados de la Sala que, aun respetándola, no comparten sus argumentos ⁵⁷. Buena parte de la doctrina tampoco los comparte ⁵⁸.

El Tribunal Supremo vuelve pronunciarse sobre esta cuestión en la STS 629/2018 de 13 de noviembre, a la que luego nos referiremos con más detalle. En ella vuelve a negar al padre la restitución de los pagos en concepto de alimentos pues “esos pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial”. El derecho de alimentos del hijo existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio. Consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a las obligaciones que le correspondían. Mientras la paternidad matrimonial no se desvirtuó judicialmente despliega todos sus efectos como si fuera una verdadera paternidad biológica y esos efectos no se verán alterados, aunque se constate después una filiación distinta.

Estas dos resoluciones del Tribunal Supremo cierran, al padre, la posibilidad de recuperar los alimentos pagadas a quién creyó erróneamente que era su hijo biológico. Pues, en tanto no se declare la no paternidad, la obligación existe y los alimentos son debidos.

⁵⁷ Los magistrados Antonio Salas y Francisco Javier Orduña Moreno para quienes “la obligación de alimentos incumbe de forma solidaria a los verdaderos progenitores, sin que la prestación alimenticia efectuada por quien se creía padre — sin serlo — precisamente por la ocultación de la esposa impida a éste reclamar de los verdaderos obligados el reintegro de lo satisfecho por error”. No se trata en este caso de una cuestión de “devolución de alimentos”, que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho en tal concepto, desde que se produce la ruptura de la convivencia entre los progenitores formales, y surge la obligación del pago de alimentos. La devolución de alimentos que han sido consumidos no es una pretensión a deducir contra quien los ha consumido, sino contra quien era el obligado a darlos.

⁵⁸ Claramente favorable al contenido del voto particular se muestra, entre otros, Carmen Muñoz García, “Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 24 de abril de 2015. Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declararse la inexistencia de relación paterno filial”, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, n.º 7 (2015), p. 647.

5.3. Evolución jurisprudencial. El tratamiento por los Tribunales españoles

La comprensión de este complejo tema, carente de regulación y colmado de opiniones doctrinales encontradas y cambiantes, exige el análisis de los pronunciamientos judiciales claves en esta materia. Todos tienen como supuesto de hecho común el descubrimiento por parte del marido o ex marido de la falsedad de la paternidad del hijo o hijos nacidos constante matrimonio. El daño que produce ese descubrimiento es reclamado por el marido engañado, así como también el provocado por la infidelidad de su esposa.

Las decisiones de los tribunales han sido diversas, tanto en orden al reconocimiento o no del daño, como a los requisitos necesarios para su reconocimiento y, en su caso, al alcance de los daños y la cuantía de las indemnizaciones.

Sin pretensión alguna de exhaustividad, repasamos brevemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia y alguna de las sentencias más relevantes de las Audiencias provinciales.

5.3.1. Las primeras sentencias del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre los daños por ocultación de la paternidad sólo en cinco sentencias y únicamente en tres de ellas ha entrado en el fondo del asunto, pues en las otras dos apreció la prescripción de la acción de responsabilidad.

Las primeras sentencias son del año 1999, muy próximas en el tiempo. En los litigios que dieron lugar a las mismas los demandantes reclamaban a sus ex esposas sendas indemnizaciones por los daños patrimoniales y morales que habían padecido por la infidelidad de éstas, de la que había resultado el nacimiento de hijos, cuya paternidad les había sido erróneamente atribuida. En ambas, la Sala desestimó la pretensión, aunque con fundamentos distintos.

La primera es la *STS 687/1999 de 22 de julio*, en la que el demandante reclamaba a la madre el pago correspondiente a los alimentos abonados a favor del hijo y una indemnización por el daño moral sufrido por la actitud y comportamiento doloso de la esposa al ocultar la verdadera paternidad de aquél.

El Tribunal desestima el recurso porque no aprecia comportamiento doloso en la esposa, que desconocía la falsedad de la paternidad. El procedimiento de impugnación se inició a instancia del propio hijo. La Sala alega que la madre podía tener “posibilidades y sospechas, pero no un conocimiento pleno y de total certidumbre” y niega la reparación al no apreciar una conducta dolosa tendente a ocultar la verdad biológica.

Según esta sentencia, la falta de dolo excluye la responsabilidad, argumento sorprendente si tenemos en cuenta que el artículo 1902 CC no exige dolo, sino culpa, como criterio de imputación. Por ello, este recurso a la exigencia de dolo para que proceda el resarcimiento es, a juicio del a doctrina, el punto más débil de la argumentación del Tribunal ⁵⁹. Muy cuestionado por buena parte de los autores que reconocen que no hay base legal para sostener que la responsabilidad queda limitada al dolo ⁶⁰, e incluso, calificado por alguno como clamoroso error de la sentencia ⁶¹.

La falta de dolo para fundamentar la negativa a la reparación del daño reclamado deja abierta la entrada a la responsabilidad en este tipo de situaciones. Aunque no parece que esa fuera la intención del Tribunal, la interpretación en sentido contrario nos lleva considerar que, si hay conducta dolosa de la esposa, derivada del conocimiento y ocultación de la no paternidad, entonces sí habría responsabilidad. Y en efecto, esta interpretación es la que, años más tarde, permitió a los Tribunales de apelación el reconocimiento de estos daños como daños indemnizables.

En la segunda sentencia, una semana después, el Tribunal Supremo se pronunció sobre una cuestión similar. Es la *STS 701/1999, de 30*

⁵⁹ En el mismo sentido, Encarna ROCA I TRÍAS, “La responsabilidad civil...”, *cit.* p. 561.

⁶⁰ Por todos, Javier Barceló Domenech, “La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIBE*, n.º 4 ter, julio 2016, p. 296. Este autor considera censurables las resoluciones jurisprudenciales que exigen el dolo, que da la impresión que “manejan la óptica de la punición o el castigo”.

⁶¹ Mariano Yzquierdo Tolsada, “Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la Responsabilidad civil”, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, n.º 10, 2018, p. 419.

de julio, que también desestima la pretensión indemnizatoria. Los hechos son similares, aunque no exactamente coincidentes. En este supuesto, la esposa fue la que impugnó la paternidad de los dos hijos del matrimonio. El marido interpuso una demanda en concepto de daños patrimoniales y morales, argumentando que la violación del deber de fidelidad comportaba un resarcimiento y, como este deber es una consecuencia del contrato matrimonial, debería aplicarse el artículo 1101 del CC que regula la responsabilidad contractual.

El Tribunal, en este caso, considera acreditado el dolo (requisito exigido en la sentencia anterior) y pese a ello vuelve a negar la indemnización. Desestima la reparación solicitada por el marido al amparo del artículo 1101 CC por el daño patrimonial y también por el daño moral causado por la infidelidad de la esposa. Los argumentos son diferentes. Para la Sala, el incumplimiento de los deberes conyugales, y en particular del deber de fidelidad, es merecedor de un reproche ético social, pero no genera obligación de indemnizar, “la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial” (entonces lo era), pero “no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101 CC, por más que se estimen contractuales estos deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario obligaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

El Tribunal no niega que estas conductas sean susceptibles de causar daño. Lo que niega es que ese daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de responsabilidad civil. Con los argumentos que expone, veta la entrada del Derecho de daños apelando a la especialidad del Derecho de familia, como un derecho autónomo y completo, porque considera que estas conductas tienen respuesta en este Derecho sin necesidad de que entren en juego las reglas de responsabilidad civil.

Las dos sentencias, dictadas con siete días de diferencia, llegan a la misma conclusión: el daño generado por la infidelidad no es susceptible de reparación económica alguna. En ambos casos se plantearon tres cuestiones distintas: las consecuencias del incumplimiento del deber de fidelidad; el resarcimiento de los daños morales ocasionados por la falsa paternidad; y la reclamación por el pago de los alimentos por

quien resultó no ser el padre. Aunque son conductas distintas que generan daños autónomos el Tribunal Supremo no los analizó por separado sino que optó por abordarlos de manera unitaria y quizá “sin la profundidad que hubiera sido deseable” ⁶².

El Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre el tema en la *STS 445/2010, de 14 de julio* ⁶³ y la *SST 404/2012, de 18 de junio*, pero en ninguna de las dos entra al fondo del asunto porque entiende prescrita la acción para reclamar los daños.

Sí entra al fondo, en cambio, en la posterior *STS 629/2018, de 13 de noviembre*, que sienta un importante precedente judicial y que analizamos más adelante para respetar el orden cronológico.

5.3.2. La doctrina de las Audiencias Provinciales

Frente al rechazo del Tribunal Supremo, el reconocimiento del carácter resarcible de este tipo de daños ha venido de la mano de la llamada jurisprudencia menor. Las sentencias de las Audiencias Provinciales han ido creando una importante doctrina favorable a su admisión, consolidada a lo largo de estos últimos años.

Lo cierto es que la *STS 687/1999 de 22 de julio* es la que contiene en su razonamiento las claves que han permitido la entrada de esta doctrina propicia a la responsabilidad civil en casos de procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento al cónyuge. Aunque la exigencia del dolo excede de lo requerido en el artículo 1902 del CC y no esté justificada la elevación del criterio de imputación, las Audiencias siguieron la línea marcada por el Tribunal Supremo al exigir una conducta dolosa en la ocultación de la verdad biológica como requisito para la indemnización.

Especial mención merece la *SAP de Valencia (sección 7.ª), de 2 de noviembre de 2004*, que reconoció por primera vez la reparación. Esta sentencia fue pionera en aplicar el artículo 1902 CC para reparar el

⁶² Laura López de La Cruz, “Responsabilidad civil por los daños...”, *cit.* p. 3.

⁶³ Comentada por Pilar Álvarez Olalla, “Prescripción de la acción...” *cit.* y por Antonia Paniza Fullana, “Filiación impugnada. Prescripción y daños continuados. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010)”, *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, n.º 9, 2011.

daño sufrido por el supuesto padre al descubrir la falsedad de su filiación de tres de sus cuatro hijos. Aunque no admite como daño reparable el provocado por la infidelidad de la esposa ⁶⁴, aprecia la existencia de dolo en el ocultamiento de la paternidad como causa de imputación, interpretando *a sensu contrario* la STS 687/1999 de 22 de julio. Conducta dolosa imputable no sólo a la esposa sino al padre biológico, al que también el esposo había demandado. Respecto a ambos, la sentencia dicta que “actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor”. Y el conocimiento posterior de la verdad fue “el desencadenante de un daño al actor que debe ser resarcido”. La obligación de indemnizar al esposo recae, de forma solidaria, en la ya ex esposa y en el progenitor biológico. El tribunal la cuantificó en 100.000 euros, la cantidad más elevada que, hasta ahora, se ha concedido en España en este tipo de reclamaciones ⁶⁵.

Esta línea jurisprudencial fue seguida por otras Audiencias provinciales ⁶⁶ que comienzan a admitir la responsabilidad siempre que exista una conducta dolosa de la esposa, apreciada como el conocimiento cierto de la verdadera paternidad del hijo y la ocultación de tal hecho al marido.

Esta doctrina, sin embargo, fue evolucionando hacia criterios menos rígidos y los tribunales comienzan a admitir la responsabilidad por culpa. La SAP de Barcelona (Sección 18.^a), 16 de enero de 2007 ⁶⁷ es la primera que prescinde del criterio del dolo y reconoce suficiente la conducta negligente de la madre para obligarla a reparar. Su falta de

⁶⁴ Respecto a la infidelidad conyugal, comparte la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999, en las que señala que el daño moral generado por uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la ruptura del vínculo conyugal.

⁶⁵ Para un análisis detallado de la sentencia nos remitimos al comentario de Esther Farnós Amorós, “El precio de ocultar la paternidad...”, *InDret*, n.º 2, 2005.

⁶⁶ Entre otras, la SAP León (Secc. 1.^a) de 30 de enero de 2009; SAP Murcia (Secc. 5.^a) de 18 de noviembre de 2009, la SAP Valencia (Secc. 7.^a), de 5 septiembre de 2007.

⁶⁷ Sobre esta sentencia, *vid* el comentario de Esther Farnós Amorós, “Indemnización de daño moral...”, *cit*.

diligencia en la adopción de medidas tendentes a averiguar la verdadera paternidad la hace responsable. Considera la Audiencia que, aun cuando no pudiera conocer la verdadera filiación (no hay dolo en la ocultación), debió adoptar medidas tendentes para la veraz determinación de la misma, porque, al tener relaciones extramatrimoniales debió sospechar que el hijo pudiera no ser de su marido y no lo verificó.

Con los mismos argumentos, la *SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 3 de abril 2008* señala que la esposa, desde el nacimiento del hijo, debió de haber hecho todo lo razonable para determinar la paternidad biológica evitando así que se considere padre al marido por el juego de la presunción legal de paternidad matrimonial y “esa conducta ya es en sí misma gravemente negligente y legitima su responsabilidad”.

Después de estos pronunciamientos, otros posteriores comienzan a admitir la reparación del daño por conducta negligente. Pero simultáneamente algunos tribunales siguen insistiendo en la necesidad de actuación dolosa. Las respuestas de las Audiencias durante los años posteriores han sido diversas en cuanto a la fundamentación de la responsabilidad y el criterio de imputación exigido, pero la mayoría han coincidido en el carácter reparable del daño.

Esta doctrina que parecía ya consolidada, ha dado un giro inesperado con un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, en el año 2018, contrario a la reparación.

5.3.3. De nuevo el Tribunal Supremo: la STS 629/2018, de 13 de noviembre

Después de casi dos décadas sin decidir sobre el fondo del asunto, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse para negar, de nuevo, el carácter resarcible del daño causado por la ocultación de la paternidad biológica. Y lo hace en una sentencia, continuista de la doctrina fijada en las anteriores sentencias de 1999, la *STS 629/2018, de 13 de noviembre* ⁶⁸ con la que rectifica los planteamientos de las Audiencias

⁶⁸ Para un estudio detallado de la sentencia nos remitimos a los trabajos de: Miquel Martín Casals y Jordi Ribot; “Exclusión de responsabilidad en la ocultación de la madre por las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a las STS de 13 de noviembre de 2018”, *Revista Cuadernos*

que, en mayor o menor medida y con diferentes argumentos, había dado entrada al ejercicio de las acciones de responsabilidad civil.

La sentencia atiende esencialmente a dos pretensiones de reclamación diferentes: la restitución de los alimentos satisfechos al hijo, que resultó no serlo, y el resarcimiento del daño moral derivado de la ocultación y posterior descubrimiento de la falsa paternidad. Aunque también el Tribunal aborda el daño de la infidelidad matrimonial porque es esta conducta la que lleva a la ocultación de la filiación.

Respecto a los alimentos, la Sala reitera su propia doctrina para negar la procedencia de su devolución. En particular hace referencia a la STS 2002/2015 de 24 de abril, que, como ya explicamos, desestimó la acción de reembolso por cobro de lo indebido. En este caso, la reclamación de los alimentos se plantea como indemnización por daños patrimoniales por la vía del artículo 1902 del CC, pero el Tribunal mantiene y reitera los mismos argumentos para negar la devolución. Señala que la madre no debe reembolsar los alimentos al supuesto padre, que lo fue hasta que se determinó legalmente la falsedad de la filiación. Los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye la realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. Los alimentos carecen de efectos retroactivos “de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto ya consumidas”.

Por otro lado, la Sala niega también el resarcimiento del daño moral derivado de la infidelidad y de la ocultación de la paternidad. Afirma tajantemente que el daño generado a uno de los cónyuges

Civitas de Jurisprudencia Civil, n.º 110, 2019; José Ramón de Verda Y Beaumont, “Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial”, *La Ley* 14894/2018; Magdalena Ureña Martínez, “La ocultación de la paternidad...”, *cit.*; María Eugenia Serrano Chamorro, “¿Hay daño moral indemnizable por ocultación de la paternidad en el matrimonio?”, *Práctica Derecho de Daños*, n.º 142, 2020; Mariano Yzquierdo Tolsada, “Comentario...”, *cit.*; Laura López de La Cruz, “Responsabilidad civil ...”, *cit.*

por estas conductas no es susceptible de reparación económica. La sentencia reconoce que dichas conductas pueden causar un daño, pero rechaza que “ese daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar”.

Con el mismo razonamiento que ya había expuesto, recuerda que la infidelidad tiene respuesta en la normativa reguladora del matrimonio y que esa normativa no contempla la indemnización del daño moral. El deber de fidelidad es un deber estrictamente matrimonial que no es coercible jurídicamente con medidas distintas de las previstas en esas normas. Y utiliza esa misma argumentación para negar el daño por falsa paternidad, pues señala expresamente que “al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación”.

De forma categórica el Tribunal Supremo mantiene y confirma una tendencia contraria a la indemnización y rechaza la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil. Y lo hace, precisamente, sobre la negación del carácter resarcible de los daños derivados del incumplimiento de los deberes matrimoniales, en particular del deber de fidelidad.

A nuestro juicio, hacer depender unos daños de otros, genera una confusión difícil de justificar. Una cosa es el daño derivado del incumplimiento del deber de fidelidad y otra distinta el daño que sufre el supuesto padre tras descubrir la falta de relación biológica con quien creía su hijo. Este último daño no deriva propiamente en la infidelidad (aunque sea la causa de la concepción del hijo extramatrimonial), sino del engaño o la no revelación de la verdadera filiación. Son daños distintos y autónomos cuya determinación y eventual reparación deberían ser independientes, al igual que su reclamación.

No hay duda que esta sentencia ha supuesto un importante freno en la evolución hacia el resarcimiento del daño intrafamiliar. Lejos de establecer un criterio unánime que permita unificar los criterios de las Audiencias, el Tribunal Supremo se ha desmarcado con una sentencia

que retrocede en un camino ya iniciado hacia el reconocimiento de esos daños, sobre cuya reparación ya existía un claro consenso, no solo jurisprudencial y doctrinal, sino también social. Y lo ha hecho con argumentos jurídicos poco claros.

Lo cierto es que la sentencia no ha dejado indiferente a nadie. La doctrina ha reaccionado de forma diversa. Encontramos autores que comparten el criterio del Tribunal Supremo, acorde con la postura que ya venían defendiendo ⁶⁹. Otros que también coinciden con la decisión pero encuentran insuficiente la argumentación ⁷⁰. Y algunos sumamente críticos con el contenido de la sentencia ⁷¹. Parece que la ansiada unanimidad doctrinal tampoco va a llegar de la mano de una sentencia que no convence a todos.

⁶⁹ Magdalena Ureña Martínez, “La ocultación de la paternidad...”, *cit.*, En su opinión “dicha doctrina jurisprudencial resulta acertada”. También Laura López de La Cruz (“Responsabilidad civil por los daños...”, *cit.* p. 8) defiende que no son indemnizables ni los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales ni los originados por la ocultación de la paternidad.

⁷⁰ Miquel Martín Casals y Josep Ribot (“Exclusión de responsabilidad...”, *cit.*, pp. 50-52) señalan que la argumentación de la sentencia es demasiado parca en lo que se refiere a la ocultación de la paternidad. Para los autores, la justificación pasa por tener en cuenta qué intereses merecen la tutela indemnizatoria y qué intereses deben ceder ante otros de rango superior y cuya ponderación obliga a preferirlos frente a los primeros. Por ello, en estos casos, el interés del hombre en conocer la verdadera filiación de sus hijos, que se deriva del libre desarrollo de su personalidad..., no puede restringir el libre desarrollo de la personalidad de la madre en lo que afecta también a la relación que le une al marido y a sus hijos. A pesar de que en una primera ponderación ambos merecen la misma tutela, para que pudiera prevalecer el del marido sobre el de la mujer se requeriría una grave intromisión en el derecho fundamental a la intimidad de ésta.

Pero los autores insisten en que, a pesar de los comentarios críticos, “hay que aplaudir sin reservas el paso dado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español en esta sentencia”.

⁷¹ José Ramón De Verda Y Beamonte (“Denegación de la indemnización...”, *cit.*, p. 9), para quien la sentencia es una mala noticia porque cierra el camino al resarcimiento del daño moral con argumentos teóricos muy discutibles y poco desarrollados. Mariano Yzquierdo Tolsada, (“Comentario...”, *cit.*, p. 422) critica que la sentencia valore las pretensiones: alimentos, infidelidad y ocultamiento de la verdadera paternidad, haciéndolas depender unas de otras y reconoce que le habría convencido más una sentencia que hubiera atendido a la restitución de alimentos y al resarcimiento por ocultación de paternidad.

6. PARA CONCLUIR

Tras la STS 629/2018 los daños sufridos por el descubrimiento de la falsa paternidad no son resarcibles en el ordenamiento jurídico español. Cuando ya había cierto consenso doctrinal y una postura consolidada de las Audiencias favorable a la reparación, el Tribunal Supremo se desmarca rechazando la indemnización por daños, tanto morales como patrimoniales, al vincular estos daños con los derivados del incumplimiento del deber de fidelidad.

La decisión ha supuesto un claro retroceso en el resarcimiento de daños en las relaciones familiares y pone de relieve las dificultades que entraña la aplicación del artículo 1902 CC para este tipo de situaciones. Pero, a nuestro juicio, esto no es un punto y final. Los argumentos esgrimidos no parecen convencer y la conexión o confusión entre unos daños, que son autónomos, han provocado que la decisión judicial esté siendo muy cuestionada.

El tema es ciertamente complejo y la aplicación de las normas de responsabilidad civil en la familia presenta ciertas aristas que no debemos obviar. La solución podría estar en la creación de un marco jurídico sobre responsabilidad que se adapte a las especialidades del Derecho de familia. Pero mientras el legislador no marque las pautas, la decisión queda en manos de nuestros jueces. Su mayor o menor sensibilidad hacia la tutela aquiliana de los daños intrafamiliares decidirá su postura.

El debate continúa. La doctrina mantiene opiniones enfrentadas y los tribunales resuelven las reclamaciones sin un criterio uniforme. Es aún un tema en construcción sobre el que todavía queda bastante por decir. Un tema que constituye un nuevo desafío en el Derecho de familia y en las relaciones entre sus miembros y que, sin duda, precisa de una seria reflexión.

LOS MENSAJES Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS COMO FUENTE DE PRUEBA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Pablo Grande Seara *

I. INTRODUCCIÓN

En la sociedad de las TIC's, los mensajes y comunicaciones electrónicas adquieren cada vez más relevancia como fuente de prueba en todo tipo de procesos, y, en particular, en los procesos de familia. Es evidente la importancia que pueden tener este tipo de comunicaciones mediante mensajes de voz, texto o video, intercambiados entre las partes o con terceros, para acreditar hechos relevantes en un proceso de familia, tales como la capacidad económica de los cónyuges, su idoneidad para la custodia de los hijos menores de edad, su implicación en las responsabilidades domésticas, o incluso la existencia de conductas o actitudes violentas entre la pareja.

Pero el uso de estas fuentes de prueba en los procesos de familia presenta importantes particularidades. Así, a las propias especialidades que presentan con carácter general estas fuentes de prueba en cualquier proceso, y que afectan sobre todo a la forma y condiciones para acceder a ellas y obtenerlas lícitamente y al modo de aportarlas al

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal. Universidad de Vigo. pgrande@uvigo.es.

proceso y, en su caso, acreditar su autenticidad e integridad, lo cual depende en buena medida de las características técnicas de la tecnología de comunicación utilizada, en el caso de los procesos de familia, estas particularidades se ven acentuadas por un concreto motivo: las relaciones de especial confianza que suelen existir entre los miembros de la familia, al menos, antes de que surja el conflicto, que lleva a que éstos renuncien, de modo expreso o tácito, a cuotas importantes del derecho individual a la intimidad y al secreto de las comunicaciones privadas, llegando a compartir con otros miembros de la familia el uso de dispositivos electrónicos (ordenador, tablet, móvil, etc.) e incluso cuentas de correo o aplicaciones de mensajería. Ello, por supuesto, tiene consecuencias a efectos de la licitud de la obtención y aportación al proceso de estas fuentes de prueba y su consecuente validez y valoración como medios de prueba.

Por ello, en las líneas que siguen se analizará, con la limitada extensión que permite un trabajo de esta naturaleza, las circunstancias en las que la parte puede obtener lícitamente estas fuentes de prueba, la forma o medios de prueba a través de los cuales se pueden introducir en el proceso, así como, finalmente, las reglas esenciales que rigen en su valoración probatoria, en particular, si la parte a la que perjudica la prueba en cuestión impugna su autenticidad o integridad.

II. OBTENCIÓN DE LA FUENTE DE PRUEBA

A la hora de analizar la licitud de la obtención de los mensajes y comunicaciones electrónicas y su validez como fuente de prueba en un proceso de familia, debemos partir de cuáles son los derechos fundamentales que se pueden ver afectados y hasta qué punto admiten limitaciones. Tales derechos son el derecho al secreto de las comunicaciones privadas (art. 18.3 CE) y/o el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) ¹.

¹ Vid., Armenta Deu, T., «Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, Whatsapp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre», *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 27, septiembre, 2018, págs. 71 y 72; Richard González, M., «Valor como prueba de

El derecho al secreto de las comunicaciones privadas protege el proceso de comunicación frente a cualquier intromisión ajena, tanto por parte de autoridades públicas como de particulares, y alcanza a cualquier forma y canal de comunicación. Conviene incidir en que este derecho protege el proceso de comunicación, no sólo el contenido de la misma (es decir, los mensajes que se transmiten); y, por tanto, impide la interceptación por un tercero de cualquier dato o elemento privado de la comunicación como son los datos identificativos de los intervinientes en la comunicación, la ubicación de estos, el tiempo y duración de la comunicación, o el tipo y contenido de la misma.

Esto significa que se vulnera este derecho al secreto de las comunicaciones por el mero hecho de que alguien acceda a la cuenta de correo o a la aplicación de mensajería de otra persona sin el consentimiento de su titular, aunque no pueda acceder o llegar a conocer el contenido de los mensajes ². En cambio, no se vulnera este derecho cuando el que utiliza o aporta al proceso datos de una comunicación es uno de los intervinientes en la misma, y con independencia del número de intervinientes (por ejemplo, mensajes recibidos en un grupo de Whatsapp; o envíos de correo electrónico colectivos). La utilización o difusión de esos mensajes u otros datos de la comunicación por uno de los intervinientes en la misma podrá afectar, en su caso, al derecho a la intimidad, pero no al secreto de las comunicaciones.

A su vez, el derecho a la intimidad supone la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. Pero es un derecho flexible, ya que su contenido se puede modular en función de la voluntad o conducta de su titular y de las circunstancias concurrentes. Es decir, corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que quiere reservar al conocimiento ajeno; y por ello, el consentimiento expreso o tácito del titular permite la inmisión lícita por un tercero en dicho ámbito. Esto tiene particular importancia en el contexto familiar o de pareja, ya que las especiales relaciones de confianza que, normalmente, existen en este ámbito,

los mensajes y comunicaciones electrónicas en los procesos de familia», en (Dir., Picó i Junoy, J y Abell Lluch, X.) *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Bosch, Barcelona, 2018, págs. 219 a 228.

² Vid., SAP de Illes Balears 431/2017, de 5 de septiembre (JUR 2017/276317).

al menos mientras no hay conflicto, así como el debido ejercicio de los derechos y deberes paternofiliales, hace que los límites de este derecho a la intimidad aparezcan a veces muy difuminados. Por ejemplo, como veremos, se entiende que no se vulnera este derecho a la intimidad con el uso por un miembro de la pareja de aquellos dispositivos o aplicaciones de comunicación que comparten de mutuo acuerdo, siempre que no se haga un uso ilícito de los contenidos o de la información de la aplicación que perjudique a los demás usuarios.

Por tanto, no cabe duda de que estos derechos al secreto de las comunicaciones privadas y a la intimidad personal también rigen y han de ser respetados en el ámbito familiar o de pareja. Pero el contenido y efectividad de tales derechos se puede ver atenuado o difuminado por la “autorenuncia” de sus titulares como consecuencia de la relación de confianza que suele existir en este contexto. Por ello, a efectos de determinar la licitud del acceso y obtención de mensajes y comunicaciones electrónicas para su aportación como fuente de prueba en un proceso de familia, debemos distinguir diversos supuestos, según que la parte que los aporta haya sido o no emisora o receptora de los mismos ³.

1. Obtención y aportación al proceso de comunicaciones electrónicas recibidas por la parte procesal

La obtención y aportación al proceso de mensajes y comunicaciones electrónicas recibidas por la propia parte no plantea, *a priori*, problemas de licitud, ya que cualquiera de los interlocutores en la comunicación puede obtener y aportar lícitamente al proceso estos mensajes sin que se pueda entender vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones; y ello, aunque no sea el destinatario exclusivo de los mensajes en cuestión. Por ejemplo, tratándose de un mensaje recibido en un grupo de Whatsapp o a través de un correo electrónico enviado a un colectivo, cualquiera de los receptores puede aportar lícitamente al proceso dicho mensaje. En este sentido, es clara la SAP de Asturias

³ Vid., Richard González, M., «Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas...», *op. cit.*, págs. 228 a 232.

280/2018, de 29 de junio, al señalar que «quien graba una conversación de otro atenta contra el derecho al secreto de las comunicaciones; pero quien graba una conversación con otro, no incurre en esta infracción, porque no hay secreto para aquel a quien la conversación se dirige»⁴. Por ello, concluye que no existe prueba ilícita cuando una parte aporta al proceso archivos de audio de conversaciones mantenidas con terceros en calidad de interlocutor.

Es más, sería lícita incluso la obtención y aportación de los mensajes al proceso por la persona titular del dispositivo electrónico en el que se han recibido tales mensajes, aunque no fuese ella directamente la destinataria de los mismos. Por ejemplo, cuando en la comunicación se utiliza el dispositivo o aplicación de mensajería de otra persona que luego encuentra dichos mensajes, o cuando, por error, se envían al destinatario equivocado. A este respecto, declara la SAP de Madrid 702/2015, de 24 de noviembre, que no concurre causa de nulidad porque los mensajes «han sido aportados al proceso por la propia persona titular del dispositivo electrónico que ha recibido los mensajes»⁵.

En definitiva, la aportación al proceso como fuente de prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas que ha recibido la propia parte que los aporta es lícita ya que no vulnera el derecho al secreto de la comunicación, en tanto que la parte es interlocutora en la comunicación o titular del dispositivo o aplicación desde el que se transmite o recibe el mensaje. Y, en principio, la utilización de estas comunicaciones como fuente de prueba en un proceso, tampoco vulnera el derecho a la intimidad, siempre que el contenido de las mismas sea útil y pertinente (necesario) para probar hechos relevantes en el proceso⁶.

2. Obtención y aportación al proceso de comunicaciones electrónicas transmitidas o recibidas por la parte contraria o un tercero

La licitud de la obtención y aportación al proceso como fuente de prueba de mensajes y comunicaciones electrónicas recibidos o

⁴ SAP de Asturias 280/2018, de 29 de junio (JUR 2018/240840).

⁵ SAP de Madrid 702/2015, de 24 de noviembre (ARP 2015/1313).

⁶ Vid., Richard González, M., «Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas...», *op. cit.*, pág. 231.

transmitidos por la parte contraria o un tercero queda supeditada a que se respeten los derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de los interlocutores. Pero esto no significa que, en ningún caso, una parte pueda obtener y aportar lícitamente al proceso mensajes o comunicaciones de los que no es interlocutora. A este respecto, tratándose de un proceso de familia, la doctrina y la jurisprudencia ha hecho las siguientes matizaciones.

Por supuesto, no es admisible ningún tipo de interceptación por la parte de las comunicaciones de otra persona (sea la otra parte o un tercero) para poder aportarlas al proceso como fuente de prueba ⁷; y ello, aunque exista vínculo personal, familiar o afectivo de especial confianza con el interviniente en la comunicación. La intervención de las comunicaciones, únicamente, está permitida cuando exista una resolución judicial que la autorice en el contexto de una investigación penal y con los límites y condiciones legalmente previstos en los arts. 588 bis *a*) y ss. LECrim.

En cambio, no existe impedimento para obtener y aportar al proceso datos personales (por ejemplo, ubicación, fotografías,...) y comunicaciones de terceros (mensajes de texto, audio o video) a los que se puede acceder en abierto a través de internet. Los titulares de perfiles en la red pueden establecer los niveles de privacidad que quieren aplicar. Por tanto, si establecen un nivel de libre acceso, sea absoluto o limitado, a su perfil, cualquier usuario de la aplicación que tenga autorizado el acceso al mismo podrá acceder y obtener copias de sus contenidos para aportarlos lícitamente al proceso ⁸.

⁷ Vid., SAP de Asturias 39/2017, de 15 de febrero (ARP 2017/412). Como señala Cuairán («La aportación de Whatsapps como medio de prueba en el procedimiento penal», *Diario La Ley*, n.º 9219, Sección Tribuna, 15 de junio de 2018 (La Ley 5337/2018), pág. 2), el acceso no consentido a conversaciones de terceros podría vulnerar el derecho fundamental a la intimidad y/o al secreto de las comunicaciones, lo que conllevaría que, además de ser considerada como prueba ilícita, dicha conducta fuera constitutiva de un delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto y penado en el art. 197 CP.

⁸ Como señala Armenta Deu («Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital...», *op. cit.*, pág. 74), la información insertada voluntariamente en la red para ser compartida con otros usuarios no goza de la protección del secreto de las comunicaciones; sin embargo, en supuestos como la información

En este sentido, las SSTS 292/2008, de 28 de mayo y 1299/2011, de 17 de noviembre, señalan que, efectivamente, las comunicaciones a través de internet se encuentran protegidas por el derecho al secreto del art. 18.3 CE; pero siempre que quede constatada la voluntad de los interlocutores de realizar dicha comunicación en el ámbito de la privacidad y en el ejercicio de su derecho a la intimidad, excluyendo toda injerencia de terceros en dicha comunicación, lo que habrá que valorar atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Y no parece que tal voluntad exista cuando es el propio comunicante el que permite que sus mensajes y comunicaciones sean conocidos por terceros ⁹.

Un supuesto que se plantea de modo relativamente frecuente en el ámbito familiar y de pareja es el de los dispositivos y aplicaciones de mensajería compartidos, o de titularidad personal, pero con acceso y uso autorizado a otros miembros del núcleo familiar. Por ejemplo, la pareja o los miembros de la unidad familiar comparten el uso del ordenador, la tablet, una cuenta de correo electrónico, o una aplicación bancaria; y lo mismo cabe decir de los grupos de Whatsapp. En estos casos, se considera lícito que cualquiera de los sujetos autorizados para el uso de estos dispositivos o aplicaciones pueda acceder a ellos y obtener los mensajes y comunicaciones transmitidos o recibidos a través de los mismos. No se vulnera con ello el derecho al secreto de la comunicación porque todos han aceptado, expresa o tácitamente, el acceso de los demás sujetos autorizados. Ahora bien, podría vulnerarse el derecho a la intimidad si la información personal de alguno de los sujetos autorizados así obtenida se utiliza con fines ilícitos, para causarle un perjuicio ¹⁰; lo cual no es el caso de que se utilice como fuente de prueba en un proceso penal.

También es frecuente en el ámbito familiar el acceso por parte de un progenitor a los mensajes albergados en los dispositivos o aplicaciones de sus hijos menores de edad. En este sentido, la jurisprudencia ha admitido

transmitida entre un grupo limitado o identificado de interlocutores sí resulta aplicable el art. 18.3 CE.

⁹ Vid., SSTS 292/2008, de 28 de mayo (RJ 2008/3241) y 1299/2011, de 17 de noviembre (RJ 2012/1540).

¹⁰ Vid., Richard González, M., «Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas...», *op. cit.*, pág. 229.

como lícito el acceso del progenitor a los mensajes albergados en el teléfono móvil de su hijo menor de edad, especialmente, cuando es el propio progenitor el que asume los gastos del dispositivo y de la conexión a internet, por entender que la vigilancia por los padres de la actividad en las redes sociales de los hijos menores de edad se incluye entre las obligaciones inherentes a la patria potestad del art. 154 CC. Así, el AAP de Pontevedra 893/2017, de 25 de octubre, ante la denuncia presentada por la madre contra el padre, porque éste se habría apoderado de las conversaciones que mantuvo su hija a través de su teléfono móvil con su progenitora y denunciante, ha considerado lícito que, en virtud de este deber del padre conforme al art. 154 CC, que comparte con la denunciante la patria potestad de su hija menor, aquel haya revisado en presencia de la hija determinadas conversaciones de Whatsapp mantenidas por ésta ¹¹.

Finalmente, también se considera lícita la aportación al proceso como fuente de prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas que han sido remitidos al abogado por la parte contraria o el abogado de ésta, proporcionándole cierta información relevante para el proceso, por ejemplo, a efectos de intentar algún acuerdo. Nada impide que tales comunicaciones se aporten al proceso por cualquiera de los intervinientes en las mismas, salvo que estén protegidas por un deber de confidencialidad (por ejemplo, la que se puede derivar de haberse intentado previamente una mediación). Con todo, ello no obsta para que el abogado que así actúa pueda incurrir en algún tipo de responsabilidad disciplinaria por incumplir las normas deontológicas relativas a las comunicaciones entre letrados ¹².

III. CUSTODIA Y APORTACIÓN AL PROCESO DE LA FUENTE DE PRUEBA

Los mensajes y comunicaciones electrónicas obtenidas lícitamente por las partes pueden introducirse o aportarse al proceso de distintas

¹¹ Vid., AAP de Pontevedra 893/2017, de 25 de octubre (JUR 2017/308428).

¹² Vid., Richard González, M., «Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas...», *op. cit.*, pág. 231.

formas, aunque, *a priori*, ninguna de ellas garantiza absolutamente la autenticidad e integridad del mensaje o comunicación, porque tanto la autoría como el contenido del mismo son susceptibles de manipulación o alteración. Por tanto, la validez y suficiencia probatoria de estas fuentes de prueba dependerá en buena medida del cauce procesal o medio de prueba a través del cual se introduzcan en el proceso y de la actitud que adopte respecto de ellas la parte contraria a la que perjudique la prueba, es decir, según admita su validez o impugne su autoría o autenticidad.

Esta impugnación, que habrá de estar fundada en indicios de algún tipo de manipulación de las comunicaciones aportadas, abrirá la posibilidad, según el criterio judicial, de que la parte que aportó las pruebas digitales impugnadas desarrolle una actividad probatoria complementaria para tratar de acreditar la validez, autenticidad e integridad de tales pruebas, por ejemplo, mediante una prueba pericial informática. Pero esto es una cuestión que afecta al valor probatorio del medio de prueba, no a lo que ahora interesa que son las formas admisibles de introducir en el proceso estas fuentes de prueba; o dicho de otro modo, ¿cuáles son los medios de prueba a través de los cuales se pueden introducir en el proceso estas fuentes de prueba digitales? ¹³.

A falta de una previsión legal sobre específicos medios de prueba para introducir en el proceso estas nuevas fuentes electrónicas o digitales, tendremos que echar mano de los medios de prueba tradicionales que mejor se adecúen a la naturaleza y características de esta fuentes ¹⁴,

¹³ A este respecto, Magro Servet («¿Cómo aportar la prueba digital en el proceso penal?», *Diario La Ley*, n.º 9824, Sección Doctrina, 7 de abril de 2021 (La Ley 3855/2021), págs. 3 a 8) reflexiona sobre la problemática que conlleva la falta de autonomía de la prueba digital, respecto de los medios de prueba tradicionales, es decir, la necesidad de canalizar la introducción en el proceso de estas nuevas fuentes de prueba a través de los cauces o medios de prueba tradicionales, previstos legalmente.

¹⁴ Vid., Magro Servet, V., «¿Cómo aportar la prueba digital...?», *op. cit.*, págs. 5 a 8. En el mismo sentido, Arrabal Platero, P., «La prueba documental como medio para aportar evidencias tecnológicas», *Elderecho.com*, (<https://elderecho.com/la-prueba-documental-como-medio-para-aportar-evidencias-tecnologicas>); Delgado Martín, J., «La prueba del Whatsapp...», *op. cit.*, págs. 2 y 3; Fuentes Soriano, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías», *Revista General de Derecho*

siendo recomendable la utilización de varios de estos medios de forma cumulativa para afianzar su valor probatorio ¹⁵. Así, aunque se podrá utilizar otros, los más habituales serán los siguientes: la prueba de reconocimiento judicial (arts. 299.2 y 382 y 384 LEC), la prueba documental y la prueba testifical y/o el interrogatorio de las partes.

1. La prueba de reconocimiento judicial: reproducción y visionado de webs y mensajes aportados en formato electrónico

Puesto que se trata de fuentes de prueba en formato electrónico (mensajes y comunicaciones electrónicas, contenidos de webs o redes sociales) lo normal, aunque no lo habitual, sería aportarlos al proceso en ese mismo formato, al amparo de los arts. 299.2, 382 y 384 LEC, para que puedan ser objeto de un reconocimiento judicial por el órgano enjuiciador.

Esta forma de aportación sería particularmente indicada cuando se pretende incorporar como prueba el contenido de páginas web o redes sociales. En tal caso, al proponer la prueba, se debe indicar la web o red social que se ha de visionar en el juicio, y solicitar que ese día estén disponibles en la sala de vistas los medios técnicos necesarios para poder realizar esta reproducción y visionado (u ofrecerse la parte proponente a aportarlos).

Pero, dado el carácter volátil de estas fuentes de prueba, esta forma de aportación comporta el riesgo de que el contenido que se pretende visionar en el juicio sea retirado por la parte contraria con anterioridad al día del juicio. Por ello, es conveniente proceder al “aseguramiento de la prueba digital”, y una forma de hacerlo sería aportándola también de modo documental, por ejemplo, mediante un acta notarial, en la que se deje constancia del contenido que el notario pudo visionar en dicha página web o red social.

Procesal, 44 (2018), pág. 19; Gómez Conesa, A., «El papel de whatsapp y redes sociales en el proceso penal del Siglo XXI (1)», *Diario La Ley*, n.º 9858, Sección Tribuna, 26 de mayo de 2021, (La Ley 5309/2021), págs. 8 y 9.

¹⁵ Vid., Bueno Benedí, M., «La prueba en los procedimientos de violencia sobre la mujer cometidos a través de las nuevas tecnologías», *Revista Acta Judicial*, núm. 7, enero-junio 2021, pág. 24; Delgado Martín, J., «La prueba del Whatsapp...», *op. cit.*, pág. 3; Fuentes Soriano, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios...», *op. cit.*, pág. 19.

Además del contenido de páginas web y redes sociales, también podrán ser objeto de este reconocimiento judicial los mensajes y comunicaciones electrónicas (por ejemplo, los mensajes de Whatsapp o de correo electrónico con archivos de imagen, audio o vídeo). A tal efecto, se puede aportar y consignar ante el letrado de la Administración de Justicia, a fin de garantizar la cadena de custodia, el propio dispositivo en el que se recibió el mensaje (teléfono móvil, tablet, ...), el disco duro del ordenador, o una memoria USB o tarjeta de memoria en la que se hayan almacenado los mensajes, y pedir que sean visionados en el juicio oral o examinados por el tribunal (art. 384.1 LEC). A estos efectos, tratándose de mensajes de Whatsapp, se vería reforzado su valor probatorio si se aportasen los dos terminales o dispositivos implicados en la comunicación (el de emisión y el de recepción), porque, dadas las características técnicas de esta aplicación de mensajería, ello permitiría el reconocimiento y cotejo de los mismos por el juez, a efectos de acreditar el contenido de los mensajes y su presencia en los terminales de emisión y recepción ¹⁶.

En cualquier caso, será conveniente que, además de aportar los mensajes o correos en formato electrónico, también se acompañe la impresión o transcripción de los mismos (con o sin el apoyo de un informe pericial informático o acta notarial) para facilitarle al tribunal el acceso al contenido de esas comunicaciones electrónicas (art. 382.1 LEC) ¹⁷.

2. La prueba documental: aportación mediante la transcripción del mensaje o impresión de la captura de pantalla.

El medio de prueba más común para aportar al proceso las fuentes de prueba digitales, en particular, los mensajes de texto o, incluso, de imagen y audio, es la prueba documental. Es decir, se pueden imprimir los mensajes de texto o la captura de pantalla en la que aparece

¹⁶ Vid., Armenta Deu, T., «Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital...», *op. cit.*, pág. 73; CUAIRÁN, J., «La aportación de WhatsApps como medio de prueba...», *op. cit.*, pág. 4; Delgado Martín, J., «La prueba del Whatsapp...», *op. cit.*, pág. 7.

¹⁷ Vid., Richard González, M., «Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas...», *op. cit.*, pág. 236.

el mensaje (el llamado «pantallazo»), o transcribir los mensajes de audio, y aportarlos como prueba documental ¹⁸.

No obstante, a efectos de reforzar la solidez y valor de esta prueba, es decir, la confianza en su autenticidad e integridad, es conveniente tener en cuenta dos aspectos. En primer lugar, será conveniente que la impresión recoja toda la cadena de mensajes que se refieren al mismo hecho relevante que se pretende acreditar, pues ello permite al tribunal conocer y comprender mejor el contexto general de la comunicación en el que se remite el mensaje. Y, en segundo, tratándose de correos electrónicos, es conveniente que el «pantallazo» incluya la «cabecera del correo», pues en ella figuran datos relevantes para acreditar la autenticidad e integridad del correo, tales como el remitente, el destinatario, el asunto, la fecha y hora en que fue redactado, la fecha y hora en que fue recibido, los servidores por los que ha pasado, etc ¹⁹.

Esta impresión o transcripción que se aporta al proceso la puede hacer la propia parte privadamente, pero ello ofrecería pocas garantías sobre la autenticidad e integridad del mensaje documentado. Por ello, el valor probatorio de esta prueba documental se puede ver reforzado de tres modos, que permiten incrementar la confianza en la autenticidad e integridad de la comunicación electrónica ²⁰.

¹⁸ Esta forma de aportación ha sido admitida, entre otras, por las SSTS 300/2015, de 19 de mayo (RJ 2015/1920) y 754/2015, de 27 de noviembre (RJ 2015/5552); 375/2018, de 19 de julio (RJ 2018/3771); 332/2019, de 27 de junio (RJ 2019/2792).

¹⁹ Vid., Richard González, M., «Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas...», *op. cit.*, págs. 238 y 239.

²⁰ No obstante, la STSJ Galicia 556/2016, de 28 enero (JUR 2016/45246), se muestra más exigente y declara que no basta con la aportación del pantallazo como documento privado, sino que es necesario aportar también su transcripción y exige fe pública sobre la concordancia entre ambos: «para considerar una conversación de WhatsApp como documento — a los fines del proceso laboral —, sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, «pantallazo» — que es lo único se cumple por el actor —, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que de que ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto podría haber conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. Abel y solicitando que, dando fe pública, el LAJ levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismos extremos». Y añade que: «Apurando nuestras consideraciones

El primero consistiría en la aportación de los mensajes documentados mediante acta notarial, es decir, mediante la intervención del notario como fedatario público. Pero con tal intervención del notario tampoco se garantiza de modo indubitado la autenticidad e integridad de la comunicación, sino únicamente el hecho concreto del que da fe el notario, y que dependerá del tipo de intervención que se le pida. Así, la intervención del notario puede consistir simplemente en protocolizar la impresión o transcripción del mensaje electrónico que le presenta la parte, de modo que solo da fe de la identidad del sujeto que solicita la protocolización, del contenido del documento entregado (la impresión o transcripción del mensaje) y de la fecha en que lo recibe. Pero la intervención del notario también puede consistir en acceder directamente al mensaje almacenado en el terminal o dispositivo electrónico, y levantar un acta de su contenido. En tal caso, daría fe del contenido del mensaje y de que dicho mensaje se encuentra almacenado en ese dispositivo concreto; lo que, a su vez, permitirá acreditar que, a partir de ese momento, el mensaje no fue manipulado. Pero el notario no puede dar fe de la autenticidad e integridad del mensaje, porque pudo haber sido manipulado anteriormente ²¹. Finalmente, el notario también puede actuar como depositario del terminal o dispositivo electrónico en el que se almacenan los mensajes, a efectos de su aportación posterior al proceso, lo que permitirá garantizar que, a partir de ese momento, no se produce ninguna manipulación del dispositivo ni de la autoría y contenido del mensaje ²².

sobre la prueba de mensajería instantánea y con fines esclarecedores, para que aceptemos como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) podríamos establecer cuatro supuestos: (a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, finalmente, (d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores».

²¹ Vid., Cuairán, J., «La aportación de WhatsApps como medio de prueba...», *op. cit.*, pág. 4; Fuentes Soriano, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios...», *op. cit.*, pág. 19; Gómez Conesa, A., «El papel de whatsapp y redes sociales...», *op. cit.*, pág. 8.

²² Vid., Richard González, M., «Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas...», *op. cit.*, pág. 240.

En segundo lugar, esta función del notario también puede ser realizada por el LAJ, aunque no es frecuente que se presten a ello, si bien no existe ninguna norma que lo prohíba. Si se le presenta el terminal o dispositivo en el que se almacenan los mensajes, junto con la impresión o transcripción de los mismos, el LAJ puede acceder al terminal, verificar la existencia y contenido de los mensajes y levantar un acta por la que da fe de que la impresión o transcripción aportada es fiel reflejo del contenido de los mensajes almacenados en el terminal, así como del modelo y número de dicho terminal. Con ello se daría fe del contenido de los mensajes y de que se recibieron en dicho dispositivo concreto.

Esta forma de aportación se ha admitido, entre otras, por la SAP de Córdoba 159/2014, de 2 de abril y por la SAP de Alicante 753/2015, 9 de diciembre ²³. En ellas, se afirma lo siguiente: «En la legislación procesal actual no existe regulación específica de la prueba electrónica pese a que, como canal de comunicación, actos jurídicos y hechos con trascendencias jurídica se producen cada vez en más ocasiones a través de WhatsApp (...). Si bien en la práctica, los juzgados y tribunales suelen admitir dichas pruebas e incorporarlas al procedimiento tras realizar un cotejo de las mismas. En el caso de los mensajes de whatsapp, se requiere a la parte que los alega para que acuda al juzgado con el dispositivo móvil y se proceda, por parte del secretario judicial, a cotejar su contenido desde el propio dispositivo con las transcripciones aportadas en papel, levantando acta por la que se dé fe de que dicha documental es fiel reflejo del contenido de la conversación guardada en el móvil, así como del modelo y número de teléfono del mismo».

Como se ha dicho, a través de estas formas de aportación, se puede acreditar que un mensaje electrónico ha sido recibido en un determinado dispositivo o terminal, y cuál es el contenido del mismo. También se podría acreditar que, a partir de un determinado momento (por ejemplo, desde que se deposita el dispositivo ante el notario o el LAJ) tal comunicación no ha sido manipulada o alterada. Pero tales formas de aportación no permiten acreditar de modo indubitado la autenticidad

²³ SAP de Córdoba 159/2014, de 2 de abril (JUR 2014/168647) y en la SAP de Alicante 753/2015, 9 de diciembre (JUR 2016/132447).

(es decir, la autoría real) y la integridad (es decir, que su contenido original no fue manipulado o alterado antes de su aportación) del mensaje electrónico. Tales extremos solo se pueden acreditar fehacientemente mediante un análisis pericial informático del dispositivo.

Ahora bien, tal informe pericial informático no es indispensable siempre que se trate de aportar al proceso una fuente de prueba de carácter electrónico. Solo será necesario, en su caso, si la parte adversa impugna, cuestiona la autenticidad o integridad del mensaje. Si no las cuestiona, o incluso admite expresamente dicha comunicación y su contenido, bastará la aportación como prueba documental de la impresión o transcripción del mensaje para probar su realidad y contenido.

3. La prueba testifical: aportación mediante la declaración testifical de terceros que hayan visto el mensaje en el dispositivo

Finalmente, las fuentes de prueba electrónicas o digitales también se pueden introducir en el proceso a través de la prueba testifical (y/o interrogatorio de las partes). Es decir, la existencia y contenido del mensaje o comunicación electrónica en cuestión también se puede introducir en el proceso a través de la declaración testifical de personas que hayan visto dicho mensaje y su contenido en el dispositivo o terminal de envío o recepción (o mediante el interrogatorio de las partes sobre el envío de tal mensaje).

IV. VALORACIÓN PROBATORIA

La valoración probatoria de estas fuentes de prueba electrónicas o digitales se rige por el principio de libre valoración de la prueba, es decir, el juez debe valorarlas conforme a las reglas de la sana crítica y según las máximas de experiencia (arts. 382.3 y 384.3 LEC), y teniendo en cuenta las demás pruebas practicadas (valoración conjunta de la prueba) ²⁴.

²⁴ Vid., Delgado Martín, J., «La prueba del Whatsapp...», *op. cit.*, págs. 4, 6 y 7. Señala este autor que la libre valoración de la prueba electrónica, «en primer

Esto significa que el valor probatorio que pueden alcanzar estas fuentes de prueba dependerá de varios factores ²⁵: *a)* la propia tecnología de comunicación utilizada y, en particular, la facilidad de manipulación de la misma; *b)* el medio de prueba a través del cual se han introducido en el proceso, lo que, a su vez determina la solidez de la autenticidad e integridad de la fuente de prueba (por ejemplo, si se ha aportado la simple impresión de la captura de pantalla o se aportó acta notarial con la transcripción del mensaje); y, *c)* fundamentalmente, dependerá de la actitud procesal de la parte a la que perjudica esta prueba, es decir, de si impugna o no la autenticidad e integridad de la comunicación.

lugar, quiere decir que la Ley no obliga al Juez a tener por probados los hechos que surjan de una prueba electrónica; salvo los supuestos de documento público electrónico. En segundo lugar, significa que la Ley no determina que la prueba electrónica solamente puede tener eficacia probatoria si se cumplen ciertos presupuestos legales; sino que cualquier prueba electrónica puede, en principio, desplegar efectos para acreditar un hecho relevante para el proceso. Otra cosa es la verosimilitud o eficacia probatoria que el Juez otorgue a una concreta prueba digital de conformidad con las reglas de la sana crítica. En tercer lugar, también quiere decir que el Juez valorará la prueba electrónica conforme a las reglas de sana crítica según la naturaleza del soporte en que se hayan aportado los datos; en definitiva, una valoración conforme a las reglas de criterio racional, es decir, de forma ajustada a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. En cuarto lugar, el alto componente tecnológico de la prueba electrónica determinará con frecuencia la importancia de los conocimientos científicos en su valoración, por lo que la prueba pericial tiene una especial relevancia en este ámbito. En quinto lugar, en la valoración conforme a la sana crítica el Juez habrá de tener en cuenta la postura procesal de cada una de las partes en relación con la concreta prueba electrónica: especialmente, si ha existido impugnación por la parte no proponente y el fundamento de dicha impugnación» En el mismo sentido, Fiscalía General Del Estado, *Dictamen 1/2016, sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportados al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas*, pág. 8, (<http://milansabogados.com/wp-content/uploads/2018/05/Dictamen-n%C2%BA-1-2016-sobre-el-valor-probatorio-de-las-capturas-de-pantallas.-Unidad-Criminalidad-Infoma%CC%81tica.pdf>).

²⁵ Vid., Bueno Benedí, M., «La prueba en los procedimientos de violencia sobre la mujer...», *op. cit.*, pág. 26; Delgado Martín, J., «La prueba del Whatsapp...», *op. cit.*, págs. 3 y 4; Fuentes Soriano, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios...», *op. cit.*, pág. 20.

Por ello, la valoración como prueba en los procesos de familia de los mensajes y comunicaciones electrónicas debe partir de las siguientes premisas ²⁶. En primer lugar, el tribunal debe analizar la licitud de la prueba, es decir, debe verificar que, en su obtención, no se han vulnerado los derechos al secreto de las comunicaciones ni a la intimidad, decretando, en otro caso, la ilicitud, y exclusión de tales pruebas. En segundo lugar, el tribunal también debe tener presente que estas fuentes de prueba pueden ser manipuladas con relativa facilidad, tanto en lo relativo a su autoría como a su contenido, de modo que, la prueba del envío y recepción de un mensaje con un determinado contenido, desde la cuenta o aplicación de un determinado titular, no permite dar por probada, sin más, la responsabilidad o autoría de la persona titular de la cuenta ni la integridad del contenido de la comunicación. Pero, por otra parte, en esta materia, debe regir el denominado principio de normalidad, por lo que, acreditado el envío del mensaje y su contenido, la parte a la que perjudica esta prueba es la que debe aportar indicios de manipulación del mismo o probar las circunstancias que permitan poner en duda la autenticidad o integridad del mensaje en cuestión.

En este sentido, si, ante la aportación de la comunicación electrónica en cualquiera de las modalidades que hemos visto (incluso la simple impresión de un pantallazo), la parte a la que perjudica no impugna su autenticidad y/o integridad, ésta podría alcanzar pleno valor probatorio, y, en base a ella, el juez podría dar por probada la existencia, autoría y contenido de tal comunicación electrónica. Y ello, sin necesidad de ninguna prueba adicional sobre su autenticidad o integridad. Además, a estos efectos, por no impugnación cabe entender tanto la ratificación o reconocimiento expreso de la existencia y contenido de la comunicación por parte de los interlocutores, como el silencio de la parte a la que perjudica la prueba ²⁷.

Que alcance o no este valor probatorio pleno dependerá de la aplicación que haga el juez del criterio de la libre valoración de la prueba,

²⁶ Vid., Richard González, M., «Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas...», *op. cit.*, págs. 245 a 247.

²⁷ Vid., STS 469/2017, de 22 de junio (RJ 2017/3569); SAP de Córdoba 159/2014, de 2 de abril (JUR 2014/168647); o SAP de Teruel 23/2017, de 21 de junio (ARP 2017/1057).

que deberá motivar en la sentencia. Este valor probatorio responde a la máxima de experiencia conforme a la cual, si la parte a la que perjudica la prueba no impugna la autenticidad o integridad de la comunicación, el juez puede tenerla por cierta y acreditada; y ello, aunque en la realidad pueda haber sido falseada. Pero, si la parte a la que perjudica la prueba no la cuestiona, no existe razón alguna que justifique gravar a la parte que la aporta con la carga de tener que aportar además un informe pericial informático u otra prueba adicional sobre la autenticidad e integridad de la comunicación que nadie ha cuestionado ²⁸.

A su vez, si la parte contraria, a la que perjudica la prueba electrónica aportada, la impugna, poniendo en cuestión su autenticidad y/o integridad, no por ello pierde automáticamente todo su valor probatorio, porque continúa rigiendo el principio de libre valoración de la prueba. Por tanto, pese a la impugnación, a partir de la valoración conjunta de toda la prueba aportada y de todas las circunstancias concurrentes, el tribunal puede dar por probada igualmente la existencia, autoría y contenido de la comunicación. Es decir, la impugnación de la prueba no conlleva la sustitución automática del principio de libre valoración por una distribución formal de la carga de la prueba, en el sentido de que se produzca una «inversión de la carga de la prueba», de modo que, si la parte que aporta la prueba no consigue acreditar fehacientemente su autenticidad e integridad, el juez no pueda tenerla por válida. No, sigue rigiendo el principio de libre valoración de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia. Pero, precisamente por eso, las alegaciones impugnatorias con suficiente seriedad por la parte adversa de la validez de esta prueba, puede determinar la necesidad de reforzarla con otra actividad complementaria tendente a acreditar o afianzar la existencia, autenticidad e integridad de la comunicación. Es decir, a la parte a la que favorezca la prueba ya

²⁸ Vid., Bueno Benedí, M., «La prueba en los procedimientos de violencia sobre la mujer...», *op. cit.*, pág. 26; Fuentes Soriano, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios...», *op. cit.*, pág. 20; González Lage, J., «La prueba pericial en la práctica judicial penal: las redes sociales en el proceso penal», en *Peritaje y prueba pericial* (Dir., Picó i Junoy, J.), Bosch, Barcelona, 2017, pág. 565. Vid., asimismo, STS 300/2015, de 19 de mayo (RJ 2015/1920).

no le basta con aportarla por alguno de los medios que hemos visto, sino que deberá aportar prueba complementaria sobre la autenticidad e integridad de la comunicación ²⁹. Y a estos efectos es particularmente relevante la prueba pericial informática; aunque no es la única forma, ni tampoco indispensable, para acreditar en todo caso la autenticidad e integridad de una comunicación electrónica. También sería admisible, por ejemplo, la testifical de una persona que haya presenciado el envío y el contenido del mensaje, o que lo haya podido ver en los terminales emisor y receptor.

Por último, también es necesario destacar que no cualquier impugnación de la autenticidad e integridad de la comunicación electrónica va a determinar la necesidad de una actividad probatoria complementaria para acreditar tales extremos. Ha de tratarse de una impugnación con suficiente seriedad. Y, a los efectos de valorar la seriedad de tal impugnación, deben tenerse en cuenta, al menos, dos elementos ³⁰. En primer lugar, se deberá atender al contenido y fundamento de la impugnación, es decir, tal impugnación ha de tener un respaldo alegatorio, ha de estar fundada en argumentos e indicios serios, claros y exhaustivos, que permitan poner en duda la autenticidad e integridad de la comunicación ³¹. Así, por ejemplo, la SAP de Vizcaya 90308/2014, de 24 de julio, considera insuficiente a estos efectos la mera alegación genérica de que «el whatsapp es fácilmente manipulable» ³². Y, en

²⁹ Vid., Bueno Benedí, M., «La prueba en los procedimientos de violencia sobre la mujer...», *op. cit.*, págs. 30 y 31; Delgado Martín, J., «La prueba del Whatsapp...», *op. cit.*, págs. 5 y 6; Fuentes Soriano, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios...», *op. cit.*, pág. 25.

³⁰ Vid., Bueno Benedí, M., «La prueba en los procedimientos de violencia sobre la mujer...», *op. cit.*, págs. 31 y 32; Delgado Martín, J., «La prueba del Whatsapp...», *op. cit.*, pág. 6.; González Lage, J., «La prueba pericial en la práctica judicial penal...», *op. cit.*, págs. 565 y 566.

³¹ Como señala Arrabal Platero («La prueba documental...», *op. cit.*), si bien la jurisprudencia no pide un «principio de prueba» a la parte impugnante, sí le pide que introduzca elementos de duda sobre la autenticidad e integridad de la prueba aportada de opuesto que se adicionen al acervo probatorio y contribuyan a desacreditar la prueba impugnada, descartando las tesis impugnatorias que resultan del todo rocambolescas y ausentes de más justificación que las únicas afirmaciones del impugnante.

³² Vid., SAP de Vizcaya 90308/2014, de 24 de julio (JUR 2014/268182).

segundo lugar, también se deberá valorar la diligencia de la parte que impugna la prueba a la hora de proponer otros medios probatorios que puedan poner en cuestión la autenticidad e integridad de la comunicación. Por ejemplo, se podría cuestionar la autoría del mensaje, si se acredita que, en el momento del envío de tal mensaje, el teléfono estaba extraviado y no tenía contraseña de acceso, de modo que cualquier persona que lo tuviera en su poder podría haber enviado dicho mensaje. En este sentido, la STS 300/2015, de 19 de mayo, desestimó la impugnación de la autenticidad de una conversación mantenida en Tuenti, formulada por la defensa, entre otros motivos, porque la acusación particular puso a disposición del Juzgado de Instrucción las claves personales de la víctima en Tuenti para que, si la conversación era cuestionada, se pudiese oficiar a Tuenti España para que se certificara el contenido de esa conversación, sin que la defensa hubiese hecho petición alguna al respecto ³³.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Armenta Deu, T., «Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, Whatsapp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre», *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 27, septiembre, 2018, págs. 67 a 78.
- Arrabal Platero, P., «La prueba documental como medio para aportar evidencias tecnológicas», *Elderecho.com*, <https://elderecho.com/la-prueba-documental-como-medio-para-aportar-evidencias-tecnologicas>.
- Bueno Benedí, M., «La prueba en los procedimientos de violencia sobre la mujer cometidos a través de las nuevas tecnologías», *Revista Acta Judicial*, núm. 7, enero-junio 2021, págs. 18 a 39.
- Bueno de Mata, F. «La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica», *Diario la Ley*, núm. 8728, Sección Tribuna, 23 de marzo de 2016.
- Cuairán, J. «La aportación deWhatsapps como medio de prueba en el procedimiento penal», *Diario La Ley*, n.º 9219, Sección Tribuna, 15 de junio de 2018 (La Ley 5337/2018).
- Delgado Martín, J., «La prueba del Whatsapp», *Diario La Ley*, n.º 8605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015 (La Ley 5350/2015).

³³ Vid., STS 300/2015, de 19 de mayo (RJ 2015/1920).

- Fiscalía General Del Estado, *Dictamen 1/2016, sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportados al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas* <http://milansabogados.com/wp-content/uploads/2018/05/Dictamen-n%C2%BA-1-2016-sobre-el-valor-probatorio-de-las-capturas-de-pantallas.-Unidad-Criminalidad-Infra%CC%81tica.pdf>.
- Fuentes Soriano, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías», *Revista General de Derecho Procesal*, 44 (2018), págs. 1 a 39.
- Gómez Conesa, A., «El papel de whatsapp y redes sociales en el proceso penal del Siglo XXI (1)», *Diario La Ley*, n.º 9858, Sección Tribuna, 26 de mayo de 2021, (La Ley 5309/2021).
- González Lage, J., «La prueba pericial en la práctica judicial penal: las redes sociales en el proceso penal», en *Peritaje y prueba pericial* (Dir., Picó i Junoy, J.), Bosch, Barcelona, 2017, págs. 563 a 569.
- Magro Servet, V., «¿Cómo aportar la prueba digital en el proceso penal?», *Diario La Ley*, n.º 9824, Sección Doctrina, 7 de abril de 2021 (La Ley 3855/2021).
- Richard González, M., «Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas en los procesos de familia», en (Dir., Picó i Junoy, J y Abell Lluch, X.) *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Bosch, Barcelona, 2018, págs. 199 a 250.

A INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE CONFIANÇA PREVISTO NO N.º 3 DO ARTIGO 1980.º DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Patrícia Sousa Borges *

Sumário: 1. Exposição inicial. 2. A capacidade da criança a adotar. 3. Da interpretação do conceito de confiança previsto no artigo 1980.º do CC. 4. Evolução e enquadramento legal do n.º 3 do artigo 1980.º do CC. 5. A divergência quanto à interpretação do n.º 3 do artigo 1980.º do CC. 6. Reflexões conclusivas

1. EXPOSIÇÃO INICIAL

O presente estudo subjaz à interpretação do conceito de confiança previsto no n.º 3 do artigo 1980.º do Código Civil ¹.

O legislador tipifica os requisitos necessários para que o adotando reúna capacidade para a adoção, estabelecendo que só podem ser adotadas as crianças que tenham menos de quinze anos e que tenham sido confiadas ao adotante, mediante confiança administrativa ou através de medida de promoção e proteção de confiança com vista à futura adoção ou, ainda, no caso de respeitar a crianças filhas do cônjuge adotante.

* Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora integrada não Doutorada do JusGov — Centro de Investigação em Justiça e Governação.

¹ Adiante será usada a abreviatura CC.

Contudo, o n.º 3 daquela norma consagra uma exceção à idade limite do adotando, prevendo que pode, todavia, ser adotada a criança que à data da apresentação do requerimento de adoção tenha menos de dezoito anos e não se encontre emancipada, desde que esta até aos seus quinze anos tenha sido confiada aos adotantes ou quando se tratar de filhos do cônjuge do adotante ². Ora, é precisamente nesta última fração da norma que reside o núcleo essencial do nosso estudo, *i.e.*, assenta na divergência quanto à interpretação do conceito de confiança da criança aos requerentes, pois subsiste um dissenso doutrinal, e até jurisprudencial, relativamente ao sentido interpretativo que deve ser dado ao conceito de confiança. Por um lado, defende-se que a confiança deve ser interpretada exclusivamente em sentido técnico-jurídico, ou seja, que permita apenas abarcar as situações em que crianças tenham sido confiadas mediante confiança administrativa ou através de medida de promoção e proteção de confiança (tal como estabelece o n.º 1, art. 1980.º CC) ou, por outro lado, o conceito possa ser interpretado em sentido amplo, de forma a abranger outras situações em que a criança tenha estado entregue aos cuidados dos candidatos a adotantes, durante um determinado hiato temporal, mediante uma mera confiança de facto.

2. A CAPACIDADE DA CRIANÇA A ADOTAR

O artigo 1980.º do CC estabelece os requisitos para que uma criança possa vir a ser adotada, concretizando, não só o limite etário para a concretização da adoção, mas também a exigência de que a criança tenha sido confiada aos proponentes a adotantes em momento prévio ao processo de adoção.

Assim sendo, em Portugal, o legislador instituiu os quinze anos como a idade limite para que uma criança possa ser adotada (n.º 2, art. 1980.º CC),

² As referências realizadas ao longo do texto a propósito da criança filha do cônjuge, deverão ser interpretadas analogicamente à criança filha do unido de facto, por força do estipulado no art. 7.º da Lei n.º 2/2017, de 29 de fevereiro. Sobre estas matérias veja-se, CRUZ, Rossana Martingo, *União de Facto Versus Casamento, Questões Pessoais e Patrimoniais*, 1.ª edição, Gestlegal, 2019, pp.181 e 182.

sendo essa data aferida à data da apresentação do requerimento de adoção, isto é, a quando do início da fase do processo judicial de adoção³. Porém, além deste requisito formal, a lei exige ainda que, em momento anterior à entrada do requerimento de adoção, a criança tenha sido confiada aos requerentes a adotantes, mediante uma confiança administrativa ou uma medida de promoção e proteção de crianças com vista à futura adoção (al. *a*), n.º 2, art. 1980.º CC), prescindindo apenas da verificação deste requisito quando o adotante se proponha a adotar as crianças filhas do cônjuge (al. *b*), n.º 2, art. 1980.º CC).

Todavia, o legislador consagra uma exceção quanto ao limite máximo de idade para a criança ser adotada, alargando esse limite etário dos quinze para dezoito anos, desde que a criança não se encontre emancipada e que desde idade não superior a quinze anos, tenha sido confiada aos candidatos a adotantes ou a um deles ou quando for filho do cônjuge do adotante (n.º 3, art. 1980.º CC).

Esta fixação de balizas temporais para a criança ser adotada, é um critério comum em vários ordenamentos jurídicos, não sendo caso único em Portugal⁴. Sucede que, em 2003, esta pressuposto etário chegou mesmo a ser objeto de fiscalização junto do Tribunal

³ Nos termos das al.s *a*) a *c*) do art. 40.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA), o processo de adoção compreende as seguintes fases: fase preparatória, que integra as atividades desenvolvidas pelos organismos de segurança social ou pelas instituições particulares autorizadas, no que respeita ao estudo de caracterização da criança com decisão de adotabilidade e à preparação, avaliação e seleção de candidatos a adotantes e encontra-se tramitada nos arts. 41.º a 47.º do RJPA; Fase de ajustamento entre crianças e candidatos, que integra as atividades desenvolvidas pelos organismos de segurança social ou pelas instituições particulares autorizadas, para aferição da correspondência entre as necessidades da criança e as capacidades dos candidatos, organização do período de transição e acompanhamento e avaliação do período de pré-adoção, cuja tramitação se encontra plasmada nos arts. 48.º a 51.º do RJPA e fase final, que integra a tramitação judicial do processo de adoção com vista à prolação de sentença que decida da constituição do vínculo, tramitada nos arts. 52.º a 59.º do RJPA. — Para mais desenvolvimento destas matérias: OLIVEIRA, Guilherme de, RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual de Direito da Família*, Almedina, 2020, pp. 480 a 489 e OLIVEIRA, Guilherme de, *Adoção e Apadrinhamento Civil*, Petrony, 2019, pp.49 a 56.

⁴ Conforme *infra* estudaremos.

Constitucional ⁵ ⁶, em virtude de a fixação deste requisito formal poder entrar em colisão com o princípio do Direito a constituir Família através do processo de adoção, previsto no n.º 7 do art. 36.º da Constituição da República Portuguesa ⁷. Aliás, nas palavras de CARLA AMADO GOMES, o estabelecimento de limites temporais assenta “sobretudo na proteção dos interesses do menor: em ser adoptado num momento em que a sua personalidade não esteja de tal modo “formatada” que lhe seja difícil ambientar-se a um meio familiar totalmente novo, e em ter a garantia de acompanhamento, por parte do adoptante (individualmente ou em família) durante um período de tempo razoável” ⁸.

O acórdão pronunciou-se no sentido da não inconstitucionalidade da norma ⁹, fazendo a analogia com o prazo para o estabelecimento da filiação natural, para a qual o legislador também impõe limites temporais para a conclusão de todo o processo, em abono do principal propósito do processo de adoção ser o de procurar que a realidade socio-afetiva que venha a subsistir entre o adotado e o adotante seja o mais similar à que se estabelece na filiação. Foi com base nesta premissa que o legislador optou por impor limites etários quanto ao adotado ¹⁰, quer balizando a maioridade como limite (ou emancipação),

⁵ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 551/2003, proferido pela 2.ª Secção em 12/11/2003, no âmbito do processo n.º 86/03, cujo relator foi Paulo Mota Pinto, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, última consulta em 07/07/2022.

⁶ Sobre esta temática, veja-se, também, GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado — Volume V*, Quid Juris, 2014, p. 398.

⁷ Adiante será usada a abreviatura CRP.

⁸ GOMES, Carla Amado, “Filiação, adopção e protecção de menores — Quadro constitucional e notas de jurisprudência”, in *Separata da Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 13, ISCAP, 2008, pp. 44 a 45.

⁹ No aresto em apreço, o Tribunal Constitucional aferiu da constitucionalidade da norma do artigo 1980.º do Código Civil, no sentido de aferir se a interpretação de que o requisito da menoridade deve existir no momento da propositura da ação e não do pedido feito ao organismo da segurança social, não poderia ser inconstitucional à luz do art. 36.º da CRP.

¹⁰ E também quanto ao adotante, veja-se o 1979.º do CC:

1. Podem adotar duas pessoas casadas há mais de quatro anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos.

para que a criança possa usufruir da companhia dos adotantes em toda a fase de desenvolvimento de personalidade, compreendida entre a infância e a adolescência ¹¹, quer fixando pressupostos mais exigentes para a adoção de crianças cuja maioridade se aproxima ¹², cumprindo, assim, como escreve ANTUNES VARELA, o real interesse social da adoção ¹³.

Porém, esta contenda continua longe de se tornar pacífica e muito recentemente esta questão da constitucionalidade da norma voltou a ser levantada junto do Tribunal Constitucional, tendo agora nesta senda, o Tribunal entendido que o n.º 3 do artigo 1980.º do CC é inconstitucional “quando interpretado no sentido segundo o qual se exclui a possibilidade de adoção de um jovem com idade superior a 18 anos à data de entrada do requerimento do adotante no tribunal,

2. Pode ainda adotar quem tiver mais de 30 anos ou, se o adotando for filho do cônjuge do adotante, mais de 25 anos.

3. Só pode adotar quem não tiver mais de 60 anos à data em que a criança lhe tenha sido confiada, mediante confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, sendo que a partir dos 50 anos a diferença de idades entre o adotante e o adotando não pode ser superior a 50 anos.

4. Pode, no entanto, a diferença de idades ser superior a 50 anos quando, a título excepcional, motivos ponderosos e atento o superior interesse do adotando o justifiquem, nomeadamente por se tratar de uma fratria em que relativamente apenas a algum ou alguns dos irmãos se verifique uma diferença de idades superior àquela.

5. O disposto no n.º 3 não se aplica quando o adoptando for filho do cônjuge do adoptante.

6. Releva para efeito da contagem do prazo do n.º 1 o tempo de vivência em união de facto imediatamente anterior à celebração do casamento.

¹¹ VARELA, J. Antunes, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Petrony, 1999, p.131.

¹² Isto porque, tal como se pode ler no Ac. proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, datado de 09/02/2021, no âmbito do processo n.º 211/20.2T8STC.E1.S1, cujo relator foi Maria Clara Sottomayor: “Compreende-se que a lei não admita a adoção de maiores de idade e que estabeleça requisitos especiais para a adoção de adolescentes com idade próxima da maioridade, com base no paradigma de que a adoção de crianças mais novas apresenta maior potencialidade para a criação de laços afetivos semelhantes à filiação”, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 02/09/2022.

¹³ VARELA, J. Antunes, *Idem*.

quando se trate de filho do cônjuge do requerente, tratado pelo adotante como filho desde a infância, tendo-se estabelecido entre ambos uma relação de afeto, cuidado e assistência idêntica às que habitualmente se estabelecem entre pai e filho, quando aplicado aos casos em que, à data em que o candidato a adotante apresentou o requerimento inicial junto do organismo de Segurança Social, o adotando fosse menor e não emancipado, atingindo a maioridade no decurso da fase administrativa do processo de adoção.”¹⁴ Assim, nesta decisão mais recente¹⁵, o Tribunal Constitucional entendeu que a convivência social e afetiva que se estabeleceu, naquele caso concreto, entre o adotando e o requerente à adoção se sobrepõe ao critério formal do limite etário para uma criança ser adotada. Na verdade, esta última decisão concretiza aquilo que já sucede noutros ordenamentos jurídicos, como por exemplo, em Espanha e na Alemanha.

O ordenamento jurídico espanhol, no artigo 175 do Código Civil¹⁶, prevê a possibilidade de um maior de idade ser adotado desde que entre o maior e o candidato a adotante exista uma situação de convivência estável de pelo menos um ano e que essa convivência estável assente na criação de laços afetivos fortes e seguros¹⁷. Do mesmo modo, sucedeu na Alemanha¹⁸, onde a adoção de maiores é permitida

¹⁴ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 132/2022, proferido pela 1.ª Secção em 15/02/2022, no âmbito do processo n.º 533/2021, cujo relator foi José António Teles Pereira, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, última consulta em 07/07/2022.

¹⁵ Para o desenvolvimento destas matérias, ver JORGE, Nuno de Lemos, “Adoção e maioridade: acórdão n.º 132/2022 do Tribunal Constitucional”, in *Lex Familiariae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 19 — n.º 37, 2022, ISSN 1645-9660, pp. 85 a 95.

¹⁶ Artículo 175.º n.º 2 do Código Civil Espanhol: Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.

¹⁷ A este propósito veja-se, entre outros, OLIVEIRA, Guilherme de, *Adoção...*, *ob.cit.*, p.46.

¹⁸ § 1767 Bürgerliches Gesetzbuch: (1) Ein Volljähriger kann als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist; dies ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist.

desde que moralmente justificada, em virtude de entre o adotando e o adotante se evidenciar uma relação semelhante à filiação.

E, em abono da verdade, a análise deste preceito legal não tem sido de fácil interpretação, não no que concerne à adoção até à maioridade da criança, mas no que respeita à interpretação do conceito de confiança ínsito no n.º 3 do artigo 1980.º do CC, onde a doutrina e a jurisprudência permanecem em constante dissenso ¹⁹.

3. DA INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE CONFIANÇA PREVISTO NO ARTIGO 1980.º DO CC

Se optarmos por fazer uma interpretação restrita ²⁰ do artigo 1980.º do CC, não podemos negar que o legislador impõe a verificação de requisitos cumulativos para o decretamento da adoção: por um lado, fixa o limite etário para a criança ser adotada e, por outro, faz depender o decretamento da adoção da verificação de um período prévio de confiança da criança e dos adotantes, confiança essa que tenha sido decidida no âmbito de um processo judicial de promoção e proteção, mediante decretamento de medida de confiança ou no âmbito de uma decisão de confiança administrativa por parte da Segurança Social. E, na verdade, com a publicação do Regime Jurídico do Processo de Adoção ²¹, o legislador veio clarificar e regular todo o processo de adoção, e em consonância com o que já constava do Código Civil, veio discriminar os pressupostos necessários para a prolação da decisão judicial constitutiva do vínculo da adoção, onde constam concretizados os conceitos técnico jurídicos ínsitos também no n.º 1 do art. 1980.º do CC.

Assim, no art. 34.º do RJPA, pode ler-se que a procedência da fase judicial da adoção, depende da prévia declaração de adotabilidade

¹⁹ Como se analisará com maior detalhe no capítulo 5.

²⁰ A propósito da interpretação hermenêutica, veja-se AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito — Volume II*, 2019, Almedina, 2019, pp. 167 e ss.; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Direito*, Almedina, 2018, pp. 373 e ss.; entre outros.

²¹ Adiante será usada a abreviatura RJPA.

decidida no âmbito de processo judicial de promoção e proteção, mediante decretamento de medida de confiança a que alude a alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo ²² ou prévia decisão de confiança administrativa e, ainda, da prévia avaliação favorável da pretensão expressa pelo candidato a adotante relativamente à adoção do filho do cônjuge, tendo sempre em conta o superior interesse da criança.

Quanto à primeira hipótese — prévia declaração de adotabilidade decidida no âmbito de processo judicial de promoção e proteção das crianças e dos jovens em perigo — a confiança respeita ao decretamento judicial de uma medida que visou afastar uma situação de perigo em que uma criança se encontrava, com vista a proporcionar-lhe as condições que permitem proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral e ainda, a garantir a sua recuperação física e psicológica, no caso deste ter sido vítima de qualquer forma de exploração ou abuso (art. 34.º LPCJP), tendo o julgador, em concreto, no âmbito de um processo de promoção e proteção das crianças e dos jovens em perigo, optado por aplicar a medida prevista na alínea g) do artigo 35.º do mesmo diploma, ou seja, a confiança da criança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adoção.

No que respeita à segunda hipótese — prévia decisão de confiança administrativa — esta resulta de uma decisão do organismo de segurança social que opta pela entrega de criança, relativamente à qual haja sido prestado consentimento prévio para a adoção ao candidato a adotante ou que confirme a permanência de criança a cargo do candidato a adotante que sobre ela exerça já as responsabilidades parentais, sendo que, em ambos os casos, faz depender essa decisão do preenchimento dos pressupostos previstos no artigo 36.º do RJPA ²³ e só pode ter lugar quando for possível formular um juízo de prognose

²² Adiante será usada a abreviatura LPCJP.

²³ O texto legal é o seguinte (art. 36.º RJPA):

1. A confiança administrativa só pode ser atribuída se, após audição da criança de idade superior a 12 anos, ou de idade inferior, em atenção ao seu grau de maturidade e discernimento, resultar, inequivocamente, que aquela não se opõe a tal decisão.

favorável relativamente à compatibilização entre as necessidades da criança e as capacidades do candidato. Sendo que, como explica JORGE DUARTE PINHEIRO, em ambos os casos — a aplicação de uma decisão de confiança administrativa ou mediante a aplicação de uma medida de promoção e proteção — implica a inibição dos pais biológicos do exercício das responsabilidades parentais, ficando o requerente da adoção com a curadoria provisória da criança (n.ºs 1 e 2 do art. 38.º n.º 2 do RJPA) ²⁴.

Em abono da verdade, não é a interpretação do n.º 1 do art. 1980.º do CC que levanta dúvidas quanto à sua interpretação, pois parece-nos que a regra para o decretamento da adoção, no que à capacidade do adotando respeita, está efetivamente dependente da verificação dos dois

2. A atribuição da confiança administrativa pressupõe ainda, sendo caso disso, a audição do representante legal, de quem tiver a guarda de direito e de quem tiver a guarda de facto da criança.

3. A confiança administrativa só pode ter lugar quando for possível formular um juízo de prognose favorável relativamente à compatibilização entre as necessidades da criança e as capacidades do candidato.

4. A oposição manifestada por alguma das pessoas referidas no n.º 2 pode também fundamentar a não atribuição de confiança administrativa.

5. Nos casos em que não seja atribuída a confiança administrativa, o Ministério Público promove as iniciativas processuais cíveis ou de proteção adequadas ao caso, na sequência da correspondente comunicação do organismo de segurança social.

6. Estando pendente processo judicial de promoção e proteção ou tutelar cível, é também necessário que o tribunal, a requerimento do organismo de segurança social, ouvido o Ministério Público, considere que a confiança administrativa corresponde ao superior interesse da criança.

7. A apreciação do tribunal reveste carácter urgente, devendo ter lugar no prazo máximo de 15 dias após a entrada do requerimento apresentado pelo organismo de segurança social.

8. A decisão de confiança administrativa na modalidade de confirmação da permanência da criança a cargo do candidato a adotante pressupõe:

- a) Que o exercício das responsabilidades parentais relativas à esfera pessoal da criança lhe haja sido previamente atribuído, no âmbito de providência tutelar cível;
- b) Prévia avaliação da pretensão expressa pelo candidato a adotante relativamente à criança a cargo, tendo em conta o seu superior interesse.

²⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª edição, Gestlegal, 2020, p. 186.

pressupostos: o seu limite etário de quinze anos e a prévia confiança ao candidato a adotante mediante uma confiança administrativa ou mediante a aplicação de uma medida de promoção e proteção, cujos conceitos técnico-jurídicos *supra* expusemos. Porém, situação díspar é quando somos chamados a interpretar a exceção inclusa no n.º 3 do mesmo preceito legal, onde o legislador estende o limite etário da criança ser adotada até aos dezoito anos, desde que esta tenha sido confiada aos candidatos a adotantes pelo menos até aos seus quinze anos de idade, sendo certo, porém, que não concretiza o tipo de confiança. Assim sendo, reside a questão de sabermos se devemos seguir uma interpretação hermenêutica da norma e remeter a sua concretização para os conceitos técnico-jurídicos previstos no n.º 1 daquela norma, ou se ao invés, deve o aplicador entender que aquele conceito de confiança pode (e deve) ser entendido em sentido técnico-material, onde caibam outros tipos de confiança prévia, tais como: o instituto da tutela ou até um mero estado duradouro de cuidar.

4. EVOLUÇÃO E ENQUADRAMENTO LEGAL DO N.º 3 DO ARTIGO 1980.º DO CC

Para que se faça a devida interpretação da norma é forçoso analisar a evolução que o preceito legal em crise veio a sofrer ao longo dos tempos ²⁵.

Na verdade, como escreve ALFREDO MENERES BARBOSA apesar da adoção — pelo menos como situação de facto — ser tão antiga como a própria humanidade ²⁶, foi apenas com a publicação do Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966, que a adoção passou a constar do leque de fontes de relações jurídico familiares, passando esse instituto a fazer parte do nosso Código Civil (art.1576.º CC). Nesta versão originária, o legislador estabeleceu, desde logo, um limite

²⁵ A este propósito, veja-se também, LIMA, Pires de, VARELA, J. Antunes, Código Civil Anotado — vol. V, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2011, pp. 523 a 526.

²⁶ BARBOSA, Alfredo Meneres, “A revisão do Código Civil em matéria de adoção”, *in* Infância e Juventude Infância e Juventude: revista do Instituto de Reinserção Social, n.º 4, out. — dez., 1978, pp. 7 a 12.

etário máximo para que a criança possa ser adotada, fixando a regra nos catorze anos de idade e prevendo como exceção os vinte e um (desde que este não se encontre emancipado), se até idade não superior aos catorze anos estivesse estado, de facto ou de direito, ao cuidado do adotante ²⁷, porquanto, nesta primeira versão normativa, e a reboque do próprio contexto social, a mera confiança de facto era suficiente para que a adoção viesse a ser decretada judicialmente.

Foi com a reforma operada ao Código Civil pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, que o legislador, impôs, pela primeira vez, a menoridade como condição essencial para o decretamento da adoção ²⁸, mantendo a possibilidade da verificação da mera confiança de facto entre o candidato a adotante e a criança, desde pelo menos os catorze anos desta.

Acontece que, volvidos dezasseis anos, com a alteração legislativa operada pelo Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de maio, que aprovou o

²⁷ O texto legal à data era o seguinte (art. 1974.º CC):

1. A adoção apenas será decretada quando se verificarem, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- a) Apresentar reais vantagens para o adotando;
- b) Ter o adotando menos de catorze anos, ou ter menos de vinte e um e não se encontrar emancipado, quando desde idade não superior a catorze anos tenha estado, de facto ou de direito, ao cuidado do adotante;
- c) Ter o adotante mais de trinta e cinco anos de idade.

2. Quando o adotando tenha mais de catorze anos, é ainda necessário o seu consentimento, a menos que ele não esteja no uso das suas faculdades mentais.

²⁸ O texto legal à data era o seguinte (art. 1980.º CC):

1. Podem ser adotados plenamente os menores filhos do cônjuge do adotante ou de pais incógnitos ou falecidos, os menores judicialmente declarados abandonados e ainda os que há mais de um ano residam com o adotante e estejam a seu cargo.

2. O adotando deve ter menos de catorze anos; poderá, no entanto, ser adotado o menor de dezoito anos não emancipado, quando desde idade não superior a catorze tenha estado, de direito ou de facto, ao cuidado dos adotantes ou de um deles ou quando for filho do cônjuge do adotante.

regime jurídico da adoção esta possibilidade menos complexa e formalista, desapareceu do nosso ordenamento jurídico ²⁹. Com esta mutação legislativa, a idade máxima para a criança ser adotada passou a residir no limite atual — os quinze anos — tendo o legislador consagrado a possibilidade de alargamento deste limite etário até idade não superior aos dezoito, desde que até aos quinze anos esta tivesse sido confiada aos adotantes (ou a um deles) ou se respeitar à adoção de criança filha do cônjuge. Acontece porém que, no n.º 1 daquele preceito legal, o legislador concretizou os tipos de confiança admissíveis para o momento prévio à adoção, *i.e.*, o legislador concretizou que a adoção teria de ser precedida de uma confiança judicial ou administrativa, eliminando da redação daquele dispositivo legal, a mera confiança de facto ou mero estado de cuidar, porquanto, com a revogação da redação normativa anterior, este artigo deixou de tutelar as ditas confianças de facto, tornando assim aquele requisito obrigatório mais restrito.

Por outro lado, com este avanço legislativo, deixou de fazer parte do texto normativo a concretização do estado de abandono ³⁰, tendo este conceito sido substituído pela confiança judicial com vista a futura adoção ³¹, plasmada no artigo 1978.º do CC ³², e, por conseguinte,

²⁹ O texto legal à data era o seguinte (art. 1980.º CC):

1. Podem ser adotados plenamente os menores filhos do cônjuge do adotante e aqueles que tenham sido confiados, judicial ou administrativamente, ao adotante;

2. O adotante deve ter menos de 15 anos à data da petição judicial de adoção; poderá, no entanto, ser adotado quem, a essa data, tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado, quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado aos adotantes ou a um deles ou quando for filho do cônjuge do adotante.

³⁰ A declaração de estado de abandono foi concretizada aquando da 7.ª revisão ao Código Civil, com o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

³¹ Também denominada providência tutelar cível de confiança judicial com vista à adoção.

³² O texto legal à data era o seguinte (art. 1978.º CC):

1. Com vista a futura adoção, o tribunal pode confiar o menor a casal, a pessoa singular ou a instituição em qualquer das situações seguintes:

a) Se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos;

passaram a poder ser adotadas: as crianças de pais incógnitos ou falecidos; crianças abandonadas; crianças cujos progenitores, no exercício das suas funções, pusessem em perigo a sua segurança, saúde, formação moral ou educação em termos que, pela sua gravidade, comprometam seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação ou ainda, nas situações em que os pais demonstrassem manifesto desinteresse pela criança, em termos de comprometer seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação.

No preâmbulo do referido decreto, o legislador fundamentou esta alteração em abono de uma maior segurança no processo de adoção, almejando”, por um lado, possibilitar a adoção de crianças com idade mais elevada e, por outro, privilegiar a desejável precocidade da adoção, sem prejuízo da necessária segurança. Assim, exige-se agora em todos os casos que o adotando tenha estado ao cuidado do adotante durante prazo suficiente para se poder avaliar da conveniência da constituição do vínculo”. Esta avaliação passou a ser aferida por órgãos competentes e especializados, cujo entendimento ia no sentido de que a simples confiança de facto não podia encontrar campo de aplicação,

-
- b) Se tiver havido consentimento prévio para a adoção;
 - c) Se os pais tiverem abandonado o menor;
 - d) Se os pais, por ação ou omissão, puserem em perigo a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor em termos que, pela sua gravidade, comprometam seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação;
 - e) Se os pais do menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação, durante, pelo menos, os seis meses que precederam o pedido de confiança.

2. A confiança com fundamento nas situações previstas nas alíneas *c)*, *d)* e *e)* do número anterior não pode ser decidida se o menor se encontrar a viver com ascendente, colateral até ao 3.º grau ou tutor e a seu cargo, salvo se aqueles familiares ou o tutor puserem em perigo, de forma grave, a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor ou se o tribunal concluir que a situação não é adequada a assegurar suficientemente o interesse do menor.

3. Têm legitimidade para requerer a confiança judicial do menor o Ministério Público, o organismo de segurança social da área da residência do menor, a pessoa a quem o menor tenha sido administrativamente confiado e o diretor do estabelecimento público ou a direção da instituição particular que o tenha acolhido”.

em virtude de não ser possível aferir da segurança da futura relação jurídico familiar.

A sucedânea alteração legislativa operada ao artigo 1980.º do CC foi dada pelo Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de maio ³³, sem que, contudo, tenha introduzido alterações relevantes para o estudo que nos apraz, mantendo a necessária confiança — administrativa ou judicial — em momento prévio à apresentação do requerimento de adoção, impossibilitando assim a adoção de crianças que tenham estado aos cuidados dos proponentes a adotantes, não reconhecendo outras situações de facto, que não as previstas no n.º 1 do referido preceito legal.

Situação diversa sucedeu com a entrada em vigor da Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto ³⁴, que na sua redação veio possibilitar a adoção de crianças que tenham sido confiadas administrativamente, judicialmente ou por medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção, prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º, e no artigo 38.º-A, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Por conseguinte, o legislador equiparou a uma situação de confiança administrativa e judicial ao decretamento de uma medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção, contribuindo, por seu turno, para o aceleramento do processo de adoção, visto que, caso a criança já beneficiasse de uma medida de

³³ O texto legal à data era o seguinte (art. 1980.º CC):

“1. ...

2. O adotando deve ter menos de 15 anos à data da petição judicial de adoção; poderá, no entanto, ser adotado quem, a essa data, tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado aos adotantes ou a um deles ou quando for filho do cônjuge do adotante”.

³⁴ O texto legal à data era o seguinte (art. 1980.º CC):

1. Podem ser adotados plenamente os menores filhos do cônjuge do adotante e aqueles que tenham sido confiados ao adotante mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção.

2. ...”.

promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção, não era necessário realizar-se outros procedimentos administrativos prévios, tornando possível o recurso imediato à fase judicial do processo de adoção.

A última reforma legislativa importante para o preceito que ora nos ocupa, sucedeu em 2015, com a publicação da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, que além de alterar o Código Civil veio aprovar o Regime Jurídico do Processo de Adoção, que passou a regular os processos de adoção nacional e internacional, bem como a intervenção nesses processos das entidades competentes ³⁵.

Com esta última mutação, o legislador concretizou no n.º 3 do artigo 1980.º do CC, que podem ser adotadas, todas as crianças que, em momento anterior aos quinze anos, tenham sido confiadas ao adotante mediante confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção (ou sejam crianças filhas do cônjuge do adotante). Assim sendo, e entendendo-se que deve ser realizada uma interpretação restrita a este preceito legal, a exceção prevista no n.º 3 da referida norma, prevê apenas que excepcionalmente podem ser adotados até aos dezoito anos as crianças filhas do cônjuge do adotante ou caso a criança tenha sido confiada administrativamente ou beneficie de uma medida de medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, em ambos os casos, pelo menos desde os quinze anos de idade.

Desta alteração, resulta cristalino que o legislador restringiu ainda mais o campo de situações que possam englobar a interpretação do conceito de confiança, visto que retirou a possibilidade da criança ser adotada quando tenha sido entregue ao adotante em virtude de uma decisão proveniente de uma providência tutelar cível de confiança judicial com vista à adoção, deixando de tipificar, no n.º 1 do artigo 1980.º do

³⁵ Apesar da adoção configurar uma providência tutelar cível, com a entrada em vigor do Regime Jurídico do Processo de Adoção, deixou de se aplicar, mesmo que a título subsidiário, o Regime Geral do Processo Tutelar Cível. A este propósito, veja-se, GUERRA, Paulo, em anotação ao artigo 2.º, *in Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, anotação ao artigo 2.º, *in AAVV, DIAS, Cristina Araújo, BARROS, João Nuno, CRUZ, Rossana Martingo (coords.), 1.ª edição, Almedina, 2021, pp. 27 a 32.*

CC, como possibilidade de confiança — a confiança judicial com vista a futura adoção³⁶. De acordo com a Proposta de Lei n.º 340/XII que antecedeu a esta reforma legislativa, a verdadeira razão para a eliminação da possibilidade de a criança ser adotada quando em momento prévio tenha sido entregue aos candidatos a adotantes através de uma decisão tomada no âmbito de um procedimento tutelar cível, assenta, fundamentalmente, na intenção de abolir instrumentos processuais de aplicação prática residual. A este propósito, lia-se na referida Proposta de Lei 340/XII/4 que “a análise dos dados estatísticos permitiu constatar a existência de um número muito reduzido de confianças judiciais requeridas e atribuídas, nos últimos anos, facto ao qual não será alheia a criação, em 2003, na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, das medidas de promoção e proteção de confiança a uma instituição com vista a futura adoção ou a pessoa selecionada para a adoção. Tal permitiu concluir pela desnecessidade daquela providência tutelar cível. Assim, considerou-se que se introduz maior coerência no sistema, fazendo depender o encaminhamento para a adoção ou a adotabilidade unicamente de confiança administrativa ou medida de promoção e proteção”³⁷.

Assim sendo, a previsão da faculdade da criança ser adotada mediante uma confiança prévia de facto, vigorou no Código Civil português durante cerca de vinte e cinco anos, tendo a reforma ao Código Civil operada pelo Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de maio, eliminando definitivamente essa possibilidade. É inegável que com a evolução social os casos que germinam de uma confiança de facto são cada vez mais редutos, porém, não podemos olvidar que, pelas mais variadas razões, elas continuam a subsistir e a obrigar uma pronúncia por parte dos tribunais.

Assim, aquilo que em 1993 parecia lógico ao legislador, em favor da maior segurança de todo o processo de adoção, pode continuar a

³⁶ A este propósito veja-se CHABY, Estrela, em anotação ao artigo 1980, in *Código Civil Anotado*, in AAVV, PRATA, Ana (coord.), vol. II, 2.ª edição, Almedina, 2019, pp. 903 a 905.

³⁷ Proposta de Lei 340/XII/4, de 28 de maio de 2015, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39540>, última consulta em 16/09/2022.

suscitar dissensos quando confrontada com o principal propósito da adoção — aproximar o vínculo afetivo do vínculo natural e ainda mais, se interpretado de acordo com o superior interesse da criança.

5. A DIVERGÊNCIA QUANTO À INTERPRETAÇÃO DO N.º 3 DO ARTIGO 1980.º DO CC

Aqui chegados, e cientes de que a resposta à principal quezília em estudo não é unânime no nosso ordenamento jurídico, tanto no que respeita ao entendimento da doutrina como da jurisprudência, até porque como em *infra*, no passado, o próprio legislador já concretizou as duas possibilidades, cumpre-nos dar nota daquele que tem sido o entendimento mais recente.

No que respeita à interpretação da regra imposta no n.º 1 do artigo 1980.º do CC, nem a doutrina nem tampouco a jurisprudência³⁸, têm dúvidas de que a regra é de o decretamento da adoção está dependente do limite etário da criança, só podendo esta ser adotada até aos quinze anos e, desde que tenha sido confiada previamente ao candidato a adotante, seja essa confiança derivada de uma decisão da Segurança Social (confiança administrativa) ou mediante a aplicação de uma medida de proteção e promoção.

Ora, a divergência insurge-se no que respeita à interpretação do preceituado no n.º 3 daquele preceito legal, em que o legislador estende a possibilidade da criança ser adotada até aos dezoito — mantendo a menoridade como condição inultrapassável — desde que a criança tenha sido confiada em momento prévio ao processo de adoção aos requerentes (ou a criança a adotar seja filha do cônjuge), sem que contudo, tenha concretizado quais as tipologias de confiança admitidas para a aplicação da exceção. Nessa medida, o legislador abre a porta a que se possa fazer uma de duas interpretações: ou opera uma interpretação hermenêutica e o termo — confiança — respeita apenas a situações técnico-jurídico — fazendo-se a remissão para a confiança

³⁸ Apesar de ter sido suscitada a questão da Constitucionalidade da norma quanto à fixação de balizas temporais para a criança ser adotada, como estudado em *infra*.

administrativa ou confiança enquanto medida de proteção e promoção, previstas no n.º 1 do normativo ou entendemos que sendo aquela norma uma exceção, deverá ser realizada uma interpretação extensiva — e se possa interpretar aquele conceito em sentido técnico — material, sendo consideradas todas as relações que cumpram o principal objetivo da adoção: *i.e.*, o de se estabeleça entre a criança e o adotante uma relação afetiva o mais próximo do vínculo biológico, existindo situações em que a simples entrega fática da criança aos cuidados dos requerentes se bastará.

Acontece que esta dúvida reside, também, nos tribunais. Como *supra* se adiantou, existe um grande dissenso doutrinal e jurisprudencial, pelo que, os tribunais têm vindo a ser chamados, por diversas vezes, e em momento muito recente, a fazer uma interpretação deste conceito de confiança, ínsito no n.º 3 do artigo 1980.º do CC, sendo certo, porém, que não subsiste uma solução unânime, visto que os próprios tribunais têm divergido na referida interpretação.

Do ponto de vista da realização de uma interpretação sistemática do conceito de confiança, temos, a título meramente exemplificativo ³⁹, o Ac. proferido pelo Tribunal da Relação de Évora datado de 09/03/2017 ⁴⁰. No caso em apreço, desde o ano de 2013, em virtude de uma decisão tomada no âmbito de um processo tutelar cível, o candidato a adotante foi nomeado tutor a título provisório da criança que se propunha adotar, tendo aquela decisão se convertido em definitiva no ano seguinte, ou seja, quando a criança tinha catorze anos de idade.

Acontece que, só em 2016 é que os requerentes apresentaram o requerimento judicial para adoção, ou seja, quando a criança já tinha completado dezasseis anos de idade. Sucede que, aquele Tribunal confirmou a decisão de primeira instância, concluindo pelo não decretamento da adoção, uma vez que a criança (apesar de ser menor) não

³⁹ A este propósito e seguindo o mesmo sentido decisório, veja-se como exemplo: o Ac. do Tribunal da Relação do Porto datado de 23/11/1999, proferido no âmbito do processo n.º 9820376, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 12/09/2022.

⁴⁰ Ac. do Tribunal da Relação de Évora datado de 09/03/2017, proferido no âmbito do processo n.º 3939/16.8T8STB.E2, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 12/09/2022.

foi confiada aos adotantes em momento anterior aos seus quinze anos. Contudo, apesar da criança estar entregue aos cuidados da família que se propôs a adoção desde os seus treze anos, provando-se, *inclusive*, naquele caso concreto, que entre a criança e os requerentes existem fortes laços afetivos, o Tribunal entendeu que o instituto da tutela não cabe na exceção conferida pelo n.º 3 do artigo 1980.º do CC ⁴¹.

O mesmo entendimento tinha TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, ao afirmar que “a regra é a de que só podem ser adoptados os menores com menos de quinze anos à data da entrada da petição inicial da adopção no tribunal” ⁴², acrescentando que a norma comporta duas exceções, uma quando “à data da entrada dessa petição inicial de adopção, tiver menos de dezoito anos (não ter completados os 18 anos) e não se encontre emancipado quando, desde idade não superior a quinze anos, tenha sido confiado (confiança administrativa, judicial ou mediante medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção) aos adoptantes ou a um deles”, ou “à data da entrada dessa petição inicial de adopção, tiver menos de dezoito anos e não se encontre emancipado e seja filho do cônjuge do adoptante [ou do(a) companheiro(a) da adoptante, no caso das uniões de facto” ⁴³, não admitindo, portanto, que sejam admitidas outras situações distintas das previstas no n.º 1 do art. 1980.º do CC.

Todavia não podemos deixar de dar nota do vertido pelo Tribunal quanto ao facto de poder estar a tomar uma decisão que não se coadune com o princípio magno do superior interesse da criança, lendo-se, *inclusive*, que “a decisão que seria mais conforme ao concreto interesse do jovem adoptando era a de decretar a sua adopção pelos requerentes. Sucede, porém, que o regime legal vigente não o permite. E, se o regime legal impede, por vezes, que sejam tomadas decisões mais conformes ao interesse dos menores adoptandos, então aperfeiçoe-se, por via legislativa, a Lei. Não se pretenda é que o julgador se

⁴¹ Sobre esta temática, veja-se ainda, PINHEIRO, Jorge Duarte, *Da confiança a pessoa idónea à confiança com vista a futura adopção*, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, AAFDL, 2015, pp. 243-246.

⁴² RAMIÃO, Tomé D'Almeida, *Adopção — Regime Jurídico Actual*, 2.ª edição (revista e actualizada), Quid Juris, p. 46.

⁴³ *Idem*.

arrogue o poder de “legislar” interpretando extensivamente o que está estatuído, até se lograr obter o resultado pretendido”.

Aliás, num outro Ac. recente proferido pelo mesmo Tribunal da Relação de Évora ⁴⁴, na apreciação de uma situação bastante semelhante, em que o requerimento para adoção sido entregue quando a criança já havia completado dezasseis anos, apesar da criança ter sido entregue aos proponentes à adoção no âmbito da regulação e alteração do exercício das responsabilidades parentais, desde os seus nove anos de idade. Não obstante a relação afetiva entre as partes ser em tudo similar à que se estabelece na filiação, o Tribunal entendeu que não tendo a adoção sido precedida da confiança prevista no n.º 1 do art. 1980.º do CC, não era possível decretar a adoção. Na mesma senda, o Tribunal da Relação de Coimbra ⁴⁵, acrescenta ainda que, “apesar de o processo judicial de adoção ser de jurisdição voluntária, a decisão sobre quem pode ser adoptado não está sujeita à equidade, nem a critérios de conveniência ou oportunidade, visto que as normas constantes do artigo 1980.º do CC sobre quem pode ser adoptado revestem natureza imperativa”.

Porém, a falta de unanimidade no entendimento desta questão, leva a que, por outra banda, a jurisprudência tenha aclamado fazer uma interpretação teleológica da norma, possibilitando o decretamento da adoção, caso se verifique uma mera confiança de facto.

A esse propósito, veja-se o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, num aresto que data de 09/02/2021 ⁴⁶, onde o Tribunal foi chamado a interpretar o referido conceito de confiança incluso no n.º 3 do artigo 1980.º do CC. No caso em apreço foi analisada a situação de uma criança nascida em 2002 e que estava entregue aos cuidados dos candidatos a adoção desde os seus 9 dias, tendo o exercício das suas

⁴⁴ Ac. do Tribunal da Relação de Évora datado de 14/07/2020, proferido no âmbito do processo n.º 211/20.2T8STC.E1, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 12/09/2022.

⁴⁵ Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra datado de 25/01/2021, proferido no âmbito do processo n.º 3733/20.1T8CBR.C1, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 14/09/2022.

⁴⁶ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça datado de 09/02/2021, proferido no âmbito do processo n.º 211/20.2T8STC.E1.S1, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 14/09/2022.

responsabilidades parentais sido entregues em exclusivo aos requerentes de adoção, no âmbito do processo de alteração do exercício das responsabilidades parentais, transitado em julgado em 2013. Acontece que, apesar da criança beneficiar dos cuidados e afetos dos requerentes há mais de dezassete anos, a decisão por parte dos organismos da Segurança Social só aconteceu em 2020, pelo que, o requerimento para adoção já foi apresentado quando a criança estava perto de completar os seus dezoito anos.

Porquanto, apesar da criança nutrir capacidade relativamente à idade para ser adotada, não foi confiada aos requerentes até aos seus quinze anos de idade, uma vez que a decisão da atribuição de uma confiança administrativa pelos organismos da Segurança Social só ocorreu quando esta já tinha completado dezassete anos. Assim, de acordo com esta realidade fáctica, caso o Tribunal tivesse interpretado o conceito de confiança com base em critérios jurídicos a adoção não seria decretada, visto que a confiança administrativa já veio a suceder após os quinze anos de idade da criança.

Acontece que, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu decretar a adoção da criança, interpretando aquele conceito de confiança em sentido amplo ⁴⁷, justificado pelo facto do principal objetivo da adoção se mostrar verificado: a similitude do vínculo sociológico/afetivo com o vínculo biológico “a razão de ser da norma indica assim, que, à luz do interesse da criança, a expressão confiança deve ter um sentido que promova a estabilidade dos vínculos afetivos semelhantes à filiação formados entre a jovem adotanda e os candidatos à adoção, e a promoção dos seus direitos, designadamente do seu direito à educação, que assume relevância para além da idade em que se adquire a maioridade.”.

Por sua vez, numa decisão ainda mais recente, o mesmo Supremo Tribunal de Justiça, no Ac. datado de 29/04/2021 ⁴⁸, admite poder

⁴⁷ Não estando isolado nesta interpretação, veja-se a este propósito o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 08/06/2017, proferido no âmbito do processo n.º 4692-16.0T8VFX.L1-8, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 15/09/2022.

⁴⁸ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça datado de 29/04/2021, proferido no âmbito do processo n.º 3733/20.1T8CBR.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 14/09/2022.

fazer-se o mesmo raciocínio teleológico da norma. No caso concreto, aquele aresto pronunciou-se sobre a possibilidade da adoção ser decretada quando a entrega da criança aos requerentes, sucedeu em momento posterior aos seus quinze anos, tendo o Tribunal entendido não privilegiar aquela decisão — mesmo a fazer uma interpretação ampla do n.º 3 do artigo 1980.º do CC, visto que, casuisticamente, a concreta entrega da criança aos requerentes (mesmo que de facto) só veio a suceder em momento ulterior aos seus quinze anos, pelo que “trata-se de situação inteiramente diversa daquela que ocorre nos presentes autos, nos quais — reafirme-se — não existia qualquer relação jurídica (ou sequer fáctica) entre os requerentes e a menor antes de esta ter feito 15 anos. Não só factualmente, mas também em termos de instrumentos jurídicos, o caso *sub judice* difere significativamente do caso apreciado e decidido pelo referido acórdão de 9 de fevereiro de 2021, uma vez que, no presente caso, não era juridicamente possível que, com a idade em causa à data da entrega fáctica da menor aos cuidados dos requerentes e sem existência de ligação anterior com os mesmos”.

Assim, apesar de, naquele caso concreto, não ter sido possível decretar a adoção, fica a amostra de que os Tribunais não têm olvidado a possibilidade da interpretação ampla do conceito de confiança insito no n.º 3 do artigo 1980.º do CC, por respeitar efetivamente a uma exceção, salvaguardando-se, assim, o superior interesse da criança e o fim último da adoção. Neste sentido, veja-se o entendimento de ANA RITA ALFAIATE que, apesar de defender uma interpretação restrita daquele preceito, entende que é “exigência legal que o seu projeto de vida passe por essa mesma adoção desde antes dessa idade”, *i.e.*, defende que o verdadeiro pressuposto a verificar-se para o decretamento da adoção é que esse projeto de adoção seja concretizado antes dos quinze anos da criança e, nessa medida, defende que, quando tal se verifique casuisticamente, se possa justificar “o alargamento da expressão confiança”^{49 50}.

⁴⁹ ALFAIATE, Ana Rita, *Código Civil Anotado*, Livro IV, Direito da Família: Código Civil Anotado, Livro IV, Direito da Família, in AAVV, SOTTOMAYOR, Clara (coord.), Almedina, 2020, pp. 1020-1021.

⁵⁰ Com o mesmo entendimento veja-se, BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família — uma questão de direitos*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2014, pp. 357

6. REFLEXÕES CONCLUSIVAS

A interpretação do n.º 3 do artigo 1980.º do CC permite-nos concluir por dois sentidos díspares, que nos confrontam com duas premissas: a justaposição entre o poder judicial e o poder legislativo e a salvaguarda do superior interesse da criança.

No que respeita à primeira premissa, não podemos deixar de referir que em virtude do princípio da separação de poderes (art. 2.º da CRP, não caberá ao julgador imiscuir-se no poder legislativo, até porque, como dispõe o art. 203 da CRP os tribunais são independentes estando apenas sujeitos e vinculados à lei. Porém, também não podemos olvidar o artigo 202.º da CRP que estabelece que os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo e que, na administração da justiça devem assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. Assim, em abono da verdade, a recusa da interpretação extensiva do preceituado no n.º 3 do artigo 1980.º do CC encontra amparo nas referidas normas constitucionais, bem como no n.º 2 do artigo 8.º do CC que impõe que “o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”, sendo certo, porém, que também poderá discutir-se que essa interpretação sistemática, poderá colocar em causa a segunda parte da norma, que nos diz que a administração da justiça deve assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

a 395 e ainda OLIVEIRA, Guilherme de, RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 480, fazendo referência ao sentido de decisão do Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 08/07/2017, proferido no âmbito do processo n.º 4692-16.0T8VFX.L1-8, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 12/09/2022 e que também acompanha este sentido interpretativo, visto que decretou a adoção de uma criança que só foi confiada administrativamente aos candidatos à adoção quando já tinha mais de quinze anos de idade e, sem que lhe tivesse sido anteriormente atribuído, o exercício das responsabilidades parentais. O Tribunal entendeu que, à luz do superior interesse da criança, a adoção devia ser decretada, uma vez que a criança já encontrava aos cuidados da requerente da adoção desde os seus quatro anos, mantendo com estes uma relação em tudo análoga ao vínculo da filiação.

Nesta senda cumpre-nos um exercício interpretativo, *i. e.*, avaliar se é a interpretação hermenêutica ou a interpretação extensiva que mais se coadunam com a ração daquela norma. Assim, fazendo-se uma interpretação hermenêutica da norma, não é possível o recurso à analogia prevista no art. 10.º do CC, sufragados do entendimento de que não se trata de uma omissão e que o legislador definiu concretamente que só cabiam naquela exceção os dois tipos de confiança impostos no n.º 1 do art. 1980.º do CC. Por outro lado, optando-se pela realização de uma interpretação extensiva daquela norma, em que se aceita que o decretamento da adoção esteja apenas dependente de uma confiança de facto estabelecida entre o adotando e o candidato à adoção, desde que se verifique um dos requisitos substanciais para a adoção: a constatação de que se estabeleça um vínculo semelhante ao da filiação (art. 1974.º CC).

Não podemos deixar de elucidar que o estabelecimento da filiação por adoção constitui uma fonte jurídica de uma relação familiar (art. 1586.º CC), que encontra amparo constitucional no n.º 7 do art. 36.º da CRP e que, como afirma GUILHERME DE OLIVEIRA foi delimitado para ter em consideração o interesse do adotando e do interesse geral de proteção da infância mais desfavorecida⁵¹. Sendo certo, porém que, não podemos deixar de referir que estamos a tutelar uma matéria que versa sobre a vida de uma criança e, por conseguinte, toda a disciplina e regulamentação deve ser realizada à luz do superior interesse da criança que constitui um princípio fundamental de Direito da Família e das Crianças consagrado no Direito Internacional (art. 3.º Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças) e no Direito da União Europeia (n.º 2, art. 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), porquanto, com base nessa premissa, o legislador impõe que todas as decisões que interfiram com a vida da criança, devam ter em consideração todos os seus direitos e interesses maiores, quanto mais, num processo que respeita o seu projeto de vida. Ora, assente neste propósito, LUCÍLIA GAGO, defende uma interpretação extensiva do n.º 3 do artigo 1980.º do CC, garantindo que o legislador entendeu que “todos temos de ser chamados a intervir no processo de

⁵¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 467.

adoção — todos temos de ter uma atitude construtiva e clarividente em prol das crianças, em que muitas vezes a sua derradeira esperança, assenta na adoção”⁵².

Assim, entendemos que, sendo o processo de adoção, um processo de jurisdição voluntária, tal como disciplina o artigo 31.º do RJPA, onde a equidade prevalece sobre a legalidade e onde a legalidade estrita permite a verificação do superior interesse da criança, o conceito de confiança ínsito no n.º 3 do artigo 1980.º do CC deve ser interpretado em sentido extensivo, no sentido de permitir abarcar todas as situações fácticas em que o adotando, desde idade não superior aos seus quinze anos, tenha estado (de facto ou de direito) aos cuidados dos candidatos a adotantes e se verifique casuisticamente entre eles uma relação afetiva em tudo semelhante ao vínculo da filiação. Nesse sentido, entendemos que sendo a adoção uma fonte de uma relação jurídica familiar, não pode o provimento do processo judicial ficar dependente da omissão de um único requisito formal quando todos os requisitos substantivos se encontrarem preenchidos, sob pena de consentirmos com a renegação da aplicação do princípio do superior interesse da criança. Entendemos pois que, a salvaguarda do superior interesse da criança, dos seus direitos e muitas vezes o seu verdadeiro plano de vida, deve permitir aos Tribunais, a reboque dos princípios inerentes a um processo de jurisdição voluntária: decidir mais com o coração⁵³.

⁵² GAGO, Lucília, “O que muda no regime da adoção em Portugal”, in *Revista do CEJ*, 2015, II, p. 95.

⁵³ No Ac. do Supremo Tribunal de Justiça datado de 29/04/2021, proferido no âmbito do processo n.º 3733/20.1T8CBR.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 14/09/2022, pode ler-se o seguinte: “Decidiu aqui a Relação de Lisboa mais com o coração do que com o frio texto legal «stricto sensu»”, fazendo, assim, referência ao sentido decisório, e, por conseguinte, à interpretação extensiva ao n.º 3 do art. 1980.º do CC realizada pelo Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 08/07/2017, *infra* identificado.

FACILITAR (AINDA MAIS) O DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO NA CONSERVATÓRIA DO REGISTO CIVIL CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO DIVÓRCIO POR VIDEOCONFERÊNCIA

Patrícia Rocha *

Sumário: 1. Considerações introdutórias. 2. O divórcio por mútuo consentimento no ordenamento jurídico português: breve análise da evolução legislativa. 3. O divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil: dissolução do casamento por videoconferência. 4. Considerações finais.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Vivemos, indubitavelmente, numa sociedade caracterizada por um desenvolvimento exponencial das tecnologias digitais.

A Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, consagra no seu artigo 3.º, n.º 1, que “[t]odos, independentemente da ascendência, género, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual, têm o direito de acesso à internet”¹.

* Professora Adjunta da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria, Portugal. Investigadora do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalese (Ijp/Ipleiria).

¹ Como estatui o n.º 2 do referido artigo, “[c]om vista a assegurar um ambiente digital que fomenta e defende os direitos humanos, compete ao Estado promover: a) O uso

O recurso aos meios virtuais, que ocorre transversalmente em todos os domínios, atingiu uma dimensão verdadeiramente extraordinária durante a pandemia da Covid-19. Em resposta à crise pandémica provocada pelo novo Coronavírus SARS-CoV-2 foram adotadas várias medidas excepcionais e temporárias², nomeadamente medidas de prevenção e contenção (*v. g.* medidas de confinamento e distanciamento social). O aumento do recurso ao digital permitiu uma resposta rápida às mudanças abruptas provocadas pelo contexto pandémico e, através dos softwares de videoconferência, foi possível a manutenção de múltiplas atividades. A transição do presencial para o *online* foi uma realidade em múltiplos setores da sociedade^{3 4}.

autónomo e responsável da Internet e o livre acesso às tecnologias de informação e comunicação; b) A definição e execução de programas de promoção da igualdade de género e das competências digitais nas diversas faixas etárias; c) A eliminação de barreiras no acesso à Internet por pessoas portadoras de necessidades especiais a nível físico, sensorial ou cognitivo, designadamente através da definição e execução de programas com esse fim; d) A redução e eliminação das assimetrias regionais e locais em matéria de conectividade, assegurando a sua existência nos territórios de baixa densidade e garantindo em todo o território nacional conectividade de qualidade, em banda larga e a preço acessível; e) A existência de pontos de acesso gratuitos em espaços públicos, como bibliotecas, juntas de freguesia, centros comunitários, jardins públicos, hospitais, centros de saúde, escolas e outros serviços públicos; f) A criação de uma tarifa social de acesso a serviços de Internet aplicável a clientes finais economicamente vulneráveis; g) A execução de programas que garantam o acesso a instrumentos e meios tecnológicos e digitais por parte da população, para potenciar as competências digitais e o acesso a plataformas eletrónicas, em particular dos cidadãos mais vulneráveis; h) A adoção de medidas e ações que assegurem uma melhor acessibilidade e uma utilização mais avisada, que contrarie os comportamentos aditivos e proteja os consumidores digitalmente vulneráveis; i) A continuidade do domínio de Internet de Portugal «.PT», bem como das condições que o tornam acessível tecnológica e financeiramente a todas as pessoas singulares e coletivas para registo de domínios em condições de transparência e igualdade; j) A definição e execução de medidas de combate à disponibilização ilícita e à divulgação de conteúdos ilegais em rede e de defesa dos direitos de propriedade intelectual e das vítimas de crimes praticados no ciberespaço”.

² Cfr., nomeadamente, a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março.

³ V., entre outros, Paulo Linhares Dias/Joana Lourenço e Castro, “A transição digital na justiça: Audiências de julgamento — o último reduto”, *in* AAVV, *Sociedade, Direitos(s) e Transição Digital, II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito da Universidade do Minho e da Universidade de Salamanca*, sob a

Neste contexto, o Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, que entrou em vigor no dia 4 de abril de 2022 e vigora durante dois anos ⁵ (artigo 15.º), estabelece o regime jurídico temporário aplicável à realização, através de videoconferência, de alguns atos realizados por conservadores de registos, oficiais de registos, notários, agentes consulares portugueses, advogados ou solicitares (artigo 1.º). Estão abrangidos pelo predito Decreto-Lei, os atos relativos ao processo de separação ou divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil (alínea *b*) do n.º 2 do artigo 1.º). Possibilita-se, assim, a realização da conferência de divórcio prevista no artigo 1776.º do Código Civil (CC) através de videoconferência.

coordenação científica de Isabel Celeste M. Fonseca e Lorenzo M. Bujosa Vadell e a coordenação executiva de João Vilas Boas Pinto e Walter Reifarth Muñoz, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governança — JusLab (Laboratório de Justiça), 2021, pp. 211-232, disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/atas-ji-irrf-pt-2/>, consultado a 20 de setembro de 2022, Lurdes Varregoso Mesquita/Susana Almeida/Fernanda Rebelo, “Algumas notas sobre o impacto digital no processo civil português em tempos de pandemia: soluções e controvérsias”, in AAVV, *Crisi Pandemica e suo impatto sul sistema socio-giuridico-economico e culturale delle nazioni*, sob a coordenação de Marcos Mauricio Córdoba, editado por Irene Coppola e Lucila Inés Córdoba, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 285-309.

Cfr., Comissão Europeia, Comunicação “Digitalização da justiça na União Europeia. Uma panóplia de oportunidades”, COM (2020)710 final, Bruxelas, 2.12.2020, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0710&from=EN>, consultado a 28 de outubro de 2022.

⁴ De acordo com a informação disponibilizada pelo Instituto Nacional de Estatística, “[e]m 2020, 84,5% dos agregados familiares em Portugal têm ligação à internet em casa e 81,7% utilizam a ligação através de banda larga, o que representa um aumento significativo, de mais de 3,6 p.p., em relação ao ano anterior. No contexto da pandemia, a percentagem de utilizadores de internet aumentou 3,0 p.p. em relação ao período homólogo de 2019, o que contraria a estabilidade dos resultados no dois anos anteriores”, disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=415621509&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt, consultado a 2 de maio de 2022.

⁵ Refira-se que, no final da sua vigência, o regime jurídico estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, será objeto de avaliação pelo Governo (artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro).

Procuraremos, com o presente trabalho, num primeiro momento, efetuar uma breve análise da evolução legislativa do divórcio por mútuo consentimento no ordenamento jurídico português. Para tanto, faremos uma incursão pelos principais diplomas legais que, ao longo dos tempos, introduziram alterações tendentes a facilitar a obtenção do divórcio por mútuo consentimento. Num segundo momento, centrando-nos no divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil, é nosso propósito, através da análise do referido Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, efetuar uma reflexão sobre o divórcio por videoconferência no ordenamento jurídico português.

2. O DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A admissibilidade da dissolução do casamento por divórcio em Portugal ocorreu com a entrada em vigor do Decreto de 3 de novembro de 1910 ⁶.

⁶ Publicado no Diário do Governo, n.º 26, de 4 de novembro de 1910. Para maiores desenvolvimentos v., Nuno de Salter Cid, “O divórcio em Portugal: antecedentes e 1.ª República”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 24-28. Sobre a evolução legislativa do divórcio em Portugal v., ainda, entre outros, Pereira Coelho, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 27-53; Patrícia Rocha “O divórcio sem culpa”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 562-566; Eva Dias Costa, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 83-91; Guilherme de Oliveira, “O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol — um caso de “paralelismo espontâneo”?”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, 2005, pp. 7-10; Eliana Gersão, “Sociedade e Divórcio. Considerações à volta da evolução da legislação do divórcio”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 331-358; Nuno de Salter Cid, “O divórcio em Portugal durante o Estado Novo”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 9, n.ºs 17-18, 2012, pp. 15-35; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de

Com mais de 100 anos de história, o divórcio foi acolhido pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico de forma ampla ⁷. Na verdade, o Decreto de 3 de novembro de 1910 consagrou duas modalidades de divórcio: o divórcio litigioso ⁸ e o divórcio por mútuo consentimento (artigo 3.º). O divórcio era, independentemente da modalidade, sempre judicial (artigos 5.º e 36.º).

Relativamente ao divórcio por mútuo consentimento, conforme consagrava o artigo 35.º do predito diploma legal ⁹, exigia-se a verificação

Coimbra, 2016, pp. 684-690; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, pp. 605 e 606.

⁷ Nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 605, “[a] *Lei do Divórcio de 1910 é uma das leis mais liberais do mundo da época, em matéria de dissolução do casamento*”. V., igualmente, entre outros, Nuno de Salter Cid, “O divórcio em Portugal: antecedentes ...”, *loc. cit.*, p. 25 e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 684 e 685.

⁸ O artigo 4.º do Decreto de 3 de novembro de 1910 consagrava taxativamente as causas de divórcio litigioso:

- 1.º O *adulterio da mulher*;
- 2.º O *adulterio do marido*;
- 3.º A *condenação definitiva de um dos conjuges a qualquer das penas maiores fixas dos artigos 55.º e 57.º do Código Penal*;
- 4.º *As sevícias ou injurias graves*;
- 5.º O *abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a tres annos*;
- 6.º A *ausencia, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro annos*;
- 7.º A *loucura incuravel quando decorridos, pelo menos, tres annos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado, nos termos dos artigos 419.º e seguintes do Código do Processo Civil*;
- 8.º A *separação de facto, livremente consentida, por dez annos consecutivos, qualquer que seja o motivo d’essa separação*;
- 9.º O *vicio inveterado do jogo de fortuna ou azar*;
- 10.º A *doença contagiosa reconhecida como incuravel, ou uma doença incuravel que importe aberração sexual*”.

⁹ Segundo o artigo 36.º do Decreto de 3 de novembro de 1910, “[p]ara obterem o divorcio por mutuo consentimento deverão os conjuges, em petição não articulada, expor ao juiz de direito do seu domicilio o respectivo pedido, instruído com os seguintes documentos:

- 1.º *Certidão de casamento*;

de dois requisitos: *i)* a duração do casamento, ou seja, mais de dois anos; *ii)* e a idade dos cônjuges, a saber, maiores de vinte cinco anos de idade.

Na sequência da Concordata celebrada entre Portugal e a Santa Sé, em 1940, o divórcio foi proibido aos que, a partir de 1 de agosto de 1940, celebrassem casamento católico ^{10/ 11}.

Esta proibição subsistiu após a entrada em vigor do Código Civil de 1966 (artigo 1790.º) ¹² que, ademais, introduziu alterações tendentes a dificultar o divórcio nos casamentos civis ¹³, nomeadamente porque apenas consagrava o divórcio litigioso (artigo 1792.º). Na verdade, os cônjuges, verificados os requisitos previstos no artigo 1786.º do CC ¹⁴, podiam requerer a separação judicial de pessoas e bens por mútuo consentimento que, nos termos do artigo 1793.º do CC ¹⁵, seria convertível em divórcio ¹⁶.

2.º Certidão de idade;

3.º Declaração especificada e documentada de todos os seus bens;

4.º Acordo que houverem tomado sobre a posse dos filhos menores, se os tiverem;

5.º Declaração da contribuição com que cada um d'elles concorrerá para a criação e educação dos filhos menores;

6.º Certidão do contrato ante-nupcial, bem como do seu registo, se os houver”.

¹⁰ Para maiores desenvolvimentos v., Nuno de Salter Cid, “O divórcio em Portugal durante ...”, *loc. cit.*, pp. 24-28.

¹¹ Repare-se que, como refere Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 605, “(...) entre 1940 e 1975 a esmagadora maioria da população portuguesa (cerca de 90%) contraiu casamento segundo o rito da Igreja Católica”.

¹² Consagrava o artigo 1790.º do CC que, “[n]ão podem dissolver-se por divórcio os casamentos católicos celebrados desde 1 de Agosto de 1940, nem tão-pouco os casamentos civis quando, a partir dessa data, tenha sido celebrado o casamento católico entre os mesmos cônjuges”.

¹³ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 686.

¹⁴ Cujo teor era o seguinte, “[s]ó podem requerer a separação judicial de pessoas e bens por mútuo consentimento os cônjuges casados há mais de três anos e que hajam completado vinte e cinco anos de idade”.

¹⁵ Estatuaía o n.º 1 do artigo 1793.º do CC que, “[d]ecorridos três anos sobre o trânsito em julgado da sentença que tiver decretado a separação judicial de pessoas e bens, litigiosa ou por mútuo consentimento, sem que os cônjuges se tenham reconciliado, a qualquer deles é lícito requerer que a separação seja convertida em divórcio, sem prejuízo do disposto no artigo 1790.º”.

Centrando-nos apenas no divórcio por mútuo consentimento, propomo-nos agora analisar, ainda que sucintamente, as principais alterações legislativas que gradualmente tornaram mais fácil a sua obtenção ¹⁷. Na verdade, as subseqüentes alterações legislativas evidenciaram um aspeto convergente: facilitar o divórcio ¹⁸, mormente o divórcio por mútuo consentimento. Ora vejamos.

Na seqüência da assinatura, em 15 de fevereiro de 1975, do Protocolo Adicional à Concordata de 1940, o Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de maio, revogou o artigo 1790.º do CC repondo a admissibilidade de divórcio nos casamentos católicos e, entre outras alterações significativas, reintroduziu no ordenamento jurídico português o divórcio por mútuo consentimento (artigo 1792.º do CC) ¹⁹.

Em 1976, o Decreto-Lei n.º 605/76, de 24 de julho, que alterou diversos artigos do Código Civil e do Código de Processo Civil, modificou os requisitos exigidos para requerer a separação judicial de pessoas e bens reduzindo o prazo exigido de duração do casamento para dois anos (artigo 1786.º do CC) ²⁰ aplicável, por força do artigo 1795.º do CC ²¹, ao divórcio por mútuo consentimento.

¹⁶ Como refere Guilherme de Oliveira, “O regime do divórcio em Portugal...” *loc. cit.*, p. 8, “(...) o Código suprimiu a possibilidade de se requerer directamente o divórcio por mútuo consentimento; na verdade, os cônjuges só guardaram a possibilidade de pedir a separação judicial de pessoas e bens, que poderia ser convertida em divórcio três anos mais tarde. Esta modificação visou dificultar o divórcio, garantindo que a decisão dos cônjuges fosse mais amadurecida”.

¹⁷ Como refere Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 14, “[é]sensível uma preferência progressivamente afirmada pelo divórcio por acordo, podendo mesmo reconhecer-se uma evolução no sentido da sua facilitação”.

¹⁸ V. Guilherme de Oliveira, “Transformações do Direito da Família”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 773.

¹⁹ Consagrava esta disposição legal que, “[o] divórcio pode ser requerido judicialmente por um dos cônjuges com fundamento em algum dos factos referidos no artigo 1778.º, ou mediante conversão da separação judicial de pessoas e bens, ou por mútuo consentimento”.

²⁰ O artigo 1786.º do CC dispunha que, “[s]ó podem requerer a separação judicial de pessoas e bens por mútuo consentimento os cônjuges casados há mais de dois anos e que hajam completado vinte e cinco anos de idade”.

Com a reforma de 1977, operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro ²², denota-se, uma vez mais, a tendência no sentido da facilitação do divórcio por mútuo consentimento ²³. Na verdade, os requisitos exigidos para requerer esta modalidade de divórcio foram novamente alterados. Se, por um lado, a exigência de idade mínima dos cônjuges foi eliminada, por outro lado, o prazo de duração do casamento subiu de dois para três anos (n.º 1 do artigo 1775.º do CC) ²⁴.

Apesar de não terem de revelar a causa de divórcio ²⁵ (1.ª parte do n.º 2 do artigo 1775.º do CC), os cônjuges deviam acordar sobre três questões essenciais: prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça; exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e destino da casa da morada da família (2.º parte do n.º 2 do artigo 1775.º do CC). E repare-se que a recusa de homologação de algum dos referidos acordos conduzia ao indeferimento do pedido de divórcio (artigo 1778.º do CC) ²⁶.

Era também necessário que os cônjuges renovassem o pedido de divórcio (artigo 1776.º, n.º 1, do CC) ²⁷. Nesses casos, o juiz convocava-os

²¹ Consagrava este artigo que, “[é] aplicável ao divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 1786.º e 1788.º”.

²² V., para maiores desenvolvimentos, entre outros, Pereira Coelho, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”, in AAVV, *Reforma do Código Civil...*, cit., pp. 27-31.

²³ V., neste sentido, Isabel de Magalhães Collaço, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte cinco anos depois”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 30, “[a] disciplina do divórcio por mútuo consentimento sofreu algumas pequenas alterações, tanto nos seus requisitos, como no procedimento aplicável, no sentido da sua facilitação (...)”.

²⁴ Como estatuaía o n.º 1 do artigo 1775.º do CC, “[s]ó podem requerer o divórcio por mútuo consentimento os cônjuges que forem casados há mais de três anos”.

²⁵ V., Pereira Coelho, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”, in AAVV, *Reforma do Código Civil...*, cit., p. 29, “(...) mais do que um divórcio sem causa, trata-se de um divórcio por causa não revelada, por causa que a lei permite aos cônjuges manter secreta”.

²⁶ Consagrava o artigo 1778.º do CC que, “[a] sentença que decreta o divórcio por mútuo consentimento homologará os acordos referidos no n.º 2 do artigo 1775.º; se, porém, esses acordos não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos, a homologação deve ser recusada e o pedido de divórcio indeferido”.

²⁷ Como estatuaía o n.º 1 do artigo 1776.º do CC, “[r]ecebido o requerimento, o juiz convocará os cônjuges para uma conferência em que tentará conciliá-los; se a

para uma segunda conferência onde, à semelhança da primeira conferência, tentava conciliá-los (artigo 1777.º do CC) ²⁸.

Com o Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, que aprovou o novo Código do Registo Civil (CRC), o requerimento de divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento passou a ser dirigido ao conservador do registo civil da área da residência de um dos cônjuges (artigo 271.º) acompanhado dos documentos previstos no n.º 1 do artigo 272.º, nomeadamente: “[c]ertidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores, se os houver” [al. c)]. Assim, as conservatórias do registo civil adquiriram competência para decretar o divórcio por mútuo consentimento mas apenas se os cônjuges não tivessem filhos menores ou, se os tivessem, o exercício do poder paternal estivesse regulado judicialmente ²⁹.

Três anos volvidos, o legislador, imbuído do mesmo espírito facilitador, suprimiu o prazo de duração do casamento exigido anteriormente para o divórcio por mútuo consentimento. Na verdade, na sequência das alterações introduzidas pela Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, o n.º 1 do artigo 1775.º do CC passou a consagrar que, “[o] divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido pelos cônjuges a todo o tempo”.

Importa também aludir ao Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro. Este diploma procedeu à “(...) transferência de competências

conciliação não for possível, adverti-los-á de que deverão renovar o pedido de divórcio após um período de reflexão de três meses, a contar da data da conferência, e dentro do ano subsequente à mesma data, sob pena de o pedido ficar sem efeito”.

²⁸ Artigo 1777.º do CC, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro “[s]e os cônjuges renovarem o pedido de divórcio nos termos do n.º 1 do artigo anterior, o juiz convocá-los-á para uma segunda conferência, em que tentará conciliá-los; pode ainda o juiz marcar prazo aos cônjuges para alterarem os acordos previstos no n.º 2 do artigo 1775.º, sob pena de o pedido ficar sem efeito”.

²⁹ Nas palavras de Heinrich Ewald Hörster, “Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 66, “(...) para o Governo, o divórcio (e a separação de pessoas e bens) por mútuo consentimento passou a ser encarado como um assunto jurídico-administrativo cuja solução compete a técnicos de direito, de acordo com um dos processos privativos do registo civil, com a possibilidade do recurso para o Tribunal da Relação”.

relativas a um conjunto de processos especiais dos tribunais judiciais para o Ministério Público e as conservatórias de registo civil” (artigo 1.º). Daí em diante, o divórcio por mútuo consentimento passou a ser da exclusiva competência da conservatória do registo civil, excetuando-se apenas, como consagrava artigo 12.º, n.º 1, al. b), os “(...) *casos resultantes de acordo obtido no âmbito de processo de separação ou divórcio litigiosos*”. Foi, como destaca a doutrina, mais uma medida tendente a facilitar o divórcio ³⁰. Ademais, procedeu-se à eliminação da segunda conferência ³¹.

De referir também o Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, que, introduzindo alterações ao Código do Registo Civil, simplificou o processo de divórcio e separação de pessoas e bens por mútuo consentimento ³². Ademais, alterando o n.º 1 do artigo 271.º do CRC, o predito diploma eliminou a competência territorial das conservatórias do registo civil, passando a admitir a apresentação do requerimento de divórcio por mútuo consentimento em qualquer conservatória do registo civil.

Impõe-se, naturalmente, uma referência à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. De facto, o regime jurídico do divórcio em Portugal foi profundamente alterado por este diploma legal ^{33 34}. Sabendo que as modalidades de divórcio admitidas no nosso ordenamento jurídico são o

³⁰ Cfr., Guilherme de Oliveira, “O regime do divórcio em Portugal...”, *loc. cit.*, p. 11.

³¹ Cfr. o disposto no artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, na sua redação original.

³² Como pode ler-se no preâmbulo: “(...) *simplificam-se as formalidades associadas ao processo de separação de pessoas e bens e de divórcio por mútuo consentimento, que são tramitados nas conservatórias do registo civil. No âmbito desse processo, passa a ser possível partilhar os bens imóveis, móveis ou participações sociais sujeitos a registo, liquidar os impostos que se mostrem devidos e efectuar os registos e pedidos de registo dos bens partilhados. Todas essas formalidades ficam concentradas num único momento, sem necessidade de múltiplas deslocações*”.

³³ V., Heinrich Ewald Hörster, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in AAVV, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, sob a coordenação de Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Fêria de Almeida, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, p. 92.

³⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro v., entre outros, Cristina Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 9-81.

divórcio por mútuo consentimento e o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (artigo 1773.º, n.º 1, do CC), este diploma evidenciou, uma vez mais, a opção de facilitar divórcio por mútuo consentimento. Com efeito, procedeu à eliminação da tentativa de conciliação e, como destaca a doutrina, o acordo dos cônjuges para o divórcio é, atualmente, o único pressuposto do divórcio por mútuo consentimento³⁵. Na verdade, estando os cônjuges de acordo, o divórcio será sempre, ao contrário do que acontecia anteriormente, por mútuo consentimento³⁶. Este poderá, no entanto, ser requerido na conservatória do registo civil ou no tribunal. O divórcio será requerido na conservatória do registo civil quando os cônjuges estão de acordo quanto ao divórcio e apresentam os documentos previstos no artigo 1775.º, n.º 1, do CC. Na falta de algum dos acordos previstos no artigo 1775.º, n.º 1, do CC³⁷, o divórcio por mútuo consentimento será decretado pelo tribunal (artigo 1778.º-A do CC)^{38 39}. O tribunal também tem competência

³⁵ Neste sentido Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família* (com a colaboração de Rui Moura Ramos), Coimbra, Almedina, 2021, p. 269. No mesmo sentido, Cristina Dias, *ob. cit.*, p. 30, refere que “(...) a dissolução do casamento depende apenas do mútuo acordo sobre o próprio divórcio”.

³⁶ V. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp.701-702.

³⁷ Repare-se, no entanto, que por força do disposto nos artigos 272.º-A a 272.º-C do CRC, a partilha dos bens comuns poderá ocorrer no âmbito do divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil, pelo que, como refere Cristina Dias, *ob. cit.*, p. 34, “(...) o acordo quanto à partilha dos bens comuns está excluído da decisão do tribunal”.

³⁸ Nas palavras de Guilherme de Oliveira, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, p. 9, “(...) a apresentação de acordos (dignos de homologação) sobre aquelas consequências do divórcio deixou de ser um requisito do deferimento do pedido; é apenas uma condição para a competência das conservatórias do registo civil. Na verdade, se faltar um dos acordos, ou se algum não puder ser homologado, poderá obter-se o divórcio por mútuo consentimento no tribunal”.

³⁹ Como refere Tomé D’Almeida Ramião, *O divórcio e questões conexas. Regime Jurídico atual*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 53, “[a] Lei n.º 61/2008 veio introduzir uma nova modalidade do divórcio e separação judicial de pessoas e bens por mútuo consentimento a saber: o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens sem necessidade de apresentar todos ou alguns dos acordos complementares (...). Com esta nova modalidade pretendeu o legislador facilitar a dissolução do casamento, desde que seja essa a vontade dos cônjuges, sem necessidade de qualquer entendimento sobre esses acordos (...)”.

para decretar o divórcio por mútuo consentimento quando não há homologação de algum dos acordos apresentados pelos cônjuges (artigo 1778.º do CC) e, finalmente, no caso de “(...) *acordo obtido no âmbito de processo de separação ou divórcio sem consentimento do outro cônjuge*” (artigo 12.º, n.º 1, al. b), 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro).

3. O DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO NA CONSERVATÓRIA DO REGISTO CIVIL: DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA

O Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, estabeleceu, como referimos, o regime jurídico temporário aplicável à realização, através de videoconferência, de alguns atos realizados por conservadores de registos, oficiais de registos, notários, agentes consulares portugueses, advogados ou solicitares (artigo 1.º). Como pode ler-se no preâmbulo do diploma: “[e]m face da evolução da situação epidemiológica em Portugal, mantém-se a conveniência em adotar medidas que possam contribuir para minimizar as interações sociais, correspondendo ao mesmo tempo à crescente procura de serviços online. Assim, afigura-se oportuno criar condições que permitam a prática à distância de atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos que exigem a presença dos interessados no ato perante o profissional que os lava.

Nesse sentido, o presente decreto-lei estabelece um regime inovador e temporário que possibilita a realização de atos através de videoconferência, colocando uma nova e relevante ferramenta de prestação de serviços, com elevado impacto no comércio jurídico, à disposição de cidadãos, empresas e profissionais. Inova-se na forma como este tipo de atos podem ser praticados pelos profissionais, no estrito respeito das suas competências, sem se prescindir, no entanto, da observância das formalidades legalmente impostas para a prática dos atos e oferecendo idênticas garantias de segurança e autenticidade”.

O processo de separação ou divórcio por mútuo consentimento regulado pelo Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, é, como referimos, um dos atos abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 126/2021, de

30 de dezembro [artigo 1.º, n.º 2, al. *b*)], possibilitando-se a realização da conferência de divórcio por mútuo consentimento requerido na conservatória do registo civil através de videoconferência.

Repare-se que, de acordo com o disposto no artigo 1.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, a realização de atos por videoconferência abrangidos pelo referido diploma, mormente os relativos ao processo de divórcio por mútuo consentimento, é facultativa e aplica-se, como referimos, exclusivamente ao divórcio por mútuo consentimento requerido na conservatória do registo civil, o que, considerando as regras processuais do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges e do divórcio por mútuo consentimento judicial, facilmente se compreende ^{40 41}.

⁴⁰ Na doutrina, Cristina Dias, “Da celebração e dissolução do casamento *online* — algumas reflexões”, in AAVV, *Direito na Lusofonia — Direito e Novas Tecnologias*, sob a coordenação de Clara Calheiros, Mário Ferreira Monte, Maria Assunção Pereira e Anabela Gonçalves, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governação (Jusgov), 2018, pp. 42 e 43, já defendia não ser possível o divórcio *online* nos casos de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges e divórcio por mútuo consentimento judicial.

⁴¹ No que tange ao princípio da imediação, v., entre outros, Paulo Linhares Dias e Joana Lourenço e Castro, “A transição digital na justiça: Audiências de julgamento — o último reduto”, in AAVV, *Sociedade, Direitos(s) e Transição Digital...*, cit., p. 227 e 228, Lurdes Varregoso Mesquita/Susana Almeida/Fernanda Rebelo, “Algumas notas sobre o impacto digital no processo civil português em tempos de pandemia: soluções e controvérsias”, in AAVV, *Crisi Pandemica e suo impatto...*, cit., p. 308, sublinhando as autoras que, “[e]mbora o impacto da pandemia na digitalização do processo não trouxesse uma realidade absolutamente nova, a verdade é que se tornou (e evidenciou) uma nova realidade, apesar das controvérsias. Trouxe uma maior consciência das dificuldades e fez crescer os receios da aplicação das novas tecnologias a certos atos processuais, como seja a realização de diligências através de meios de comunicação à distância. Não estamos em crer que essa prática passe a ser a regra, até porque o princípio da imediação com isso não se compadece”. Sobre o princípio da imediação v., também, entre outros, José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil — Conceito e Princípios Gerais à luz do novo Código*, 4.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 195-197 e Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, *Direito Processual Civil*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 118 e 119. Na jurisprudência cfr., nomeadamente, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-05-2005, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c5515756bf8b53ec8025703f-005fc484?OpenDocument>, consultado a 2 de maio de 2022. Estendeu este tribunal

Foquemo-nos agora no objeto do presente estudo. No divórcio por mútuo consentimento instaurado na conservatória do registo civil é necessário, como alude o artigo 1775.º, n.º 1, do CC, que o requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores, seja acompanhado pelos seguintes documentos: *a)* relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respetivos valores, ou, caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272.º-A a 272.º-C do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo; *b)* certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial; *c)* acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça; *d)* acordo sobre o destino da casa de morada de família; *e)* certidão da escritura da convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada; *f)* acordo sobre o destino dos animais de companhia, caso existam.

Repare-se que o início do processo de divórcio por mútuo consentimento já não exige a deslocação dos cônjuges à conservatória do registo civil, porquanto o processo poderá ser iniciado *online* ⁴².

Nos termos do artigo 1776.º, n.º 1, do CC, recebido o requerimento, o conservador convoca os cônjuges para uma conferência ⁴³ em verifica o preenchimento dos pressupostos legais do divórcio e aprecia os acordos previstos nas als. *a)*, *c)* e *d)* do n.º 1 do artigo 1775.º do CC. Se considerar que esses acordos acautelam os interesses dos cônjuges ou dos filhos, o conservador procede à sua homologação e decreta o divórcio, procedendo-se ao registo. Se, pelo contrário, considerar que esses acordos não acautelam os referidos interesses, o conservador convida os cônjuges a alterá-los e se as alterações introduzidas demonstrarem que esses

que, “[o]s princípios da imediação e da oralidade devem prevalecer no julgamento da matéria de facto, na medida em que a verdade judicial resulta duma apreciação ética dos depoimentos — saber se quem depõe tem a consciência de que está a dizer a verdade —, mais do que da sua validade científica, que o julgador, por não ser perito em veracidade, pode não estar habilitado a avaliar”.

⁴² No site Civil Online — <https://www.civilonline.mj.pt/CivilOnline/>.

⁴³ Como alude o artigo 1774.º do CC e o artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, o conservador informa os cônjuges da existência dos serviços de mediação familiar.

interesses já estão acautelados, o conservador procede à homologação dos acordos, decreta o divórcio e proceder-se-á ao seu registo (artigo 1776.º, n.º 1, do CC, artigos 69.º, n.º 1, al. *a*) e 70.º, n.º 1, al. *b*), do CRC).

Não tendo os cônjuges alterado os acordos ou, se não obstante as alterações efetuadas, os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos não ficarem acautelados, a homologação é recusada e o processo de divórcio será remetido integralmente para o tribunal (artigo 1778.º do CC).

Note-se que a tramitação será distinta quando for apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais relativo a filhos menores. Na verdade, atendendo ao estatuído no n.º 1 do artigo 1776.º-A do CC e no n.º 4 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, o processo é enviado ao Ministério Público que dispõe de 30 dias para se pronunciar sobre o acordo. Se o Ministério Público considerar que o acordo apresentado acautela devidamente os interesses dos menores, seguir-se-á a tramitação prevista na parte final do artigo 1776.º, n.º 1, do CC (artigo 1776.º-A, n.º 3, do CC). Se, pelo contrário, o Ministério Público considerar que o acordo apresentado não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público (n.º 2 do artigo 1776.º-A, do CC e artigo 14.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro). Tendo os cônjuges alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, aplicar-se-á o disposto no já referido 1776.º-A, n.º 3, do CC. Finalmente, se os cônjuges não se conformarem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantiverem o propósito de se divorciar, o processo de divórcio será integralmente remetido para o tribunal (artigo 1776.º-A, n.º 4, do CC, artigo 1778.º do CC e artigo 14.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro).

Refira-se ainda, como decorre do n.º 3 do artigo 1776.º do CC, que as decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria ⁴⁴.

⁴⁴ Sobre a tramitação do processo de divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil, v., entre outros, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, pp. 610-612 e Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 270-273.

Pelo descrito, concordamos com Cristina Dias que, em 2018, defendia “[n]ada neste procedimento parece obstar à possibilidade de dissolução do casamento por via eletrónica. Segundo a autora, “(...) esta possibilidade iria facilitar o divórcio, evitar deslocações necessárias e eventuais faltas ao trabalho, e reduzir os custos do processo, o que estará de acordo com a ideia de simplificação e desdramatização do divórcio que o legislador impregnou na Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro”⁴⁵.

Ora, em 2022, a possibilidade do divórcio *online* foi, efetivamente, concretizada com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro que, para os objetivos do presente estudo, agora importa analisar.

Para a realização dos atos abrangidos pelo predito diploma legal, neste particular os atos relativos ao processo de divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil, através de videoconferência, o Ministério da Justiça disponibiliza uma plataforma informática, gerida pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. (IRN, I.P.), em articulação com o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P., através da qual é facultado o acesso às sessões de videoconferência (artigo 2.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro).

A questão que se coloca é a de saber quais são as formalidades previstas no Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, para a prática dos atos por videoconferência. Isto é, restringindo a análise apenas aos atos relativos ao processo de divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil, quais são as formalidades a observar para que os cônjuges, caso o pretendam, possam realizar a conferência de divórcio por mútuo consentimento através de videoconferência? Vejamos.

A realização dos atos abrangidos pelo diploma em análise através de videoconferência depende de prévio agendamento que pode, no entanto, ser cancelado pelo profissional⁴⁶ que o agendou, até ao momento da prática do ato (artigo 5.º, n.ºs 1 e 6, do Decreto-lei

⁴⁵ Cristina Dias, “Da celebração e dissolução do casamento *online* — algumas reflexões”, in AAVV, *Direito na Lusofonia — Direito e Novas Tecnologias ...*, cit., p. 44.

⁴⁶ De acordo com o estatuído no artigo 2.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, “(...) consideram-se profissionais os conservadores de registos, oficiais de registos, notários, agentes consulares portugueses, advogados ou

n.º 126/2021, de 30 de dezembro). Repare-se que os atos realizados por videoconferência são objeto de gravação audiovisual (artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro), que deverá ser consentida pelos intervenientes ⁴⁷, competindo à entidade gestora da plataforma informática arquivar e conservar as gravações durante um período de 20 anos. Note-se que as gravações das sessões de videoconferência apenas são disponibilizadas aos intervenientes mediante decisão judicial (artigo 9.º, n.ºs 1 e 5, do Decreto-lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro).

Os cônjuges que pretendam que a conferência de divórcio seja realizada através de videoconferência, podem fazer-se acompanhar por advogado ou solicitador presencialmente ou à distância (artigo 2.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro) e, após o agendamento ⁴⁸ do ato e do envio de uma mensagem para o endereço eletrónico por eles indicado contendo as informações previstas no artigo 5.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro,

solicitadores que realizem os atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos”.

⁴⁷ É através da área reservada da plataforma informática que os intervenientes prestam consentimento para a gravação audiovisual dos atos (artigo 3.º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro. A este propósito, refira-se que no parecer que elaborou sobre o projeto de Decreto-Lei n.º 959/XXII/2021, “*que estabelece o regime jurídico aplicável à realização, através de videoconferência, de atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos*”, disponível em <https://www.cnpd.pt/resultado-da-pesquisa/?query=parecer%2F2021%2F91>, consultado a 2 de maio de 2022, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) entendeu que,“(…) *a necessidade de prestar consentimento para efeitos de gravação audiovisual da conferência merece reservas, uma vez que o mesmo artigo estabelece que os atos realizados ao abrigo do presente decreto-lei e, por conseguinte, por videoconferência, “são objeto de gravação audiovisual (n.º 1) e que o ato será interrompido e não será concluído se algum dos intervenientes desativar a captação de imagem e som (n.º 8). Se assim é, não se compreende a necessidade de consentimento. De facto, o consentimento apenas deve ser exigido como fundamento de licitude quando não exista outro fundamento e exista alternativa. O que não é o caso. Deste modo, não há que solicitar o consentimento, mas informar o interveniente que a realização dos atos por esta via está condicionada à gravação da videoconferência”.*

⁴⁸ Nos termos do n.º 5 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, “[a] cada agendamento é atribuído um número único de identificação do ato”.

nomeadamente a hiperligação para a área reservada da plataforma informática ⁴⁹ ⁵⁰, devem, mediante autenticação com o cartão de cidadão ou a chave móvel digital, aceder, no dia agendado, à área reservada que lhes permitirá aceder à sessão de videoconferência (artigo 3.º, n.º 3, al. a) e artigo 3.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro) ⁵¹.

O início da sessão de videoconferência pressupõe a verificação das formalidades previstas no artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro. É assim necessário que os intervenientes na sessão prestem o seu consentimento para a recolha dos elementos necessários para a verificação da sua identidade pelo profissional ⁵², tenham procedido à autenticação na plataforma informática e declarem conhecer as condições para a sua realização.

Conforme estatui o artigo 6.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, “[s]em prejuízo da adoção de quaisquer outras medidas que repare adequadas para se certificar de que os intervenientes agem de livre vontade, o profissional solicita aos intervenientes que mostrem o espaço em seu redor”.

Repare-se que se tiver dúvidas sobre a identidade, livre vontade e capacidade dos intervenientes, o profissional deve recusar a prática do ato. É também fundamento para recusar a prática do ato a existência de dúvidas sobre a genuinidade ou integridade dos documentos

⁴⁹ Como consagra o artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, “[o]s intervenientes acedem à plataforma informática através de uma área reservada, que permite, nomeadamente: a) submeter documentos instrutórios; b) prestar consentimento para a gravação audiovisual dos atos; c) aceder às sessões de videoconferência; d) aceder aos documentos instrutórios e a lavar; e) manifestar que o documento a lavar é conforme à sua vontade; f) aceder aos documentos a lavar, para assinatura electrónica qualificada; g) consultar o histórico dos atos em que foi interveniente na plataforma; h) consultar os pagamentos de emolumentos devidos ao IRN, I.P.”.

⁵⁰ É também disponibilizada uma área reservada para os profissionais (artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro).

⁵¹ No caso de intervenientes de outros Estados-Membros da União Europeia a autenticação é efetuada nos termos previstos na al. c), do n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro.

⁵² Que é efetuada nos termos descritos no artigo 6.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro.

apresentados e caso não se verifiquem as condições técnicas necessárias (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro).

Durante a sessão de videoconferência a captação de imagem ou som não pode, em circunstância alguma, ser desativada pelos intervenientes, sob pena de o procedimento ser interrompido pelo profissional. Acresce que, na falta de condições técnicas (*v. g.*, fraca qualidade de imagem, problemas de som, interrupções na transmissão do vídeo) o procedimento deve ser igualmente interrompido (artigo 6.º, n.ºs 9 e 10, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro).

Na sequência da leitura e explicação dos documentos que ocorrerá no mesmo dia, sob pena de nulidade, seguir-se-á a assinatura eletrónica dos documentos pelos cônjuges e a sua submissão na plataforma informática (artigo 6.º, n.º 8, e artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro).

Para a conclusão do procedimento, é necessário que o profissional verifique a qualidade da gravação da sessão ou sessões de videoconferência, assine digitalmente o documento e proceda à sua submissão na plataforma informática. Uma vez concluído o procedimento, é disponibilizada uma cópia eletrónica do documento lavrado aos intervenientes (artigo 8.º, n.ºs 2 e 4, do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro).

Refira-se que, conforme consagrado no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, a preterição das formalidades previstas no diploma em análise determina a nulidade dos atos realizados ao seu abrigo.

Adicionalmente importa também referir que, uma vez verificados os requisitos previstos no diploma legal em análise, os atos realizados através de videoconferência têm o mesmo valor probatório dos atos realizados presencialmente (artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece-nos inequívoca a evolução do ordenamento jurídico português no sentido de facilitar o divórcio em geral e o divórcio por mútuo consentimento em particular. O Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de

dezembro, que permite a realização da conferência de divórcio por mútuo consentimento requerido na conservatória do registo civil à distância, foi mais um passo nesse sentido.

Na verdade, atualmente é possível dar início ao processo de divórcio *online* e, bem assim, realizar a conferência aludida no artigo 1776.º do CC por videoconferência evitando, dessa forma, as deslocações dos cônjuges aos espaços físicos das conservatórias do registo civil, contribuindo para um processo mais simples, cómodo e fácil.

Apesar das inegáveis vantagens, colocam-se, certamente, algumas questões. Desde logo, a falta de meios informáticos ou a utilização de equipamentos obsoletos. De referir também as dúvidas que podem surgir em sede de liberdade do consentimento dos cônjuges. Com efeito, é na conferência prevista no artigo 1776.º do CC que cada um dos cônjuges manifesta a sua vontade de dissolver o casamento por divórcio e, realizando-se a conferência por videoconferência, poderá ser mais difícil aferir se a vontade dos cônjuges expressa *online* foi, efetivamente, totalmente livre.

Perfilhamos, por isso, o entendimento de Cristina Dias quando destaca que “(...) *pode ficar comprometida mais facilmente a perfeição ou a liberdade do consentimento (não se saberá se a pessoa está a ser coagida, por exemplo), mas há formas de reagir perante tal situação se ela se verificar (invalidade do ato)*”⁵³.

As vantagens são, no entanto, inegáveis. Acreditamos que o regime inovador instituído pelo Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, que acompanha a evolução digital que vivemos, poderá consolidar-se definitivamente no ordenamento jurídico português.

5. BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.
- CID, Nuno de Salter, “O divórcio em Portugal: antecedentes e 1.ª República”, *Lex Familiarae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 19-28.

⁵³ Cristina Dias, “Da celebração e dissolução do casamento *online* — algumas reflexões”, in AAVV, *Direito na Lusofonia — Direito e Novas Tecnologias ...*, cit., p. 45.

- , “O divórcio em Portugal durante o Estado Novo”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 9, n.ºs 17-18, 2012, pp. 15-35.
- COELHO, Francisco Pereira, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 27-53.
- COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.
- COLLAÇO, Isabel de Magalhães, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte cinco anos depois”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 17-40.
- COSTA, Eva Dias, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005.
- DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro)*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009.
- , “Da celebração e dissolução do casamento *online* — algumas reflexões”, in AAVV, *Direito na Lusofonia — Direito e Novas Tecnologias*, sob a coordenação de Clara Calheiros, Mário Ferreira Monte, Maria Assunção Pereira e Anabela Gonçalves, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governação (Jusgov), 2018, pp. 33-46.
- DIAS, Paulo Linhares/CASTRO, Joana Lourenço e, “A transição digital na justiça: Audiências de julgamento — o último reduto”, in AAVV, *Sociedade, Direitos(s) e Transição Digital, II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito da Universidade do Minho e da Universidade de Salamanca*, sob a coordenação científica de Isabel Celeste M. Fonseca e Lorenzo M. Bujosa Vadell e a coordenação executiva de Joao Vilas Boas Pinto e Walter Reifarh Muñoz, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governação — Jus-Lab (Laboratório de Justiça), 2021, pp. 211-232, disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/atas-ji-irrf-pt-2/>, consultado a 20 de setembro de 2022.
- GERÇÃO, Eliana, “Sociedade e Divórcio — Considerações à volta da evolução da legislação do divórcio”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 331-358.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, “Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 59-74.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in AAVV, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, sob a coordenação de Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, pp. 91-112.
- FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil — Conceito e Princípios Gerais à luz do novo Código*, 4.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019.
- MESQUITA, Lurdes Varregoso/ALMEIDA, Susana/REBELO, Fernanda, “Algumas notas sobre o impacto digital no processo civil português em tempos de pandemia: soluções e controvérsias”, in AAVV, *Crisi Pandemica e suo impatto sul sistema*

- socio-giuridico-economico e culturale delle nazioni*, sob a coordenação de Marcos Mauricio Córdoba, editado por Irene Coppola e Lucila Inés Córdoba, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 285-309.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.^a ed., Coimbra, Gesllegal, 2020.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “Transformações do Direito da Família”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 763-779.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol — um caso de “paralelismo espontâneo”?”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, 2005, pp. 7-20.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 5-32.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família* (com a colaboração de Rui Moura Ramos), Coimbra, Almedina, 2021.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *O divórcio e questões conexas. Regime Jurídico atual*, 3.^a ed., Lisboa, Quid Juris, 2011.
- ROCHA, Patrícia, “O divórcio sem culpa”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 561-584.
- XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, Coimbra, Almedina, 2009.

O DIREITO DA CRIANÇA AOS TEMPOS LIVRES E A PARTICIPAR EM ATIVIDADES RECREATIVAS * CONSIDERAÇÕES (SÉRIAS) SOBRE O DIREITO A BRINCAR

Rossana Martingo Cruz **

Sumário: 1. Nota inicial. 2. O direito ao repouso e o direito a brincar. 3. As atividades recreativas, culturais, artísticas e a vivência da criança no mundo digital. 4. Nota reflexiva. 5. Referências bibliográficas

1. NOTA INICIAL

A Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), no seu art. 31.º, assegura o direito ao repouso e aos tempos livres, bem como o direito a atividades lúdicas apropriadas para a idade da criança e, ainda, o direito a participar na vida cultural e artística.

O Comentário Geral n.º 17 (2013) sobre o direito da criança a descansar e ao lazer, a brincar, a atividades recreativas e a participar na vida cultural e artística ¹ esclarece, no ponto III, que cada elemento

* Parte deste texto corresponde, ainda que com alterações e adaptações, à nossa anotação do art. 31.º da *Convenção sobre os Direitos da Criança Anotada*, organizada pelo Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

** Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigadora integrada do JusGov — Centro de Investigação em Justiça e Governação.

¹ Disponível em <https://ipaworld.org/childs-right-to-play/article-31/general-comment-17/> [última consulta em 9 de agosto de 2022].

deste artigo está ligado entre si e reforça-se mutuamente, tendo como objetivo enriquecer a vida das crianças, garantindo-lhes um desenvolvimento saudável, com oportunidades para desenvolver a sua criatividade, a sua condição física e mental, imergir na vida cultural e artística e, ao mesmo tempo, assegurar que as crianças terão a energia necessária e motivação para essas dimensões da sua vida.

Nem sempre encontramos suficientes referências a estas diferentes dimensões da vida da criança no mundo jurídico. Se é certo que facilmente reconhecemos a essencialidade do lazer e do repouso como facetas dos direitos de personalidade, nem sempre encontramos reflexões sobre estas temáticas que não sejam no domínio da Educação, da Psicologia, da Sociologia da Infância, etc ². Concomitantemente, o tempo que — não raras vezes — os adultos impõem às crianças em certas atividades não correspondem ao verdadeiro conceito de tempos livres ou de lazer. Por outro lado, o tempo de lazer no mundo digital abre a portas a diversos riscos e perigos que não podem ser ignorados pelos cuidadores e responsáveis pela criança. Em suma, todas estas questões complexas merecem uma reflexão, que nos propomos fazer neste breve texto.

2. O DIREITO AO REPOUSO E O DIREITO A BRINCAR

O descanso apropriado à sua idade é essencial para que a criança tenha energia e vigor para vivenciar a sua infância. Atentemos, por isso, no direito ao repouso enquanto manifestação de um direito de personalidade.

O direito ao repouso decorre do direito fundamental à saúde e repercute-se na prerrogativa da integridade física, ambas constantes na Constituição da República Portuguesa, bem como no Código Civil. Sem entrar em discussões doutrinárias sobre a existência de um direito geral de personalidade no art. 70.º do Código Civil (cuja sede não

² Sem prejuízo (e a título meramente exemplificativo), encontramos algumas reflexões sobre o direito a brincar em AMARAL, Jorge Augusto Pais de — A criança e os seus direitos. In *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 172.

seria a mais adequada), importará identificar o direito ao descanso e ao repouso na abrangência do(s) direito(s) de personalidade³. Sobre a *elasticidade* deste direito, Paulo Mota Pinto identifica que “[o] direito geral de personalidade é, neste sentido, ‘aberto’ sincrónica e diacronicamente, permitindo a tutela de novos bens, e face a renovadas ameaças à pessoa humana, sempre tendo como referente o respeito pela personalidade, quer numa perspectiva estática quer na sua dinâmica de realização e desenvolvimento (...)”⁴.

Ora, além da tutela geral do art. 70.º do Código Civil, o direito ao repouso está patente noutras normas, designadamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 24.º). Os direitos de personalidade são determinantes numa lógica de proteção da dignidade humana e cada vez é mais importante atentar ao seu real alcance e significado. Principalmente numa era em que se exige cada vez mais produtividade e se sobrecarregam crianças com atividades escolares (dentro e fora da escola) que ocupam uma parte significativa dos seus horários e calendários.

Se, para um adulto, o direito ao repouso é um bem da personalidade, mais evidente tal se deveria impor para uma criança. Na verdade, o direito ao repouso será uma manifestação da saúde humana, não se trata, portanto, de uma dimensão frívola ou de uma insignificância. Daí que nos afigure apropriada a expressão *direito ao repouso essencial à existência*, sublinhando, desta forma, o seu carácter vital. Parece-nos indubitável que o repouso se encontra intrinsecamente relacionado com a saúde, bem como com a integridade física e psíquica, sendo até um pressuposto destas. Várias reminiscências desta proteção são passíveis de encontrar na legislação nacional e internacional, sendo uma das manifestações mais óbvias o já aludido art. 24.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos quando preceitua: “[t]odo o ser humano tem direito a repouso e lazer (...)”.

³ Cfr. a este propósito, CARVALHO, Orlando — *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Centelha, 1981, p. 90.

⁴ PINTO, Paulo Mota — Notas sobre os direitos de personalidade no direito português. In *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 67.

Na mesma senda e conforme conclui o Comentário Geral n.º 17 (2013), no ponto III, o descanso e lazer são tão importantes para o desenvolvimento da criança como a sua nutrição, habitação, saúde e educação. Sem o descanso suficiente, a criança não terá energia, motivação e capacidade física e mental para participar em atividade educativas. Privar a criança do seu tempo de repouso trará danos físicos e psicológicos irreversíveis, tendo impacto no seu desenvolvimento, saúde e bem-estar. As crianças também precisam de lazer, definido como tempo e espaço sem obrigações, entretenimento ou estímulos, para que elas possam escolher preencher como entenderem (de forma ativa ou inativa).

O cuidado com o repouso e descanso da criança é fundamental para assegurar a sua saúde e um desenvolvimento moral são e adequado. Tal significa não só garantir que a criança não será sujeita a trabalhos ou atividades excessivos e desadequados à sua idade e/ou maturidade, mas também que o seu quotidiano contemple momentos de descanso e lazer.

Quando pensamos no lazer da criança será inevitável não fazer corresponder o mesmo também ao seu direito a brincar: “[o] ato de brincar é uma atividade sociocultural muito importante para as crianças e é nuclear para a (re)construção das suas relações sociais e das formas individuais e coletivas que lhes possibilita interpretar o mundo. É brincando que as crianças desenvolvem competências e um repertório de resposta, face a situações que criam ou com as quais se vão deparando e vivenciando, como por exemplo, o encontro com estruturas de poder relacionadas com dimensões como a raça, a classe social, o género e/ou a etnia”⁵. Continuam as mesmas autoras a considerar que a Convenção sobre os Direitos da Criança ao reconhecer, no art. 31.º, “a importância do brincar na vida das crianças, promovendo-o como um direito será revelador de uma sólida compreensão da natureza e dos benefícios do brincar”⁶. Aliás, este direito foi primeiramente reconhecido na Declaração dos Direitos da Criança de 1959 — princípio 7: “A criança deve

⁵ TOMÁS, Catarina e FERNANDES, Natália — *Brincar, Brinquedos e Brincadeiras: modos de ser criança nos países de língua oficial portuguesa*. Maringá: Editora da Universidade Estadual de Maringá, 2014, pp. 15-16.

⁶ *Ibidem*, p. 18.

ter plena oportunidade para brincar e para se dedicar a actividades recreativas, que devem ser orientados para os mesmos objectivos da educação; a sociedade e as autoridades públicas deverão esforçar-se por promover o gozo destes direitos”.

Ter tempo para descansar ou brincar é um direito da criança que, por vezes, é descurado face à ânsia de ocupar todos os tempos livres da mesma. Não raras vezes, além das actividades escolares, o tempo da criança é preenchido com diferentes actividades extracurriculares (ou apelidadas de actividades de ‘tempos livres’, ainda que — paradoxalmente — possam retirar o tempo *livre* à criança). Se é certo que, frequentemente, tal decorre de uma necessidade imposta pela actividade laboral dos progenitores e/ou cuidadores da criança (cujos horários não permitem uma realidade diversa), outras vezes, é a percepção do tempo do adulto que é imposta à criança. “Portanto, as crianças são atropeladas e oprimidas pelo tempo dos relógios modernos pois são corpos-sujeitos que devem obediência incondicional (...)”⁷. Será importante refletir que a criança não tem a mesma compreensão do tempo que um adulto. “No brincar livre e espontâneo, a criança não tem preocupação [pré ocupação] alguma com o relógio. (...) Adultos tratam linearmente o brincar da criança, cronometrado e permitido pelo relógio e pelas rotinas, meramente como uma sucessão de acontecimentos com início e fim”⁸.

O direito a brincar é um direito fundamental da criança e essencial para o seu saudável desenvolvimento. “Brincar tem, pois, um papel fundamental na constituição social da infância da criança, sendo a linguagem permanente que faz a mediação corporal da criança com o mundo, com as coisas e consigo mesma”⁹.

Ainda sobre a essencialidade do brincar: “[o] brincar é, assim, um ato expressivo e espontâneo da criança, fundamental ao seu autoconhecimento (início de ser pessoa) e ao conhecimento do mundo. Ao expressar-se por

⁷ KUHN, Roselaine e CUNHA, António Camilo — *A criança e o brincar — tempo e temporalidades (im)possíveis*. Coleção Educação e Movimento Humano. Santo Tirso: White Books, 2021, p. 9.

⁸ *Ibidem*, p. 70.

⁹ *Ibidem*, p. 83.

meio do brincar, ela dá sentido ao que faz, atribui significado aos seus sentimentos, às suas emoções e à sua corporeidade ¹⁰”.

Nessa medida, o tempo de brincar deve ser encarado com a mesma seriedade e sentido de compromisso que o tempo para as atividades escolares, e não ser completamente espartilhado por estas, sob pena de estar a ser posta em causa a saúde mental e física da criança. Deverá ser tão natural como o tempo para dormir, descansar e estudar. “Portanto, o brincar não pode sucumbir ao império do espaço que sufoca e aprisiona, nem tão pouco do tempo cronometrado, pois a criança brinca até com o próprio tempo” ^{11 12}.

3. AS ATIVIDADES RECREATIVAS, CULTURAIS, ARTÍSTICAS E A VIVÊNCIA DA CRIANÇA NO MUNDO DIGITAL

A participação em atividades recreativas é um elemento importante no desenvolvimento de competências criativas, sociais e relacionais. Como sublinha o Comentário Geral n.º 17 (2013), aludido supra, o envolvimento com a comunidade cultural permite à criança uma sensação de pertença e, ao mesmo tempo, permite que a criança descubra a sua própria identidade. A estimulação que as atividades recreativas e culturais trazem aguçam a criatividade, enriquecem os sentidos e alargam os seus horizontes (“[p]articipation in cultural and artistic activities are necessary for building children’s understanding, not only of their own culture, but other cultures, as it provides opportunities to broaden their horizons and learn from other cultural and artistic traditions, thus contributing towards mutual understanding and appreciation of diversity.” — ponto III do Comentário Geral).

¹⁰ CUNHA, António Camilo e GONÇALVES, Sara Tiago — *A criança e o brincar como obra de arte — analogias e sentidos*. Santo Tirso: White Books, 2015, p. 22.

¹¹ *Ibidem*, p. 27.

¹² Sobre a criança e aluno serem objetos e ofícios diferentes, de um ponto de vista epistemológico e sociológico, cfr. SARMENTO, Manuel Jacinto, FERNANDES, Natália, TOMÁS, Catarina — Figuras da criança na sociologia da infância em Portugal. In *Sociedad e Infancias*. Madrid: Ediciones Complutense, 2017, p. 49.

No ponto IV/d) do mesmo Comentário analisa-se o que se deverá entender como atividades recreativas, sendo as mesmas muito variadas, desde, por exemplo, as ligadas à música, às atividades manuais, aos clubes desportivos, ao associativismo, etc. Serão atividades ou experiências escolhidas voluntariamente pela criança — seja porque lhe dá imediata satisfação, seja porque a mesma reconhece um ganho pessoal ou social com a mesma. Ainda que as atividades recreativas sejam organizadas por adultos, a participação nas mesmas deve ser puramente voluntária. Ao mesmo tempo, a vida cultural e artística, no ponto IV/f) daquele Comentário n.º 17 (2013), é explicitada como uma forma que a criança terá de expressar a sua identidade, dando maior sentido à sua existência e construir a sua visão do mundo. A vida cultural e artística é articulada e pode ser vivenciada em casa, na escola, nas ruas e lugares públicos, bem como através de festivais, teatros, música, dança, literatura, cinema, exposições, plataformas digitais e vídeo, etc.

É inegável que, nos dias de hoje, a criança passa uma parte significativa do seu tempo em plataformas digitais. Se, por um lado, tal pode configurar tempo de lazer (p. ex., jogos de computador) e/ou de vida artística e cultural (p. ex., ouvir música *online*, ver vídeos, etc), também pode configurar uma miríade de outras atividades tanto inócuas como potencialmente perigosas. Ainda assim, a presença da criança no mundo digital é um facto e, por isso, deve ser reconhecida e protegida. Porquanto, a preocupação com esta vivência, cada vez mais efetiva e evidente, esteve na origem do recente Comentário Geral n.º 25 (2021) sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital ¹³.

Se é inequívoco que o ambiente digital tem uma importância crescente na vida das crianças, permitindo novas oportunidades para a realização dos seus direitos, também potencia riscos de violação ou abuso destes (cfr. ponto I.3 do referido Comentário). O referido Comentário Geral n.º 25 (2021) salienta que a utilização de tecnologias digitais

¹³ Disponível, em português, em <https://gddc.ministeriopublico.pt/pagina/comentario-geral-no-25-sobre-os-direitos-da-crianca-em-ambiente-digital-em-portugues> [última consulta em 8 de agosto de 2022].

pode facilitar a participação das crianças e que cabe aos Estados Partes promover a sensibilização para os meios digitais e, ainda, desenvolver legislação, políticas, programas, serviços e atividades de formação sobre os direitos da criança em relação ao ambiente digital e tomar em devida conta as suas opiniões, garantindo que os fornecedores de serviços digitais colaboram ativamente com as crianças (cfr. pontos I.D.16 e I.D.17). O ponto XI.B deste Comentário de 2021 dispõe sobre o direito à cultura, lazer e ao recreio. Aqui fica clara esta ligação com o mundo digital: “107. As formas digitais de cultura, lazer e recreio devem apoiar e beneficiar as crianças e refletir e promover as suas diferentes identidades, em particular as suas identidades culturais e linguísticas e o seu património. Podem favorecer as aptidões sociais, a aprendizagem, a expressão e as atividades criativas das crianças, como música e arte, assim como um sentido de pertença e de cultura partilhada. A participação na vida cultural por meios digitais contribui para a criatividade, identidade, coesão social e diversidade cultural. Os Estados Partes devem garantir que as crianças têm a oportunidade de utilizar o seu tempo livre para experimentar as tecnologias da informação e comunicação, expressarem-se e participar na vida cultural por meios digitais.”. Sem prejuízo, tal não deve descurar a oferta de oportunidades e alternativas nos locais físicos onde as crianças vivem, pois “[e]specialmente nos seus primeiros anos, as crianças adquirem linguagem, coordenação, aptidões sociais e inteligência emocional, em grande medida através de brincadeiras envolvendo movimento físico e interações diretas, cara a cara, com outras pessoas. Para as crianças mais velhas, as brincadeiras e atividades recreativas que envolvam atividade física, desportos de equipa e outras atividades recreativas ao ar livre podem trazer benefícios em termos de saúde, bem como aptidões funcionais e sociais.” (ponto XI.B.109).

Ainda, e tal como já mencionado supra, existem riscos associados a esta exposição digital que não podem ser ignorados pelos Estados. Tal também é tido em conta no mesmo ponto XI.B.110: “O tempo de lazer passado em ambiente digital pode expor as crianças ao risco de danos, por exemplo em virtude de publicidade opaca ou enganadora ou de um desenho com características altamente persuasivas ou próximas dos jogos de azar. Ao introduzir ou utilizar métodos de proteção de dados, privacidade e segurança desde a fase de desenho e outras

medidas de regulação, os Estados Partes devem garantir que as empresas não se dirigem a crianças utilizando essas ou outras técnicas concebidas para dar prioridade aos interesses comerciais em detrimento dos interesses da criança.”

Não caberá unicamente aos Estados afiançar a segurança da criança no mundo digital, mas também aos seus progenitores/cuidadores. É certo que hoje as atividades digitais estão presentes em várias facetas da vida da criança que não apenas nos tempos livres ou de lazer. Ao mesmo tempo, a gestão desses tempos fica cada vez mais difícil quando o acesso já está possível em diferentes dispositivos. Vejamos, por exemplo, que “[e]m 2010, a maioria das crianças e jovens europeus (9-16 anos) acedia à internet a partir do computador PC instalado na sala de estar e partilhado pelos membros da família. Esse era o local de instalação recomendado, por permitir a supervisão parental. (...) Em 2020, quatro em cada cinco crianças e jovens europeus (9-17 anos) acedem à internet pelo seu telemóvel pessoal, várias vezes ao dia ou quase sempre. Menos de metade acede diariamente à internet pelo computador, portátil ou não”^{14 15}.

Não adianta demonizar este acesso rápido e fácil ao mundo digital, ele existe e estará para ficar. Importa desenvolver e implementar estratégias que — não negando as evidências — ajudem a proteger as crianças dos potenciais perigos. Nesta tarefa poderá ser uma ferramenta útil a mediação parental, que se entenderá como a gestão pelos pais da relação dos seus filhos com os meios de comunicação¹⁶. Esta mediação pode ter diferentes estratégias, sendo normalmente

¹⁴ PONTE, Cristina e BATISTA, Susana — Ambientes familiares e mediações digitais. In *Nós na rede — ambientes digitais de crianças e jovens*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 7.

¹⁵ Sobre como podem os pais proteger as crianças na internet, cfr. também DUE-RAGER, Andrea e LIVINGSTONE, Sonia — *How can parents support children's internet safety?* London: EU Kids Online, 2012 e CARVALHO, Andreia F. Pereira de — *A criança nas redes sociais — Tutela da personalidade e responsabilidade parental na divulgação da imagem*. Coimbra: Gestlegal, 2021.

¹⁶ LÓPEZ-DE-AYALA, María Cruz, PONTE, Cristina, MARTÍN-NIETO, Rebeca — Mediação parental y habilidades digitales de los adolescentes de la Comunidad de Madrid: competencias y desempeño. In *Revista Latina de Comunicación Social*, n.º 79, 2021, pp. 113.

classificada em diferentes níveis, tais como restritiva, ativa ou em co-uso. A primeira implicará regras e proibições quanto ao tempo e acesso de conteúdos, a segunda concerne à discussão dos conteúdos e a última pressupõe um uso conjunto sem discussão ¹⁷. Sem prejuízo de certas variáveis (como a idade e o contexto da criança), a mediação ativa pode trazer vários benefícios e ser mais efetiva, já que pressupõe uma maior interação dos progenitores com a criança e uma maior sensibilização desta. A mediação restritiva, mais comum nas crianças mais novas, poderá ter efeitos perniciosos a longo prazo — atrasando o desenvolvimento de habilidades digitais autónomas — não sendo praticável mantê-la quando a criança cresce e ganha autonomia e tempo/espço longe dos progenitores. O uso conjunto também só funcionará em algumas idades e com determinadas premissas (ainda que tenha vantagens nesses contextos). Também há quem identifique a mediação restritiva vs. a mediação capacitante: “[o]s resultados de estudos nacionais mostram que a mediação restritiva — mais frequente entre pais com menores competências digitais e mais realizada entre crianças mais novas — reduz indubitavelmente os riscos que a criança enfrenta através de interdições e de um forte controlo de segurança. Contudo, essa forma de mediação barra também oportunidades e dificulta a aquisição de competências para a criança enfrentar e minimizar riscos digitais. Por seu lado, a mediação capacitante exige pais intervenientes e digitalmente competentes, pois procura minimizar os riscos por um acompanhamento e uma orientação próximos da criança. Esta mediação promove um ambiente de comunicação onde a criança está à vontade para iniciar conversas sobre o que a preocupa na Internet, favorece a exploração do meio e aquisição de competências, proporciona que tire partido de oportunidades digitais enquanto inclui atenção a dispositivos de segurança e controlo adequados à maturidade e responsabilidade da criança” ¹⁸.

Estas abordagens não são estanques e podem ser combinadas e aprimoradas ao longo do crescimento da criança. Importará dotar as

¹⁷ *Ibidem*, pp. 113-114.

¹⁸ PONTE, Cristina e BATISTA, Susana — Ambientes familiares e mediações digitais. In *Nós na rede — ambientes digitais de crianças e jovens*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 40.

crianças de competências que lhes permitam identificar alguns dos perigos, de modo a que não se exponham aos mesmos (criando uma literacia digital). Para tanto, será necessário que os adultos que rodeiam a criança tenham, igualmente, esta literacia digital. Não sendo possível garantir que tal suceda nas famílias, os Estados deverão conter programas educativos de elucidação digital nas escolas, adequados às idades e maturidades das crianças. Nesse sentido, “[a] escola é outro espaço importante de mediação — não só pela quantidade de tempo que elas e eles lá passam, mas também pela possibilidade de estarem num ambiente onde as competências devem ser estimuladas de forma transversal e equitativa”¹⁹.

4. NOTA REFLEXIVA

Todas estas dimensões que a Convenção sobre os Direitos da Criança identifica no art. 31.º são formas de reconhecimento da criança como sujeito de direitos, fruto da evolução a que temos assistido. Todos estes direitos despertam a consciência de que a criança — muito para além de menor e incapaz para o exercício de direitos (percepção já ultrapassada) — será, acima de tudo, um verdadeiro sujeito de direitos. Analisando a evolução: “[c]omo ponto de partida podemos talvez referir que ainda não passaram cem anos sobre o início do [primeiro] ‘Século da Criança’ (início que, em Portugal, parece poder situar-se no ano de 1911, com a aprovação da Lei de Protecção à Infância). Na verdade, nos séculos precedentes não tinha sentido sequer falar em direitos das crianças: durante milénios, o status das crianças foi de sujeição ou de sem-direitos; ao longo do século XIX e nos inícios do século XX, o status das crianças foi essencialmente definido pelo Direito objectivo e só ao longo do século XX a criança foi efectivamente reconhecida como sujeito titular de direitos”²⁰.

¹⁹ FERREIRA, Eduarda e CARDOSO, Daniel — Género e experiências digitais. Tensões entre estereótipos e autonomias. In *Nós na rede — ambientes digitais de crianças e jovens*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 32.

²⁰ ALEXANDRINO, José de Melo, Os direitos das crianças — linhas para uma construção unitária. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 68, vol. I, 2008, p. 1. Sobre

A preocupação com o repouso da criança e do seu lazer deve ser enquadrada com a realidade atual. Nessa medida, e tendo em vista a inclusão da criança no mundo social digital, a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital (Lei n.º 27/2021, de 17 de maio) assegura o direito de audição e participação das crianças (“[a]s crianças podem exprimir livremente a sua opinião e têm a liberdade de receber e transmitir informações ou ideias, em função da sua idade e maturidade.” — n.º 2 do art. 20.º). A perspetiva é a de que a visão que a criança tem do ambiente que a rodeia e a perspetiva das problemáticas que existem no seu entorno são importantes ferramentas para aferir o seu superior interesse — princípio norteador em todas as decisões relativas a crianças. Aliás, a importância da audição da criança, como forma de auscultação quanto aos assuntos que lhe dizem respeito, está presente em diversos normativos nacionais e internacionais. Nessa medida, faz sentido precaver este direito de participação e audição da criança também no que se refere à sua vivência no *cibermundo*.

Repare-se que não temos propriamente referências diretas ao direito a brincar e a participar em atividades recreativas nos diplomas nacionais de maior alcance (designadamente, no Código Civil ou no Regime Geral do Processo Tutelar Cível). É certo que considerando estas vertentes como elementos integrantes do direito à saúde e ao saudável e harmónico desenvolvimento, estaremos em condições de encontrar várias referências em diversos diplomas (desde logo, na Constituição da República Portuguesa ²¹). A Lei de Proteção de Crianças e Jovens

a sociologia da infância em Portugal cfr. SARMENTO, Manuel Jacinto — A Sociologia da Infância portuguesa e o seu contributo para o campo dos estudos sociais da infância. In *Contemporânea*, V. 8, n.º 2, Julho-Dezembro 2018, pp. 385-405 e para uma breve evolução de diplomas legais importantes na proteção da criança, cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte — *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança*. Coimbra: Gestlegal, 2020, pp. 12 e ss.

²¹ Entre muitos outros. Veja-se esta reflexão jurisprudencial a propósito do Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores (Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio): “O menor, no seu crescimento que se deseja harmonioso, tem o direito a ser criança, a aprender, a brincar, sendo deveres dos seus pais, da família, da comunidade e do Estado assegurar-lhe condições materiais de subsistência, de modo a que sua personalidade se desenvolva sã e adequadamente.” — Acórdão do Tribunal da

em Perigo, no art. 56.º, n.º 3, relativo ao acordo de promoção e proteção relativo a medidas em meio natural de vida, estabelece que podem constar do acordo condições e horários dos tempos de lazer. Ou seja, não é que não seja amplamente reconhecível a dimensão essencial do direito a brincar, ao lazer e a participar em atividades recreativas adequadas à idade da criança. Porém, ainda que reconhecível em abstrato, importará que seja reconhecido em concreto na vida quotidiana da criança, não sendo todo o seu tempo ‘livre’ ocupado com atividades que cerceiam o tempo de desenvolvimento da criatividade. Por outro lado, teremos de evitar que esse tempo seja totalmente consumido por atividades tecnológicas ²² — sem a devida supervisão e/ou (in)formação adequadas à idade — que propiciam riscos e perigos para a criança. O equilíbrio entre todas as facetas referidas ao longo deste singelo texto não será simples de efetivar, mas valerá a pena fazer uma reflexão do caminho já feito e daquele que devemos ainda trilhar.

Talvez faça sentido incluir mais vezes esta análise aquando decisões concretas relativas à vida da criança (como, por exemplo, a regulação do exercício das responsabilidades parentais) e não remeter para um patamar secundário ou eventual de relevância. Quantas crianças estarão privadas de tempos de descanso adequados à sua idade? Quantas vezes o direito a brincar é considerado no seu preenchido quotidiano? E qual a ponderação sobre proteção concreta que a criança tem na sua vivência digital?

Estamos perante dimensões essenciais da vida da criança cuja importância não pode ser desconsiderada. Deste modo, os Estados devem assegurar que cada criança tenha direito ao descanso, ao

Relação de Guimarães, de 18 de dezembro de 2012, Proc. n.º 47-B/2000.G1, disponível www.dgsi.pt [última consulta em 9 de agosto de 2022].

²² “(...) as nossas crianças cada vez mais têm dificuldade em brincar ou ter sequer conhecimento dos jogos de rua que recordamos junto dos amigos da nossa infância pois as consolas, os computadores, os telemóveis (e outros “gadgets”) e a televisão vieram substituir aquelas brincadeiras como o pião, o berlinde, saltar à corda ou ao eixo, brincar à “cabra-cega” e outras que, normalmente, exigiam também actividade e jogos em grupo para as crianças susceptíveis de desenvolver melhor o seu sentido de partilha ou de equipa.” — Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de fevereiro de 2018, Proc. n.º 2043/16.3T8SNT.L1-6, disponível em www.dgsi.pt [última consulta em 9 de agosto de 2022].

repouso, a tempos livres, a brincar e a participar em atividades recreativas, lúdicas, culturais e artísticas. Se é certo que a criança é um adulto em devir, também é importante reconhecer que a criança — pelo facto de ser criança — tem direitos próprios que derivam do seu direito à infância (momento inevitavelmente delimitado no tempo e irrepetível).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, José de Melo, Os direitos das crianças — linhas para uma construção unitária. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 68, vol. I, 2008.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de — A criança e os seus direitos. In *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina, 2010.
- CARVALHO, Andreia F. Pereira de — *A criança nas redes sociais — Tutela da personalidade e responsabilidade parental na divulgação da imagem*. Coimbra: Gestlegal, 2021.
- CARVALHO, Orlando — *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Centelha, 1981
- CUNHA, António Camilo e GONÇALVES, Sara Tiago — *A criança e o brincar como obra de arte — analogias e sentidos*. Santo Tirso: White Books, 2015.
- DUERAGER, Andrea e LIVINGSTONE, Sonia — *How can parents support children's internet safety?* London: EU Kids Online. 2012.
- FERREIRA, Eduarda e CARDOSO, Daniel — Género e experiências digitais. Tensões entre estereótipos e autonomias. In *Nós na rede — ambientes digitais de crianças e jovens*. Coimbra: Almedina, 2020.
- KUHN, Roselaine e CUNHA, António Camilo — *A criança e o brincar — tempo e temporalidades (im)possíveis*. Coleção Educação e Movimento Humano. Santo Tirso: White Books, 2021.
- LÓPEZ-DE-AYALA, María Cruz, PONTE, Cristina, MARTÍN-NIETO, Rebeca — Mediación parental y habilidades digitales de los adolescentes de la Comunidad de Madrid: competencias y desempeño. In *Revista Latina de Comunicación Social*, n.º 79, 2021, pp. 111-132.
- PINHEIRO, Jorge Duarte — *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança*. Coimbra: Gestlegal, 2020.
- PINTO, Paulo Mota — Notas sobre os direitos de personalidade no direito português. In *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 61-83.
- PONTE, Cristina (coord.) — *Nós na rede — ambientes digitais de crianças e jovens*. Coimbra: Almedina, 2020.
- PONTE, Cristina e BATISTA, Susana — Ambientes familiares e mediações digitais. In *Nós na rede — ambientes digitais de crianças e jovens*. Coimbra: Almedina, 2020.
- SARMENTO, Manuel Jacinto — A Sociologia da Infância portuguesa e o seu contributo para o campo dos estudos sociais da infância. In *Contemporânea*, V. 8, n.º 2, Julho-Dezembro 2018, pp. 385-405.

- SARMENTO, Manuel Jacinto, FERNANDES, Natália, TOMÁS, Catarina — Figuras da criança na sociologia da infância em Portugal. In *Sociedad e Infancias*. Madrid: Ediciones Complutense, 2017, p. 39-60.
- TOMÁS, Catarina e FERNANDES, Natália — *Brincar, Brinquedos e Brincadeiras: modos de ser criança nos países de língua oficial portuguesa*. Maringá: Editora da Universidade Estadual de Maringá, 2014.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO REGIME JURÍDICO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Sónia Moreira *

Sumário: 1. Introdução. 2. O novo regime da Gestação de Substituição; 2.1. Generalidades; 2.2. Os direitos e deveres das partes do contrato de gestação de substituição; 2.3. O prazo para o exercício do arrependimento da gestante. 3. Apreciação crítica.

1. INTRODUÇÃO

Em Janeiro de 2022 entrou em vigor a nova redação do art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida ¹: LPMA), decorrente da Lei n.º 90/2021, de 16 de Dezembro. Esta

* Prof. Auxiliar da Escola da Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov.

¹ Pode definir-se a Procriação Medicamente Assistida (PMA) como a procriação que não recorre ao acto sexual, lançando mão de várias técnicas para o efeito. Para um breve resumo sobre estas técnicas, v. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, pp. 194 a 198. Para uma visão mais pormenorizada, v. por exemplo, CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: o Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 70, n. 127, n. 128 e n. 129. Para uma breve panorâmica da evolução da genética e dos meios de reprodução assistida (ainda que não admitidos na lei), v. STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito ao Património Genético*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 27

lei determinava que a regulamentação da Gestação de Substituição (GS) seria aprovada pelo governo no prazo de 30 dias após a sua publicação, facto que não sucedeu. Na verdade, neste momento, continuamos sem regulamentação, o que significa que, na prática, não é possível, ainda, recorrer à GS em Portugal.

A redacção original da LPMA proibia os contratos de maternidade de substituição ², mas deixava em aberto inúmeros problemas que da sua eventual celebração pudessem resultar ³. Com a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, a gestação de substituição viria a ser admitida, mas o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de Maio ⁴,

e ss. e, mais desenvolvidamente, VERA LÚCIO RAPOSO, *O Direito à Imortalidade — O exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 381 e ss., em especial, pp. 389 e ss.

² Sobre o regime estabelecido na época, v. PAULA MARTINHO DA SILVA/MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 556 a 65, onde as autoras ainda fazem uma breve análise comparatística.

³ A este respeito, v., por exemplo, Maria Raquel Guimarães, «As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 44, 2018, pp. 179 a 200, onde a autora caracteriza o contrato de GS como “uma modalidade típica do contrato de prestação de serviços” (p. 183), gratuito, embora não seja unilateral puro, em virtude da existência de outras obrigações a cargo dos beneficiários (que não o pagamento da prestação do serviço), mas um contrato bilateral imperfeito e formal (p. 184). A autora, nomeadamente, chama a atenção para os problemas relativos ao antigo regime da revogabilidade do consentimento (pp. 190 ss.) e aos levantados em caso de invalidade do contrato de GS (pp. 194 ss.).

⁴ Os requerentes da apreciação de constitucionalidade sintetizaram o seu pedido da seguinte forma: “(...) a nova redacção do artigo 8.º, bem como toda a regulamentação da gestação de substituição que no mesmo é vertida, não salvaguarda adequadamente os direitos da criança e da mulher gestante, admitindo que a mesma é suscetível de violar o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1.º e artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República Portuguesa; o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; do direito à proteção da infância por parte do Estado, previsto no artigo 69.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa; e, bem assim, do conteúdo fundamental do direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, previstos no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e o direito à identidade genética previsto no n.º 3 dessa

veio declarar inconstitucionais vários aspectos do seu regime, considerando que este colocava em causa a dignidade da gestante, instrumentalizando-a, nomeadamente, por não prever a possibilidade de revogação do seu consentimento, não lhe reconhecendo um direito ao arrependimento quanto à obrigação de entregar a criança por si gestada, uma vez que esta revogação apenas era permitida até ao início dos procedimentos terapêuticos em causa. Na verdade, o Tribunal Constitucional (TC) entendeu que o consentimento dado previamente não pode ser considerado actual, atento o facto de a gravidez poder dar azo a alterações várias (no corpo, na saúde, na vontade subjectiva da gestante), ou seja, a mudanças das circunstâncias que levaram a gestante a consentir na gestação de substituição. O acórdão reflete sobre o facto de a gravidez ter repercussões biológicas e mesmo genéticas, visto que é durante esta que se activam ou desactivam certos genes da criança que vai nascer e tal depende do útero em que a criança está implantada; na verdade, há também troca de material genético entre a criança e a gestante, de tal forma que nenhuma mulher é biologicamente a mesma depois de uma gestação, tal como a gestante tem uma influência decisiva nas características que a criança vai apresentar ao nascer. Entendendo que não é possível considerar-se que o consentimento anterior a todas estas alterações (físicas, emocionais, etc.) é verdadeiramente informado, o TC considerou ser uma verdadeira violência obrigar-se a gestante a cumprir o acordo de gestação se tiver mudado de vontade, pois tal significaria uma instrumentalização da gestante à vontade (e interesses) dos beneficiários, claramente violadora da sua dignidade humana e dos seus direitos fundamentais. Segundo o TC, a gestação de substituição só será admissível mediante a vontade altruísta da gestante, incondicionada, livre e actual, o que implica a livre revogabilidade do seu consentimento até ao cumprimento integral de todas as obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição ⁵.

mesma disposição constitucional”. V. Ac. do TC n.º 225/2018 (relator: Conselheiro Pedro Machete), ponto 80., Diário da República, 1.ª série — N.º 87 — 7 de maio de 2018, p. 1892.

⁵ *Idem*, pp. 1919 e ss. V., em especial, na p. 1925: “(...) na ausência de vontade positiva atual, a sua participação degrada-se em instrumento ao serviço da vontade dos

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, de 18 de Outubro ⁶, reafirmou a inconstitucionalidade deste regime por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família ⁷.

A actual redacção do art. 8.º da LPMA veio reformular este regime jurídico, alargando a previsão dos direitos e deveres das partes, bem como dos requisitos da sua aplicação, prevendo, agora, no n.º 10, que, nos casos de gestação de substituição o consentimento é livremente revogável por vontade da gestante, até ao registo da criança nascida. Visa-se com este trabalho fazer uma primeira análise da revisão legal deste regime a fim de discutir se a lei salvaguarda efectivamente os direitos da gestante e a sua dignidade.

2. O NOVO REGIME DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

2.1. Generalidades

A nova redacção do art. 8.º da LPMA deixou intocado o seu n.º 1, mantendo a definição de gestação de substituição vigente na redacção

beneficiários. Daí a importância de acautelar a permanência de tal vontade ao longo de todo o processo, o que só é possível mediante a admissão da *livre revogabilidade do consentimento da gestante* até ao cumprimento integral de todas as obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição” (itálico nosso).

⁶ Este acórdão surge na sequência de um pedido de apreciação da constitucionalidade por parte do Presidente da República, ao abrigo do artigo 278.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, de duas normas constantes do artigo 2.º do Decreto que procede à “Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida”, aprovado pela Assembleia da República em 19 de julho de 2019, que lhe foi enviado para promulgação como lei. O referido acórdão considerou que a alteração de 2019 à LPMA não foi de encontro ao estabelecido no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de Maio. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, de 18 de Outubro encontra-se disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html> [consultado a 8/11/2022].

⁷ Sobre os princípios gerais relativos à PMA, v., por exemplo, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 226 ss.

anterior, como sendo “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

Tal como sucedia antes, a nova redação também só admite a GS “a título excecional e com natureza gratuita ⁸, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão *ou outra situação clínica* que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher” (n.º 2). A alteração sofrida neste n.º 2 poderia considerar-se puramente redaccional, mas não nos parece que assim seja. Na versão anterior, a GS só era admitida “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher *ou em situações clínicas que o justifiquem*”. A nosso ver, a nova redacção deixou claro que não é qualquer *situação clínica* que pode justificar o recurso a uma GS, mas apenas aquelas que impeçam de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher, deixando, assim, de fora qualquer margem para dúvidas quanto à possibilidade de se recorrer à GS para evitar, por exemplo, a deformação do corpo da mãe/beneficiária, o facto de a gravidez — ainda possível — poder prejudicar a saúde da mãe, ou o facto de esta ter já entrado na menopausa e já não ser capaz de engravidar em virtude da sua idade mais avançada, apesar de o art. 6.º, que se mantém inalterado nesta última redacção, não estabelecer um limite máximo de idade para uma mulher poder beneficiar destas técnicas. Nestes casos, não está em causa um diagnóstico de infertilidade e, como determina o art. 4.º, n.º 1, da LPMA, as “técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação”. Poder-se-á discutir a coerência desta solução legal — que se limita a reproduzir o curso normal da vida — em vista do facto de o n.º 3 do mesmo art. 4.º permitir o uso destas técnicas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de

⁸ Pelo contrário, Espanha, França, Itália e Alemanha proíbem a gestação de substituição. Os países da *common law* tendem a admiti-la, embora de diferentes formas (por exemplo, Inglaterra, admite-a apenas a título gratuito, enquanto nos Estados Unidos alguns Estados Federados a proíbem, outros exigem a sua gratuitidade e outros a admitem mesmo a título oneroso). V. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., pp. 221 a 223.

infertilidade⁹ e atendendo ao facto de as mulheres, na sociedade quotidiana entrarem cada vez mais tarde no mercado de trabalho e terem uma vida que as obriga a postergar os seus projectos de maternidade até muito tarde. Mas não há como evitar comparar esta solução com os limites etários estabelecidos para a adopção (os 60 anos à data em que a criança tenha sido confiada ao adotante, sendo que a partir dos 50 anos a diferença de idades entre o adotante e o adotando não pode ser superior a 50 anos), que também tendem a reproduzir o curso natural da reprodução humana, em benefício da criança.

Encontramos uma novidade no actual n.º 3 da norma, que estabelece que “[a] gestante de substituição deve ser, *preferencialmente*, uma mulher que já tenha sido mãe” (itálico nosso), para evitar que o processo de gravidez tenha um impacto psicológico mais profundo do que aquele que pode ser previsível para a gestante, mas a lei, como vemos, deixa a porta aberta à possibilidade de assim não ser, usando o vocábulo “preferencialmente” e acrescentando “sem prejuízo das concretas circunstâncias do caso o poderem impedir”.

⁹ Na redacção original da lei (art. 6.º, n.º 1), os beneficiários das técnicas de PMA eram apenas pessoas casadas que não se encontrassem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivessem em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos. Excluía, portanto, as pessoas solteiras, por se entender que o modelo da monoparentalidade ia contra o interesse da futura criança em possuir um pai e uma mãe (cfr., p. ex., JORGE DUARTE PINHEIRO, «Procriação Medicamente Assistida», in JORGE DUARTE PINHEIRO, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 67 e 68). Contudo, este entendimento foi mudando, devido ao aumento das famílias monoparentais que decorre da actual elevada taxa de divórcios. Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, «Transformações do Direito da Família», in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 775. Assim, a redacção do art. 6.º, n.º 1, *in fine*, da LPMA decorrente da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, passou a abranger também “os casais de mulheres, (...) casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”. Em face desta alteração, questionamo-nos se não se terá passado de um modelo de subsidiariedade para um modelo de complementaridade, já que os casais heterossexuais férteis continuam a não poder recorrer a estas técnicas a não ser em caso de infertilidade. Sobre esta questão, v. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*, cit., pp. 228-231.

No seguimento desta preocupação com o impacto psicológico da gravidez na gestante, encontramos também outra novidade: a lei exige agora, para que o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida autorize a GS, além da audição da Ordem dos Médicos, também a audição da Ordem dos Psicólogos (n.º 5) ¹⁰.

Por outro lado, tal como sucedia na redacção anterior, a lei tenta prevenir a disputa da criança entre a gestante e os beneficiários, proibindo a utilização de material genético da gestante, ou seja, esta nunca será a mãe biológica da criança (n.º 4).

A nova redacção da lei também deixou intocada a regra que proibia qualquer tipo de pagamento à gestante, visto o contrato de GS ser gratuito — excluindo-se apenas as despesas decorrentes do processo (actual n.º 7) ¹¹. O mesmo se diga quanto à norma que visa garantir que a decisão altruísta da gestante é livre, proibindo a celebração deste contrato “quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas” (actual n.º 8).

O novo n.º 6 do art. 8.º determina que o pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição tem de ser

¹⁰ A preocupação com a instrumentalização da gestante, visível na menorização da sua saúde (física e mental) era motivo de afastamento da GS por parte de alguns autores, ainda que reconhecessem o direito a constituir família das mulheres que não conseguissem engravidar. V. JORGE DUARTE PINHEIRO, «Mãe portadora — A problemática da maternidade de substituição», in Jorge Duarte PINHEIRO, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 144 e ss., em especial, p. 149. O autor viria a suavizar a sua posição mais tarde, referindo apenas que este contrato, ainda que gratuito, “não pode deixar de suscitar reservas” por impor a uma das partes que veja perturbada a sua condição física. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 227. Entendendo que a “maternidade de substituição apresenta muitos perigos”, mas que a sociedade não a deve proibir, devendo antes regulá-la “de forma a conferir adequada protecção às partes envolvidas, particularmente à mais frágil, o feto”, VERA LÚCIO RAPOSO, *De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 128, 129 e 141.

¹¹ Guilherme de Oliveira considerava nulo, por violador dos princípios da ordem pública (art. 280.º, do Código Civil), o contrato oneroso de gestação em virtude da violação do primado da dignidade da pessoa humana pela “coisificação da criança”. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma/duas — O contrato de gestação*, p. 42 e ss.

apresentado através de formulário disponível no sítio eletrónico do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que cria o respetivo modelo, subscrito conjuntamente pelos beneficiários e pela gestante de substituição. Discrimina, ainda, a documentação que deve instruir este pedido, tentando prevenir eventuais problemas que pudessem decorrer da falta de conhecimento dos requisitos legais exigidos para o recurso a esta técnica, nomeadamente, exigindo (1.º) a comprovação, por parte do centro de PMA que irá executar as respectivas técnicas, de que, efectivamente, os requisitos previstos no n.º 2 e no n.º 4 estão preenchidos (nomeadamente, que a beneficiária está impossibilitada de engravidar e de que a gestante não é a dadora de qualquer ovócito usado na GS) e (2.º) a aceitação das condições previstas no contrato de gestação de substituição por parte dos beneficiários e da gestante de substituição.

Estas condições vêm agora reguladas no novo n.º 13 do art. 8.º. A nova norma estabelece várias cláusulas que devem constar obrigatoriamente do contrato de GS, sem prejuízo de outras que as partes possam acordar. O legislador veio, assim, tentar concretizar o regime da GS, tomando em linha de conta muitas das críticas que lhe eram apontadas pela doutrina e pelo TC.

Na verdade, o TC tinha considerado, ainda, inconstitucional o regime previsto relativamente ao conteúdo das cláusulas do contrato de gestação, por excessivamente abertas e indeterminadas: o art. 8.º, n.º 10, apenas previa a obrigatoriedade de que constassem no contrato de GS “as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez”, supervisionadas pelo CNPMA; o n.º 11 do art. 8.º determinava, somente, que o contrato não podia impor restrições de comportamento à gestante ou normas que atentassem contra os seus direitos, liberdade e dignidade. O Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, que veio regulamentar a gestação de substituição, também não densificou este regime, uma vez que se limitou a estabelecer a necessidade de os beneficiários aceitarem as condições previstas no contrato-tipo de gestação de substituição, contrato este que seria aprovado pelo CNPMA. Ora, o TC considerou inconstitucional esta remissão “para atos infralegislativos”, pois “a definição das condições essenciais de acesso dos cidadãos à gestação de substituição” contende com direitos fundamentais da gestante e dos beneficiários (os direitos ao desenvolvimento da personalidade e

de constituir família, consagrados nos artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, da CRP), sendo, por isso, matéria de reserva de lei parlamentar (*ex vi* dos artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP).

Assim, o TC concluiu, a este respeito, pela inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art. 8.º, n.º 4, n.º 10 e n.º 11, o que “prejudic[ou] necessariamente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa até que o legislador parlamentar v[iesse] estabelecer para os mesmos um regime constitucionalmente adequado” e arrastou para a inconstitucionalidade, também, o n.º 2 e o n.º 3 da mesma norma, por “falta de uma entidade com competência para (...) autorizar [os contratos de gestação] e, bem assim, [pel]a ausência de definição legal de critérios de autorização”¹².

A decisão do TC, neste ponto, foi de louvar. O anterior regime da gestação de substituição encontrava-se, ainda, numa indefinição muito grande, dando azo a problemas sem resposta.

Assim, a este respeito, a nova redacção do art. 8.º, n.º 13, da LPMA estabelece que o contrato de GS deve prever as obrigações da gestante, por exemplo, a obrigação de cumprir as orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e de realizar os exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao seu correto acompanhamento clínico, tendo em vista assegurar o bem-estar da criança; em contrapartida, a lei obriga a que o contrato de GS preveja os direitos da gestante a participar nas decisões relativas à escolha do obstetra, ao tipo de parto e ao local onde este terá lugar, bem como o direito a um acompanhamento psicológico antes, durante e após o parto.

A norma prevê, ainda, que o contrato de GS tem de conter cláusulas que determinem outras obrigações e direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação.

Para além disso, o contrato também deverá conter cláusulas que garantam a prestação de informação completa e adequada sobre as

¹² V. Ac. do TC n.º 225/2018 (relator: Conselheiro Pedro Machete), *cit.*, pp. 1928 e ss., em especial p. 1931.

técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde, bem como sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal.

Um dos problemas a que a lei tentou dar resposta refere-se à determinação sobre o que fazer em caso de se verificarem quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição: o contrato de GS também deverá conter disposições a este respeito; o mesmo se diga no que toca a disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor.

Outro problema que a lei visa evitar é o poderia decorrer do facto de se verificarem várias tentativas de gravidez falhadas e de, em razão disso, uma das partes pretender desistir do contrato. Assim, este deverá conter cláusulas que prevejam a possibilidade da sua denúncia e os termos em que tal denúncia pode ter lugar.

Por outro lado, para garantir que os beneficiários e a própria gestante estejam bem cientes do seu direito ao arrependimento — e evitar potenciais conflitos que daí advenham —, o contrato de GS também terá de prever os termos de revogação do consentimento ou do contrato em conformidade com a LPMA.

Finalmente, a al. *m*) do n.º 13 do art. 8.º ainda determina que o contrato deverá determinar a forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de eventual divergência sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico.

2.2. Os direitos e deveres das partes do contrato de gestação de substituição

Após termos dado conta dos requisitos exigidos pela lei para a celebração de um contrato de gestação de substituição, devemos abordar as alterações trazidas a lume pelo novo regime no que toca aos direitos e deveres das suas partes.

No que toca aos direitos e deveres dos beneficiários, nada foi alterado. O regime mantém-se incólume. As diferenças são sobretudo na previsão dos direitos e deveres da gestante, pela adição de dois novos artigos à LPMA: os arts. 13.º-A e 13.º-B.

O n.º 14 do art. 8.º determina que o contrato de GS não pode

impor à gestante cláusulas que atentem contra os seus direitos, nomeadamente os previstos no artigo 13.º-A. Ora, esta norma — que não é taxativa, uma vez que faz um elenco meramente exemplificativo (como se verifica pelo uso da expressão “designadamente”) — reconhece vários direitos à gestante que já se adivinhavam da leitura do art. 8.º, nomeadamente, o direito de ser corretamente informada sobre as implicações médicas, psicológicas, sociais e jurídicas prováveis da GS, bem como dos riscos de potenciais complicações na gravidez; ou o direito a ter acompanhamento psicológico antes, durante e após o parto; o direito a ver concretizada a transferência de embrião em centro de PMA devidamente autorizado; o direito a ser assistida em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições ao acompanhamento da gestação.

Mas, para além destes direitos, a norma ainda prevê o direito de a gestante ser acompanhada e de ter acesso às prescrições feitas pelo médico responsável pelo acompanhamento de doença de que venha a padecer durante a gravidez, *ainda que tal possa comprometer a viabilidade da gestação*. Ou seja, em caso de a gestante desenvolver doença durante a gravidez, é dada prioridade à sua saúde, em detrimento da saúde da criança em gestação. Esta norma vem dar uma primeira resposta às críticas apontadas ao regime anterior no sentido de este instrumentalizar a gestante e de a confinar ao papel de mera “incubadora”. Esta instrumentalização violaria o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, de acordo com o nosso quadro legal, a gestante é uma *pessoa* que, por puro altruísmo, vem auxiliar um casal que não consegue aceder de outra forma a um projecto de parentalidade. Logo, de forma a não ser tratada como um mero meio com vista à prossecução de interesses alheios, há-de ser-lhe reconhecido, em primeiro lugar, que actua no exercício da sua autodeterminação; em segundo lugar, que os seus direitos fundamentais não são violados, nomeadamente, o direito à vida, à integridade física e à saúde.

O n.º 2 do art. 13.º-A reforça esta ideia, ao determinar que a celebração de um contrato de GS não diminui o exercício dos direitos fundamentais legalmente conferidos à mulher grávida ou puérpera, nomeadamente os de natureza social, laboral ou de qualquer outra.

A nosso ver, teria sido importante prever expressamente nesta norma o direito ao arrependimento da gestante. Foi uma das críticas

fundamentais apontadas pelo TC ao regime anterior e que, como vimos, em grande medida, deu azo à sua declaração de inconstitucionalidade. É certo que a existência deste direito se deduz dos arts. 8.º, n.º 10, e 14.º, n.º 5, pois admitem que o consentimento da gestante possa ser revogado até ao momento do registo da criança nascida, ao contrário do que sucedia no regime anterior, em que o consentimento só podia revogar-se até ao início dos procedimentos de PMA (como aliás, ainda acontece relativamente aos beneficiários¹³). Mas deixaria bem claro no espírito das partes do contrato (e da sociedade em geral) que a gestante não é uma “mera incubadora” e que, em face das transformações provocadas pela gravidez, pode mudar de posição e pretender, findo o parto, abraçar o seu próprio projecto parental. Este facto nunca será por demais sublinhado, porque, na verdade, os pais biológicos da criança são os beneficiários da PMA (ou um deles, pelo menos) e criam expectativas legítimas de serem considerados legalmente os pais da criança¹⁴.

¹³ Mesmo no âmbito do estabelecimento da filiação em sede de PMA, continua a aplicar-se o princípio da verdade biológica as mais das vezes, já que os beneficiários das técnicas de PMA serão também os pais biológicos da criança. Contudo, neste campo, este princípio admite excepções, por exemplo, nos casos de PMA heteróloga, de estabelecimento da maternidade da mulher casada ou que viva em união de facto com a beneficiária das técnicas, ou nos casos de gestação de substituição. Nestes casos, o vínculo parental assenta na vontade dos beneficiários de desenvolver um projecto parental. Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, (com a colaboração de RUI MOURA RAMOS), *Manual de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021 (reimpr. 2022), p. 525. “Por isso é que, tendo sido dado o consentimento para a inseminação artificial pelo marido da mãe, este depois não poderá impugnar a paternidade da criança (ainda que esta não seja biologicamente sua filha, por se tratar de PMA heteróloga), como determina o art. 1839.º, n.º 3, do CC”. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*, cit., p. 221.

¹⁴ Na verdade, o TC afirmou, por outro lado, que, os beneficiários não podem revogar o seu próprio consentimento a partir do momento da implantação do embrião, ao contrário do que sucede com a gestante, visto não estar em causa uma autorização para a violação de direitos fundamentais seus, mas o exercício de uma faculdade que a lei lhes atribuiu (a de procriar através de PMA e da gestação de substituição). Ac. do TC n.º 225/2018, cit., pp. 1921 ss. Considerando que os beneficiários das técnicas não possuem um direito à procriação, mas apenas expectativas tuteladas por lei nesse sentido, DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *As*

Quanto aos deveres da gestante, o art. 13.º-B elenca os seguintes: prestar todas as informações que lhe sejam solicitadas pela equipa médica e todas as que entenda serem relevantes para o êxito da GS; seguir todas as prescrições médicas determinadas pela equipa médica; prestar todas as informações que lhe sejam solicitadas pelo médico responsável pelo acompanhamento da gravidez e seguir todas as prescrições médicas por este determinadas; observar os cuidados considerados normais, de acordo com as boas práticas médicas, da sua condição de grávida, incluindo no que respeita à realização de viagens em determinados meios de transporte no terceiro trimestre da gestação e ao estilo de vida a manter durante a gestação; informar os beneficiários da verificação de qualquer facto impeditivo ou modificativo do modo de cumprimento do contrato de gestação de substituição, nomeadamente qualquer alteração no seu estado de saúde que possa comprometer a viabilidade da gravidez”.

Esta norma afigura-se-nos também muito importante. Em nenhum momento se exige mais à gestante do que se exigiria de uma qualquer mulher grávida, ou seja, as exigências legais vão apenas no sentido de garantir a saúde e a vida da criança em gestação, limitando a liberdade de acção da gestante da mesma forma que se encontra limitada a liberdade de acção de qualquer mulher grávida em geral. Ou seja, não há qualquer instrumentalização da gestante. No regime anterior, o antigo art. 8.º, n.º 11, determinava que o contrato de gestação não podia impor restrições de comportamento à gestante ¹⁵, deixando margem para uma interpretação que admitisse o direito de a gestante colocar em risco a saúde e vida da criança em gestação, por exemplo, através da prática de desportos de risco, ou de hábitos de consumo de substâncias nocivas, como álcool, tabaco, estupefacientes, etc.

problemáticas e desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 411 a 415.

¹⁵ Apesar disso, já nessa altura havia autores que defendiam que seria razoável admitir que a gestante se comprometesse a abster-se de relações sexuais no período anterior à obtenção da gravidez através de PMA e que se comprometesse a manter um estilo de vida saudável, que não prejudicasse a saúde da criança, por exemplo, abstendo-se do consumo de drogas ou álcool e da prática de actividades de risco. Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 220.

Note-se que não é o *contrato* que pode impor restrições ao comportamento da gestante: a gestante é que tem o dever *legal* de “observar os cuidados considerados normais, de acordo com as boas práticas médicas, da sua condição de grávida” ¹⁶.

2.3. O prazo para o exercício do arrependimento da gestante

Resta-nos problematizar o ponto nevrálgico do regime, que, a nosso ver, é o do prazo concedido à gestante para exercer o seu direito ao arrependimento. A lei não o reconheceu como tal, como vimos, limitando-se a conceder à gestante a prerrogativa de revogar o seu consentimento. Ou seja, a gestante dispôs-se a suportar uma gravidez por conta dos beneficiários e a entregar-lhes a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. Assim, o art. 8.º, n.º 9, estabelece que “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”, “sem prejuízo do disposto no número seguinte”, que determina que o consentimento da gestante é livremente revogável até ao registo da criança.

A constitucionalidade do regime previsto na anterior redacção da LPMA (previsto nos antigos n.ºs 4 e 5 do art. 14.º, que determinavam que o consentimento da gestante era livremente revogável apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA) era discutida em virtude de não se coadunar com o art. 1982.º, n.º 3, do Código Civil (CC), que determina que, relativamente à adopção, a mãe biológica não pode consentir nesta sem terem decorrido pelo menos seis semanas sobre o parto ¹⁷.

¹⁶ Ou seja, tendo em consideração que se encontra a gestar um ser humano. Sobre o estatuto jurídico do nascituro, v. TIAGO FIGO, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: o Conceito de Pessoa Revisitado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013; SÓNIA MOREIRA, «O direito (?) constitucional à vida do embrião», in AAVV, *Direito na Lusofonia — Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, 3.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia, vol. II, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 175-182, disponível em <http://hdl.handle.net/1822/47312> e SÓNIA MOREIRA, « O direito do nascituro à compensação por morte de um dos progenitores — Anotação ao Acórdão do STJ de 3/04/2014 », *Cadernos de Direito Privado*, n.º 50, 2015, pp. 63 a 87, disponível em <http://hdl.handle.net/1822/49553>.

¹⁷ Ainda muito antes da regulamentação da PMA, já Guilherme de Oliveira considerava que não se devia admitir o contrato de gestação de substituição por

Assim, se a gestante revogar o seu consentimento, não renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade, não entregando a criança, não permite que funcione o regime de estabelecimento da filiação previsto no art. 8.º, n.º 9.º, pelo que a criança não pode ser tida como filha dos beneficiários. Portanto, funciona o regime previsto no CC que determina que mãe é aquela que dá à luz (art. 1796.º).

Apesar de a filiação, relativamente à mãe, resultar do simples facto do nascimento, esta estabelece-se nos termos dos arts. 1803.º a 1825.º, sem os quais os poderes e deveres emergentes da maternidade não são atendíveis, visto a filiação ter de se encontrar legalmente estabelecida (cfr. art. 1797.º). Portanto, nos termos do art. 1803.º tudo depende do registo do nascimento¹⁸. Terá sido por isso que o legislador estabeleceu a livre revogabilidade do consentimento da gestante até ao momento do respectivo registo.

3. APRECIÇÃO CRÍTICA

Que pensar desta opção legal?

Em primeiro lugar, cremos que o legislador se omitiu no que toca a decidir o que sucede quando há um conflito positivo de parentalidade (ou seja, quando tanto a gestante quanto os beneficiários querem

entender, nomeadamente, que o consentimento da gestante “nunca poderia ser aceitável num sistema como o nosso onde vigora um regime tão cuidadoso como o do art. 1982.º, n.º 3, do CC. (...), [que] pressupõe que a vontade da mulher precisa de amadurecer perante as circunstâncias concretas do nascimento, para que não corra o risco de que ela tome uma decisão tão grave de uma forma precipitada”, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma* — *O contrato de gestação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 62. No entanto, em sentido diverso, entendendo que, ao menos nos casos em que a beneficiária fosse a mãe biológica, seria discutível a aplicação analógica do regime de prestação de consentimento da mãe do adoptando à gestante, visto que o regime da adopção pressupõe que os adoptantes não são os pais biológicos e o nosso sistema concede uma importância primordial ao princípio da verdade biológica, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 226.

¹⁸ Sobre o regime legal do estabelecimento da maternidade no Código Civil, v. GUILHERME DE OLIVEIRA (com a colaboração de Rui Moura Ramos), *Manual de Direito da Família*, cit., p. 458 ss.

assumir a filiação da criança). Ora, cremos que há aqui em jogo mais do que o mero exercício do direito de a gestante se arrepender no que toca a abdicar da criança a favor dos beneficiários. É que, apesar de a ter carregado no ventre por nove meses, apesar de ter existido troca de material genético com ela durante a gestação, a verdade é que a criança é biologicamente filha dos beneficiários (ou de um deles ¹⁹). Não têm estes um direito a exercer a sua maternidade ou paternidade? A constituir família? É-lhes reconhecido um mero interesse neste sentido, dependente da decisão da gestante ²⁰?

Por outro lado, a lei não estabeleceu um prazo propriamente dito. Ao contrário do que sucede na adopção, onde o art. 1982.º, n.º 3, CC, obriga a mãe a esperar seis semanas após o parto para poder entregar a criança para adopção, assim garantindo um tempo mínimo de convivência com a criança, para que a mãe biológica possa aferir da sua vontade de forma actual e consciente, no sentido de a entregar ou não para adopção, o mesmo não sucede aqui.

A discrepância de regimes talvez possa ser explicada pelo facto de, em princípio, os beneficiários serem (ou um deles, pelo menos) os pais biológicos da criança, pelo que se terá tentado encontrar um ponto de equilíbrio entre os interesses destes e a possibilidade de revogação da gestante ser após o parto, mas não a obrigando a conviver com a criança, em ordem a evitar o estabelecimento de vínculos afectivos com a mesma, permitindo, assim, que esta seja entregue de imediato aos beneficiários, desde que o registo seja feito (como normalmente é, no próprio hospital onde a criança nasce) logo após o parto.

Assim, cremos que, na verdade, a lei evitou tomar partidos: evitou chamar “direito de arrependimento” à revogação do consentimento; evitou dizer que a filiação deve ser estabelecida a favor dos pais biológicos

¹⁹ Sobre a evolução do estabelecimento da filiação na lei portuguesa e o vingar do paradigma da “verdade biológica”, v. GUILHERME DE OLIVEIRA, «O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas», in GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 57 ss.

²⁰ A respeito desta discussão, apresentado ainda outras alternativas em uso em outras ordens jurídicas, v. DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *As problemáticas e desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição*, cit., pp. 243 a 327 e pp. 713 a 716.

(os beneficiários das técnicas de PMA), não lhes reconhecendo um direito neste sentido, mas tentando estabelecer as condições que melhor permitissem o estabelecimento do vínculo da filiação a seu favor. Por outro lado, também há que admitir que, se o regime anterior podia ser criticado por permitir a instrumentalização da gestante, o actual regime veio atenuar substancialmente esta crítica. Será suficiente? Uma mulher que acaba de dar à luz está em condições de decidir?

Resta-nos esperar para ver se esta redacção legal vingará e passará no escrutínio constitucional.

AS NOVAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES À LUZ DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS O REFLEXO E A INFLUÊNCIA DAS CONCEÇÕES JURÍDICO-FAMILIARES DOMINANTES NA EUROPA

Susana Almeida *

Sumário: 1. Considerações preliminares. 2. Os preceitos tuteladores da família no contexto convencional. 3. O art. 8.º e o direito ao respeito pela vida privada e familiar; 3.1. Estrutura, interpretação e metodologia de aplicação: breves notas; 3.2. A delimitação casuística do conceito de família à luz do art. 8.º. 4. Sumaríssima incursão jurisprudencial sobre as novas constelações familiares; 4.1. Famílias *de facto*; 4.2. Famílias monoparentais; 4.3. Famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas; 4.4. Famílias integradas por transexual; 4.5. Famílias constituídas por casais do mesmo sexo; 4.6. Famílias transfronteiriças. 5. Conclusões.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A família é a pedra angular na construção da sociedade e a peça basilar na sua compreensão. À luz das diversas leis fundamentais nacionais como a lusa, a família surge como um “elemento fundamental da sociedade”¹, que carece da proteção do Estado. Igualmente,

* Professora Adjunta da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Portugal. Investigadora do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense. Licenciada e Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutora em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca.

¹ Cfr. art. 67.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Encontramos preceitos com redação semelhante noutros diplomas congéneres, tais

no plano internacional, a família encontra-se coberta pelos nobres traços dos direitos humanos, o que permite a homogeneização das obrigações que impendem sobre os Estados para concessão de uma tutela desta relevante realidade sociojurídica à escala planetária². Não obstante, a maioria dos textos fundamentais de vocação nacional ou internacional não apresenta uma definição do conceito de família, cabendo ao legislador ou aplicador do direito a definição evolutiva ou dinâmica desta realidade profundamente intrincada nas malhas das linhas morais, religiosas, socioculturais, políticas e demográficas de cada época e local.

No presente trabalho procuraremos delinear o conceito de “família” ou “famílias” merecedoras de proteção pelos diversos preceitos que concedem tutela à família no seio de um dos instrumentos de proclamação de direitos humanos de vocação regional: a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (CEDH)³.

como o art. 39.º da Constituição Espanhola, o art. 6.º da Constituição da República Federal da Alemanha, ou o art. 29.º da Constituição da República Italiana.

² Referimo-nos, a título de exemplo, no plano mundial, aos arts. 12.º e 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada no âmbito das Organização das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948; e, com vocação regional, aos arts. 8.º e 12.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, celebrada no seio do Conselho da Europa a 4 de novembro de 1950; aos arts. 7.º, 9.º e 33.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000; aos arts. 11.º, n.º 2, e 17.º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969; e, bem assim, ao art. 18.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 27 de junho de 1981.

³ A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, conhecida abreviadamente por Convenção Europeia dos Direitos do Homem, foi aprovada a 4 de novembro de 1950, em Roma, sob os auspícios do Conselho da Europa e estende hoje a sua proteção a 46 Estados Membros, já que recentemente a Federação da Rússia foi expulsa deste “club de democracias”. Este tratado internacional, que constitui hoje o mais perfeito guardião dos direitos humanos na Europa e que corresponde ao fio-de-prumo da democracia europeia, veio incluir originariamente um modesto e consensual catálogo de direitos predominantemente civis e políticos ou de primeira geração, mas distinguiu-se dos demais instrumentos internacionais de proclamação solene de direitos humanos pelo original e eficaz mecanismo jurisdicional de garantia coletiva que veio instituir. Com efeito, pela primeira vez na história do Direito Internacional, reconheceu-se legitimidade ativa ao sujeito,

O ideal de família que estava na mente dos autores deste texto paradigmático do Conselho da Europa era, como revelam os trabalhos preparatórios, a família com expressão social e jurídica nos Estados signatários em 1950, ou seja, a família tradicional fundada no casamento heterossexual ⁴. No entanto, a indefinição convencional do termo “vida familiar” unida à conceção da Convenção como um “instrumento vivo que deve ser interpretado e aplicado à luz das conceções atualmente existentes no espaço europeu” ⁵ conduziu a que o órgão de controlo convencional — o *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* (TEDH) —, auscultando o pulsar das mutações socioculturais verificadas nos quadrantes familiares do palco europeu, tenha dilatado o conceito “vida familiar” ou família inicialmente delineado e colocado sob o escudo protetor convencional um novo mundo de constelações familiares que foram despontando na Europa. Falamos das famílias *de facto*, das famílias monoparentais, das famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas, das famílias integradas por transexual, das famílias constituídas por casais do mesmo sexo e das famílias transfronteiriças, entre outras.

No presente trabalho, procuraremos, num primeiro momento, ainda que sumariamente, enunciar o leque de preceitos convencionais tuteladores da(s) família(s). De seguida, num exercício de análise jurisprudencial, sobretudo à luz do art. 8.º da CEDH, procuraremos delinear os contornos do conceito de família(s) merecedora(s) de tutela.

vítima de uma violação convencional e desde que verificadas as condições de admissibilidade da queixa, para acudir a um órgão jurisdicional, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, e denunciar o comportamento vulnerador dos preceitos convencionais.

⁴ Cfr. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, “La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l’Homme”, in: *Internationalisation des droits de l’Homme et évolution du droit de la famille*, Dekeuwer-Défossez, (avant-propos)/M.-T. Meulders-Klein, (rapport de synthèse), Paris, L.G.D.J, 1996, p. 46; M. LEVINET, “La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme”, in: *RTDH*, 15ème année, n.º 60, 1er Octobre, 2004, pp. 889 e 890.

⁵ Cfr., *inter alia*, Acórdãos Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978, § 31; Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 41; Rees c. Reino Unido, de 17 de outubro de 1986, § 47; Johnston e Outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, § 53; Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de julho de 2002, § 75.

Por fim, propomos realizar novo *excursus* jurisprudencial com o centro de gravidade em Estrasburgo, por forma a enunciar os principais postulados jurídico-familiares de rosto europeu ditados pelo TEDH em arestos relativos às novas constelações familiares e que correspondem genericamente, como veremos, às linhas gerais que enformam os Direitos da Família que vigoram, neste particular, nos diversos ordenamentos jurídicos deste velho continente.

2. OS PRECEITOS TUTELADORES DA FAMÍLIA NO CONTEXTO CONVENCIONAL

A Convenção de Roma e os seus Protocolos Adicionais apresentam diversos dispositivos que dividem esforços na concessão de tutela à(s) família(s), a saber: o *art. 8.º*, que acolhe convencionalmente o direito ao respeito pela vida privada e familiar; o *art. 12.º*, que salvaguarda o direito ao casamento e o direito a fundar uma família; o *art. 14.º* que contém uma cláusula de não discriminação, bem como o *art. 1.º* do Protocolo n.º 12, que garante um princípio geral de não discriminação; o *art. 1.º do Protocolo n.º 1*, que concede proteção da propriedade; o *art. 5.º do Protocolo n.º 7*, que consagra o princípio da igualdade entre os esposos; o *art. 2.º do Protocolo n.º 1* atinente à educação dos filhos; o *art. 3.º*, aplicável em casos de violência doméstica; e, por fim, ao *art. 6.º*, que garante o direito a um processo equitativo. Estas disposições protegem um amplo leque de direitos não raras vezes coincidentes e interrelacionados ⁶ que vão, de modo direto ou *par ricochet*, concedendo tutela às várias dimensões da vida familiar e da(s) família(s).

Do enunciado leque, o *art. 8.º* é indubitavelmente aquele que ocupa um lugar soberano na proteção das relações familiares no seio convencional e tem sido igualmente o campo privilegiado para realização da interpretação evolutiva, pelo que reservaremos um título *infra* para seu autónomo tratamento.

⁶ Como menciona D. GOMIEN, *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005, p. 79.

O art. 12.º da Convenção reconhece ao homem e à mulher, a partir da idade núbil, e autonomamente ⁷ o *direito de casar* e o *direito de constituir família*, deferindo às leis nacionais correspondentes a regulamentação pormenorizada do seu exercício, o que permite deduzir a concessão de uma grande margem de apreciação para as autoridades nacionais poderem regular os direitos aqui contemplados. No que tange aos sujeitos titulares destes autónomos direitos subjetivos, o Tribunal de Estrasburgo, nos *Acórdãos Christine Goodwin c. Reino Unido e I c. Reino Unido*, de 11 de julho de 2002, abandonou o critério do sexo biológico para definir o casamento e aceitou que a impossibilidade de procriar não pode, *per se*, ser vista como um obstáculo ao matrimónio, acolhendo deste modo no seio convencional o direito a contrair matrimónio dos transexuais. Os *obiter dicta* vertidos nestes arestos pareciam indicar que este Tribunal estaria a vacilar no sentido de aceitar o casamento entre casais do mesmo sexo, mas, no *Acórdão Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, esta instância proclamou categoricamente — ainda que com algumas nuances de hesitação no arrazoado — que o art. 12.º não faz impender sobre os Estados contratantes a obrigação de garantir o acesso ao matrimónio aos casais do mesmo sexo, pelo menos até que se vislumbre no horizonte europeu um consenso comum sobre o tema. De qualquer modo, retiramos deste *leading case* que, embora a recusa em reconhecer o estatuto matrimonial aos casais do mesmo sexo não seja contrária à Convenção, a sua aceitação no direito interno também não é incompatível com esta norma ⁸.

⁷ Foi a Comissão Europeia dos Direitos do Homem — órgão que realizava a filtragem das queixas antes da entrada em vigor do Protocolo n.º 11 que procedeu a uma reestruturação do mecanismo de controlo convencional — que cedo dissociou estes dois direitos aquando de uma pronúncia sobre a interdição de reclusos contraírem matrimónio, salientando que o matrimónio é protegido mesmo em circunstâncias em que não existe intenção ou possibilidade de procriar. Cfr. Relatório de 13 de dezembro de 1979, sobre a queixa n.º 7114/75 de Hamer c. Reino Unido.

⁸ Neste sentido, *Acórdão Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, § § 61-62. Esta posição foi mantida nos *Acórdãos Hämäläinen c. Finlândia*, de 14 de julho de 2014; *Oliari e Outros c. Itália*, de 21 de outubro de 2015; *Chapin e Charpentier c. França*, de 9 de setembro de 2016.

No que concerne ao direito a constituir família à luz do art. 12.º, as instâncias estrasburguesas têm propugnado que o exercício deste direito pressupõe a existência de um matrimónio e, portanto, os sujeitos ativos serão apenas e exclusivamente o homem e a mulher casados⁹. Assim, os membros da união de facto poderão somente reclamar tal proteção ao amparo do art. 8.º¹⁰. De facto, enquanto, como veremos, e em virtude da interpretação dinâmica, o art. 8.º tutela a família *de jure* e a família *de facto*, desde que os critérios da efetividade dos laços interpessoais ou da aparência de uma família se verifiquem, a família ínsita no segundo segmento do art. 12.º surge como consequência do primeiro segmento deste preceito, ou seja, reduz-se ao direito à fundação da família, que se reserva às pessoas que estão ou desejam estar unidas pelo matrimónio.

Acresce que, de acordo com a jurisprudência dos órgãos convencionais, o direito a constituir família reconhecido pelo art. 12.º abrange o direito de procriar ou ter filhos¹¹, mas não inclui o direito a ter netos¹², nem garante o direito de adotar¹³. Assim, este preceito não contempla o direito a fundar uma família monoparental, porquanto, no entender destes órgãos, o art. 12.º implica a existência de um casal

⁹ Com efeito, segundo o entendimento da Comissão, o “direito de constituir família pressupõe a existência de um casal e não inclui a adoção por um casal não unido pelo matrimónio”. Cfr. Decisão da Comissão de 10 de julho de 1975, sobre a queixa n.º 6482/74 de X. c. Bélgica e Países Baixos, e Acórdão Rees c. Reino Unido, de 17 de outubro de 1986, § 49. Ver também COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights*, 2022, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_12_ENG.pdf, § 4, p. 5.

¹⁰ Cfr. C. OVEY e R. WHITE, *Jacobs and White, the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 226.

¹¹ Cfr. Decisão da Comissão, de 15 de dezembro de 1977, sobre a queixa n.º 7229/75.

¹² Com efeito, na Decisão de 6 de março de 2003, sobre a queixa n.º 67914/01 de Sijakova e Outros c. ex República Jugoslava da Macedónia, o Tribunal asseverou que “o direito a ter netos ou o direito de procriar não estão protegidos pelo Artigo 12.º ou por qualquer outro Artigo da Convenção”, pelo que os avós não gozam da proteção deste dispositivo se os filhos fazem um voto sagrado de celibato.

¹³ Cfr. Decisões da Comissão, de 15 de dezembro de 1977, sobre a queixa n.º 7229/75, DR 12, p. 32; de 10 de julho de 1997, sobre a queixa n.º 31924/96 de Di Lazzaro, DR 90-A, p. 134.

e não deve ser interpretado no sentido de incluir o direito de uma pessoa isolada adotar uma criança ¹⁴.

O art. 14.º contém uma *cláusula de não discriminação* que, aplicada em conjunto com outras normas substantivas, mormente com o art. 8.º, impede a diferença de tratamento injustificada no seio familiar. Assinale-se que este preceito tem uma natureza complementar e, por conseguinte, apenas produz efeitos quando conjugado com outros direitos e liberdades salvaguardados pela Convenção ou pelos seus Protocolos Adicionais, no sentido de reforçar a sua proteção ¹⁵. Contudo, de acordo com o que propugna o Tribunal de Estrasburgo, o papel subsidiário desempenhado pelo art. 14.º não implica que a declaração da sua contravenção esteja dependente da constatação de violação do direito ou da liberdade a que se associou ¹⁶. Como decorre, a família protegida pelo art. 14.º será a família tutelada pela norma substantiva a que se associa.

Ainda a respeito deste dispositivo e em seguimento do exposto, cumpre assinalar que a cláusula de não discriminação nele contida, ora em combinação com o art. 8.º, ora articulada com o art. 1.º do Protocolo n.º 1, surge como um verdadeiro catalisador da proteção dos direitos das novas formas de família.

¹⁴ Cfr. Decisões da Comissão, de 10 de julho de 1975, sobre a queixa n.º 6482/74 de X. c. Bélgica e Países Baixos, DR 7, p. 76; de 10 de julho de 1997, sobre a queixa n.º 31924/96, de Di Lazarro c. Itália, DR 90-A, p. 134; e Acórdão Fretté c. França, de 26 de fevereiro de 2002, § 32.

¹⁵ Alguns autores falam até da qualidade “parasita” do art. 14.º. Cfr. M. W. JANIS, R. S. KAY, A. W. BRADLEY, *European Human Rights Law: texts and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 457 e ss.; D. J. HARRIS/M. O’BOYLE/C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, USA, Oxford University Press, 2009, p. 613.

¹⁶ Cfr. Acórdão relativo ao ensino da língua na Bélgica c. Bélgica, de 23 de julho de 1968, § 9; Acórdãos Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio de 1985, § 71; Inze c. Áustria, de 28 de outubro de 1987, § 36; Camp e Bourimi c. Países Baixos, de 3 de outubro de 2000, § 34; Mizzi c. Malta, de 12 de janeiro de 2006, § 126. Ver também COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 14 of the Convention (prohibition of discrimination) and on Article 1 of Protocol No. 12 (general prohibition of discrimination)*, 2022, disponível em https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf, pp. 7 e ss.

Foi efetivamente através da conjugação dos arts. 14.º e 8.º da Convenção que as instâncias de Estrasburgo foram eliminando dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros as diferenças de tratamento entre os *filhos nascidos na constância e fora do casamento* ¹⁷. Foi igualmente mediante a aplicação destes dois dispositivos que os órgãos convencionais têm condenado toda a diferença injustificada de tratamento entre *pais naturais e pais divorciados*, no que respeita à concessão de direitos de visita na sequência de separação ¹⁸, e em consonância com o princípio da manutenção das relações paterno-materno-familiares ¹⁹, ou no que tange à exigência do seu consentimento ou conhecimento em processos de adoção, ou mesmo a diferença de tratamento em razão do sexo e estatuto familiar do progenitor ²⁰. Também as *diferenças de tratamento em razão do sexo* têm sido recriminadas pelo Tribunal de Estrasburgo à luz conjunta destas normas, designadamente no que concerne à possibilidade de manutenção do sobrenome de nascença e não adoção do sobrenome

¹⁷ Cfr., *inter alia*, Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § § 44-48; Vermeire c. Bélgica, de 29 de novembro de 1991, § 28; Camp e Bourimi c. Países Baixos, de 3 de outubro de 2000, § 39; Wolter e Sarfert c. Alemanha, de 23 de junho de 2017, § 57.

¹⁸ Cfr. Acórdãos Hoffmann c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 11 de janeiro de 2002; Sahin c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 8 de julho de 2003; Sommerfeld c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 8 de julho de 2003. Ver também Acórdão Paparrigopoulos c. Grécia, de 30 de setembro de 2022, sobre a diferença de tratamento desproporcional entre pais e mães de crianças nascidas fora do matrimónio consubstanciada na impossibilidade de o pai de uma criança nascida fora do casamento exercer as responsabilidades parentais sem o consentimento da mãe, apesar da filiação estabelecida por um teste de ADN.

¹⁹ Cfr., *inter alia*, Acórdãos Elsholz c. Alemanha, de 13 de julho de 2000, § 43; Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996, § 52.

²⁰ Por exemplo, recentemente, no Acórdão Yocheva e Ganeva c. Bulgária, de 11 de agosto de 2021, o Tribunal considerou que a denegação de um subsídio mensal geralmente atribuído às famílias monoparentais (constituídas por viúvas ou por mãe solteiras com filhos reconhecidos antes da morte do pai biológico), em virtude de a requerente ser mãe solteira de filhos que não haviam sido reconhecidos pelo pai era violadora da Convenção, porquanto a diferença de tratamento se fundava numa compreensão muito tradicional, ultrapassada e estereotipada de família *de jure* biparental (§ 115).

do marido após o matrimónio ²¹. Refira-se igualmente que as instâncias estrasburguesas se têm socorrido destes dois preceitos para erradicar dos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes *discriminações fundadas na orientação sexual*, em matérias como o exercício de responsabilidade parental ²², transmissão de arrendamento para habitação ²³ ou adoção ²⁴.

Não obstante, os órgãos de controlo convencional têm consentido um tratamento diferenciado das uniões de facto, rejeitando, por conseguinte, a aplicação conjunta dos arts. 14.º e 8.º, sob o argumento da proteção do casamento e da família tradicional. Deste modo, e como concluímos noutra sede, as instâncias estrasburguesas procedem a uma clara “hierarquização dos modelos de vida conjugal”, com a atribuição de um estatuto privilegiado ao casamento ²⁵.

Por outro lado, o art. 14.º lido em conjunto com o art. 1.º do Protocolo n.º 1, protetor da propriedade, reveste também especial importância na defesa dos direitos das famílias naturais e, em particular, dos filhos nascidos fora do matrimónio ²⁶.

Assinale-se ainda que o Protocolo n.º 12 veio posteriormente proclamar e garantir um princípio geral de não discriminação.

O art. 1.º do Protocolo n.º 1 concede tutela à propriedade e tem assumido um papel de relevo na defesa dos direitos das famílias *de facto*, *maxime* na proteção dos direitos sucessórios dos filhos nascidos fora do casamento. Com efeito, através da aplicação desta disposição associada ao art. 14.º da Convenção, o Tribunal Europeu transferiu o princípio da igualdade entre filhos nascidos dentro e fora do casamento para o plano

²¹ Cfr. Acórdão Ünal Tekeli c. Turquia, de 16 de novembro de 2004.

²² Cfr. Acórdão Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de dezembro de 1999.

²³ Cfr. Acórdão Karner c. Áustria, de 24 de julho de 2003.

²⁴ Cfr. Acórdão E.B. c. França, de 22 de janeiro de 2008, distanciando-se do entendimento perfilhado no Acórdão Frétté c. França, de 26 de fevereiro de 2002.

²⁵ Cfr. M. LEVINET, “La liberté matrimoniale...”, *cit.*, p. 890. Ver também S. ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 211.

²⁶ Cfr. Acórdãos Inze c. Áustria, de 28 de outubro de 1987, § 40; Mazurek c. França, de 1 de fevereiro de 2000, § 52-55.

dos direitos patrimoniais ²⁷. Assim, por exemplo, a igualdade de trato exige que não se reduza a quota sucessória em função de a criança ser adúlterina e, portanto, “ilegítima”, como sucedeu no caso Mazurek ²⁸ ou no caso Merger e Cros ²⁹, ou que não se estabeleça um regime preferencial favorecedor dos filhos “legítimos”, como se verificou no caso Inze ³⁰. Por outra via, este dispositivo tem sido igualmente aplicado em conjunto com o art. 14.º da Convenção em casos de discriminação em razão do sexo contra mulheres ³¹ ou contra homens ³² no que toca a benefícios de segurança social ou no que tange à licença parental ³³.

O *art. 5.º do Protocolo n.º 7* veio consagrar o princípio da igualdade entre os cônjuges e respeita aos direitos e responsabilidades de carácter civil, patrimonial e pessoal, entre eles e nas relações com os filhos durante o matrimónio e no momento da sua dissolução ³⁴.

No que concerne à questão da educação e instrução dos filhos, o *art. 2.º do Protocolo n.º 1* faz impender sobre os Estados contratantes a obrigação de garantir a todos o acesso à educação “nos estabelecimentos escolares existentes num dado momento” ³⁵ e de respeitar as convicções religiosas e filosóficas dos pais, salvaguardando, deste modo, o “pluralismo educativo, essencial para a preservação da «sociedade democrática», tal como a concebe a Convenção” ³⁶.

O *art. 6.º* da Convenção consagra o direito a um processo equitativo e desempenha um papel fundamental na proteção das garantias

²⁷ Efetivamente, como afirmou esta instância, por exemplo, no caso Marckx, a “vida familiar não compreende apenas as relações de carácter social, moral ou cultural”, mas também engloba “os interesses materiais”. Cfr. Acórdão Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 52.

²⁸ Cfr. Acórdão Mazurek c. França, de 1 de fevereiro de 2000.

²⁹ Cfr. Acórdão Merger e Cros c. França, de 22 de dezembro de 2004.

³⁰ Cfr. Acórdão Inze c. Áustria, de 28 de outubro de 1987.

³¹ Cfr., *v. g.*, Acórdão Wessels-Bergervoet c. Países Baixos, de 4 de junho de 2002.

³² Cfr., *v. g.*, Acórdão Karlheinz Schmidt c. Alemanha, de 18 de julho de 1994.

³³ Cfr. Acórdão Konstantin Markin c. Rússia, 22 de março de 2012.

³⁴ Note-se que não é possível retirar da alusão à dissolução do casamento a obrigação de os Estados contratantes introduzirem nos seus sistemas jurídicos internos a previsão de quaisquer formas de dissolução. Cfr. Acórdão Johnston e Outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, § 53.

³⁵ Cfr. Acórdão Kjeldsen e Outros c. Dinamarca, de 7 de dezembro de 1976, § 52.

³⁶ Cfr. Acórdão Kjeldsen e Outros c. Dinamarca, de 7 de dezembro de 1976, § 50.

processuais dos pais em assuntos concernentes ao exercício das responsabilidades parentais, execução de direitos de visitas, subtração e restituição de menores, realizando o escrutínio sobre o defetivo funcionamento dos serviços de administração de justiça e as suas, por vezes, irremediáveis e nefastas consequências na vida familiar ³⁷.

3. O ART. 8.º E O DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

3.1. Estrutura, interpretação e metodologia de aplicação

O art. 8.º consagra, como vimos, o *direito ao respeito pela vida privada e familiar* e apresenta como objetivo essencial impedir a ingerência arbitrária das autoridades públicas na esfera pessoal e familiar do indivíduo ³⁸. Este preceito apresenta uma estrutura dualista, na medida em que o seu primeiro segmento consagra o direito merecedor de tutela — o direito ao respeito pela vida privada e familiar — e o segundo segmento prevê as razões justificativas da ingerência das autoridades nacionais, sob as quais estas autoridades poderão, portanto, legitimamente limitar o direito protegido.

O juízo sobre a convencionalidade dos factos apreciados à luz do art. 8.º passa por três fases.

Num primeiro momento, o Tribunal Europeu averigua se a factuabilidade relacional descrita pelo requerente constitui “*vida familiar*” real

³⁷ Para uma análise detalhada dos preceitos tuteladores da família no seio familiar, ver, entre muitos outros, S. ALMEIDA, *O respeito pela vida... cit.*; S. ALMEIDA, “O retrato da(s) «família(s)» merecedora(s) de tutela à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in: *Família em Perspectiva — Uma Abordagem Multi-disciplinar*, Curitiba, Juruá Editora, 2012, pp. 264 e ss.; S. ALMEIDA, *Família a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Porto, Juruá Editorial, 2015, pp. 71 e ss. Ver igualmente os guias de interpretação jurisprudencial destes preceitos gizados pelo Conselho da Europa e disponíveis em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#>.

³⁸ Cfr., *inter alia*, Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 31; Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio, § 67; Kroon e outros c. Países Baixos, de 27 de outubro de 1994, § 31.

e efetiva, já que somente os laços reconhecidamente familiares caem no âmbito de aplicação deste preceito ³⁹. Ora, como o conceito de família ou de “vida familiar” não se encontra definido, cumpre ao órgão de controlo convencional indagar casuisticamente sobre o que constitui família ao abrigo deste tratado internacional. E é justamente neste exercício hermenêutico do TEDH que encontramos as manifestações mais criativas do designado dinamismo interpretativo, que tem permitido estender as fronteiras do conceito de família que originariamente esteve na mente dos redatores da Convenção às novas constelações familiares que vão reclamando a proteção convencional.

Num segundo momento, e uma vez enquadrada a relação na noção de “vida familiar”, o Tribunal procura determinar se ocorreu uma ingerência dos poderes públicos — violação de uma *obrigação negativa* — ou se aqueles não cumpriram a *obrigação positiva* de assegurar o respeito efetivo pela vida familiar.

Por último, concluindo o Tribunal pela ingerência ou pela omissão, irá apurar se esta atuação se encontra justificada ao abrigo do n.º 2 do art. 8.º, ou seja, se estava *prevista na lei*, se era *necessária numa sociedade democrática*, isto é, se era proporcional e, bem assim, se prosseguia um *fim legítimo*, mormente a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção de infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Para determinar se a ingerência é necessária numa sociedade democrática, o Tribunal terá em conta a margem de apreciação que deve reconhecer-se aos Estados contratantes e que permite refrear o ativismo judicial deste órgão ⁴⁰.

³⁹ Cfr. Acórdão Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 31.

⁴⁰ Cfr., *inter alia*, Acórdãos Olsson c. Suécia (n.º 1), de 24 de março de 1988, § 67; Kuimov c. Rússia, de 8 de janeiro de 2009, § 96.

Para mais desenvolvimentos sobre os particulares métodos interpretativos deste órgão convencional e sobre a dialética entre o ativismo e a autocontenção judicial deste órgão, ver, *inter alia*, J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Pamplona, Aranzadi Civitas, 2010; F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesi, Bruylant, 1998; H. C. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.

3.2. A delimitação casuística do conceito de família à luz do art. 8.º

O TEDH adotou, desde as suas primeiras decisões, um conceito material ou fáctico de família, estendendo casuisticamente a proteção deste preceito a outras formas de convivência afetiva e material, caracterizadas pela constância e efetividade dos laços interpessoais gerados ou pela aparência de uma família ⁴¹, sem ter em conta o grau de formalização ⁴² ou mesmo o sexo dos seus elementos ⁴³.

As relações formais, *de jure* ou matrimoniais continuam a ser as relações típicas a merecer o amparo incontestado do art. 8.º. Constituem, pois, “vida familiar” as relações nascidas de um *casamento* legal e não fictício ⁴⁴, pelo que se afastam desta noção os casamentos de conveniência ⁴⁵.

Por outro lado, como salienta o Tribunal, uma *criança nascida de uma união matrimonial* é de *ipso jure* parte dessa relação, desde o momento do nascimento e em virtude desse mesmo facto, pelo que existe entre a criança e os seus pais um vínculo constitutivo de “vida familiar” que apenas em circunstâncias excepcionais pode ser quebrado ⁴⁶ e mesmo que se prove, anos mais tarde, inexistir laço biológico entre eles ⁴⁷.

Mas este Tribunal também tem enfatizado, desde cedo, que a noção de “vida familiar” contida no art. 8.º “não se restringe unicamente a relações fundadas no matrimónio e pode incluir outras relações *de facto*

⁴¹ Cfr. F. SUDRE, SUDRE, F., “Rapport Introductif — La ‘construction’ par le juge européen du droit au respect de la vie familiale”, in: *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, F. Sudre (dir.), Bruxelles, Nemesi, Bruylant, 2002, pp. 20 e ss. Ver também M. A. PRESNO LINERA, *El derecho europeo de familia*, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 18 e 19, disponível em http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf; M. A. PRESNO LINERA, “Derechos Fundamentales, Derecho Europeo y Derecho de Familia: nuevas familias, nuevos derechos”, in: *Direitos Fundamentais e Justiça*, n.º 6, Jan./Mar. 2009, pp. 40 e 41.

⁴² Cfr. Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994, § 44.

⁴³ Cfr. Acórdão Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010, § 94.

⁴⁴ Cfr. Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio de 1985, § 62.

⁴⁵ Cfr. Decisão da Comissão, de 6 de janeiro de 1992, sobre a queixa n.º 18643/91 de Josefa Benes c. Áustria.

⁴⁶ Cfr. Acórdão Berrehab c. Países Baixos, de 21 de junho de 1988, § 21.

⁴⁷ Cfr. Acórdão Nazarenko c. Rússia, de 16 de julho de 2015, § 58.

em que os seus membros vivem juntos fora do matrimónio”⁴⁸, tendo esta instância, com o fito de averiguar a efetividade e constância dos laços interpessoais, recorrido a determinados fatores, como a existência ou ausência de *coabitação*⁴⁹, a *duração da relação*⁵⁰, o *nascimento de filhos*⁵¹, a *dependência, maxime económica*, por exemplo, no caso de familiares maiores⁵², ou *outras formas de contacto*, como a simples tentativa de realizar visitas⁵³.

No que tange à *relação entre uma mãe não casada e o seu filho*, esta constitui indubitavelmente “vida familiar”⁵⁴. Já a *relação entre a criança e o pai biológico não casado* não goza dessa presunção de que constitui “vida familiar”. Como regra, exige-se coabitação. Excecionalmente, a existência de “vida familiar” deve ser comprovada casuisticamente pelo nível de compromisso do pai para com a criança, atendendo, por exemplo, ao contacto existente, às diligências no sentido do contacto ou ao reconhecimento formal da paternidade, bem como a outros fatores⁵⁵.

O Tribunal Europeu tem igualmente sustentado que a noção de “vida familiar” tutelada pelo art. 8.º da Convenção contempla as relações que enlaçam *parentes próximos*⁵⁶, *maxime* entre avós e netos⁵⁷,

⁴⁸ Cfr., *inter alia*, Acórdãos Johnston e Outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, § 55; Sahin c. Alemanha, de 8 de julho de 2003, § 34; Emonet e Outros c. Suíça, de 13 de dezembro de 2007, § 34.

⁴⁹ Cfr., *v. g.*, Acórdão Johnston e Outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, § § 56 e 72.

⁵⁰ Cfr., *v. g.*, Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, § 36.

⁵¹ Cfr., *v. g.*, Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994, § 45.

⁵² Cfr., *v. g.*, Acórdãos Emonet e Outros c. Suíça, de 13 de dezembro de 2007, § 37; Belli e Arquier-Martinez c. Suíça, de 11 de dezembro de 2018, § 65.

⁵³ Cfr., *v. g.*, Acórdão Gül c. Suíça, de 19 de fevereiro de 1996, § 33.

⁵⁴ Cfr. Acórdão Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 31.

⁵⁵ Cfr., *v. g.*, Acórdãos Boughanemi c. França, de 24 de abril de 1996, § 35; Ciliz c. Países Baixos, de 11 de julho de 2000, § 60; Katsikeros c. Grécia, de 21 de julho de 2022, § 43. Ver também COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2022, disponível em https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf, pp. 77 e 78.

⁵⁶ Cfr. Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 45; Scozzary e Giunta c. Itália, de 13 de julho de 2000, § 221; Slivenko c. Lituânia, de 9 de outubro de 2003, p. 43.

⁵⁷ Cfr. Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 45; Vermeire c. Bélgica, de 29 de novembro de 1991; Bronda c. Itália, de 9 de junho de 1998, § 51.

entre irmãos e irmãs ⁵⁸, entre sobrinhos e tios ⁵⁹, desde que os laços que os liguem sejam reais e efetivos.

A adoção também cria, no entender desta instância, laços formais de “vida familiar” entre *adotantes* e *adotado* ⁶⁰.

A relação entre acolhidos e famílias de acolhimento já foi considerada como criadora de “vida familiar” ⁶¹.

A relação paterno-materno-filial resultante da utilização com êxito de técnicas de reprodução medicamente assistida ⁶², mesmo inexistindo laço biológico e desde que existam laços efetivos e afetivos, foi igualmente qualificada como criadora de “vida familiar” ⁶³.

No que respeita às relações *de facto* estáveis entre pessoas do mesmo sexo, a jurisprudência estrasбургuesa negou durante várias décadas o reconhecimento destas relações como constitutivas de “vida familiar”, dispensando-lhes proteção, em regra, no âmbito do conceito de “vida privada” contido no art. 8.º ⁶⁴. No *Acórdão Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010*, notando a evolução social da atitude perante a homossexualidade num grande número de Estados contratantes, que inclusivamente passaram a reconhecer juridicamente as uniões de casais do mesmo sexo

⁵⁸ Cfr. Acórdão Moustaquim c. Bélgica, de 18 de fevereiro de 1991, § 36.

⁵⁹ Cfr. Acórdão Boyle c. Reino Unido, de 28 de fevereiro de 1994, § § 41-46.

⁶⁰ Cfr., *v. g.*, Acórdãos Pini, Bertani e Outros c. Roménia, de 22 de junho de 2004, § 140, e Plà e Puncernau c. Andorra, de 13 de julho de 2004, § 26.

⁶¹ Cfr. Acórdãos Moretti e Benedetti c. Itália, de 27 de abril de 2010, § 48; Valdís Fjölfnisdóttir e Outros c. Islândia, 18 de agosto de 2021, § § 56-62. Em sentido contrário, ver Acórdão Jessica Marchi v. Itália, de 27 de agosto de 2021, § § 49-59.

⁶² Cfr. Acórdãos S.H. e outros c. Áustria, de 1 de abril de 2010, Mennesson c. França, de 26 de junho de 2014.

⁶³ Cfr. Acórdão Valdís Fjölfnisdóttir e Outros c. Islândia, 18 de agosto de 2021, § § 61 e 62. No entanto, ver Paradiso e Campanelli c. Itália, de 24 de janeiro de 2017, onde o Tribunal considerou inexistir “vida familiar” devido ao curto período de tempo da relação e à incerteza quanto aos laços jurídicos (§ § 142-158).

⁶⁴ Por exemplo, na Decisão de 15 de maio de 1996, sobre a queixa n.º 28318/95 de Rössli c. Alemanha, a Comissão asseverou que, “apesar da moderna evolução contemporânea das mentalidades a respeito da homossexualidade, uma relação estável entre dois homens não cai no âmbito do direito ao respeito da vida familiar protegido pelo art. 8.º da Convenção”, porquanto não origina vida familiar.

estáveis, e atendendo a determinadas normas da União Europeia, este órgão alterou a sua postura e admitiu, pela primeira vez, que uma relação *de facto* estável entre pessoas do mesmo sexo constituía “vida familiar”. Neste seguimento, esta instância ditou que “uma relação de facto estável de um casal do mesmo sexo coabitante enquadra-se no conceito de ‘vida familiar’, à semelhança do relacionamento entre um casal de sexo diferente na mesma situação”⁶⁵. Outrossim, a relação entre o casal do mesmo sexo e uma criança concebida através de métodos de procriação medicamente assistida constitui “vida familiar”⁶⁶. Este tribunal sustentou inclusivamente que a relação familiar entre o pai/mãe não biológico(a) ou socioafetivo(a) e a criança persiste, mesmo após a rutura conjugal⁶⁷.

Quanto a casos de tutela da vida familiar do recluso ou do estrangeiro (expulsão e reagrupamento), apenas a família nuclear parece merecer proteção à luz deste preceito⁶⁸.

Também as *famílias recombinadas* poderão, como sufraga este órgão, constituir vida familiar. Por exemplo, o Tribunal Europeu, no Acórdão *K. e T. c. Finlândia*, de 12 de julho de 2001, pronunciou-se a favor da existência de vida familiar entre a criança e o homem que, não sendo seu pai biológico, coabitava com a mãe do menor, pelo que tinha legitimidade para reclamar a proteção do art. 8.º quanto ao processo de colocação do menor sob a tutela do Estado⁶⁹.

O Tribunal de Estrasburgo tem igualmente lançado mão do *critério da aparência de uma família*, para averiguar a existência de

⁶⁵ Cfr. Acórdão *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, §§ 93 e 94.

⁶⁶ Cfr. Acórdão *X e Outros c. Áustria*, de 19 de fevereiro de 2013, § 95.

⁶⁷ Cfr. Acórdão *Honner c. França*, de 12 de fevereiro de 2021, § 51.

⁶⁸ Cfr. Acórdãos *Messina c. Itália* (n.º 2), de 28 de setembro de 2000, § 61, e *Maslov c. Áustria*, de 23 de junho de 2008, § 62, respetivamente. Aliás, no Acórdão *Nusret Kaya e Outros c. Turquia*, de 22 de abril de 2014, o Tribunal sublinhou a necessidade de as autoridades nacionais auxiliarem os reclusos a manter o contacto com os seus familiares próximos, em harmonia com as exigências contidas nas Regras Penitenciárias Europeias de 2006 (§ 55). Sobre o conceito de família e a tutela da “vida familiar” dos reclusos, ver S. ALMEIDA, *Família a la luz del Convenio...*, *cit.*, pp. 435 e ss. A respeito do conceito de família dos estrangeiros, ver P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 79 e ss.

⁶⁹ Cfr. Acórdão *K. e T. c. Finlândia*, de 12 de julho de 2001, § § 149-150.

vida familiar entre pessoas sem ligação de parentesco, casamento ou adoção ⁷⁰. E assim assoma a família social no horizonte jurisprudencial estrasburguês.

Este foi o critério que o Tribunal Europeu usou para reconhecer a existência de “vida familiar” no *Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997*. Neste aresto, este órgão sustentou que a relação existente entre X., transexual submetido a cirurgia de reconversão, Y., sua companheira, e Z., criança que Y. havia dado à luz após a realização de uma inseminação artificial com dador, não se distinguia da noção tradicional de “vida familiar”. X. vivia em sociedade, desde 1979, sob a aparência física de um homem, apresentava um nome masculino, assumia aos olhos da sociedade o papel de um homem, coabitava com Y. como companheiro do sexo masculino, acompanhara todo o processo de concepção de Z. e, desde o seu nascimento, havia atuado como se fosse seu “pai”, pelo que Tribunal concluiu que existia entre eles a aparência de uma família ⁷¹.

Também no *Acórdão Söderbäck c. Suécia, de 28 de outubro de 1998*, o Tribunal deu relevância aos “laços familiares” socioafetivos e efetivos existentes entre a criança e o seu pai adotante em prejuízo dos laços de filiação biológicos existentes entre a criança e o seu pai natural. Uma vez que o pai adotante vivia há cerca de seis anos com a mãe natural, era com ela casado, cuidou da criança desde os seus oito meses de idade, desde sempre atuou como seu pai e sempre fora reconhecido como tal, a adoção da criança contra a vontade do pai natural apenas tinha formalizado a “vida familiar” efetivamente existente entre a criança e o pai adotante ou socioafetivo ⁷².

Assina-se ainda que, muito embora o art. 8.º tutele sobretudo relações estabelecidas entre seres humanos vivos, poderá estender-se a sua aplicação a certas situações após a morte ⁷³.

Nesta aproximação casuística, a ausência de laço biológico não impede a existência de vida familiar, desde que se verifiquem os critérios da efetividade dos laços interpessoais ou da aparência de uma

⁷⁰ Tal como assinala F. SUDRE, “Rapport Introductif...”, *cit.*, pp. 21 e ss.

⁷¹ Cfr. *Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997*, § § 35-37.

⁷² Cfr. *Acórdão Söderbäck c. Suécia, de 28 de outubro de 1998*, § 33.

⁷³ Cfr. *Acórdão Polat c. Áustria, de 20 de julho de 2021*, §§ 48 e 49.

família, e, ao invés, a existência de laço biológico pode não ser suficiente para identificar vida familiar.

O art. 8.º da Convenção não tutela, porém, o simples desejo de formar uma família, seja através do matrimónio, como adiantou o Tribunal no *Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio de 1985*⁷⁴, ou mediante a oportunidade de adotar uma criança, como salientou este órgão no *Acórdão Frétté c. França, de 26 de fevereiro de 2002*⁷⁵.

No seguimento do que vimos, o simples vínculo biológico sem efetividade ou afetividade não é suficiente para atrair a proteção do art. 8.º e, portanto, a relação estabelecida entre o pai ou a mãe biológicos que doam esperma ou óvulo para inseminação artificial e a criança concebida pela doação não constituem “vida familiar”⁷⁶.

A relação entre esposados também não cria, a juízo desta instância, “vida familiar”⁷⁷.

Refira-se, por último, que as instâncias de Estrasburgo, mantendo-se fiéis ao princípio da monogamia firmemente arraigado nos sistemas jurídico-familiares ocidentais, não concedem igualmente proteção à família polígama ao amparo deste preceito, porquanto não constituem “vida familiar”⁷⁸.

Como vimos, as relações entre pais e filhos adultos e, em geral, relações entre familiares adultos, exceto no caso de se demonstrar, além dos laços emocionais normais, a existência de elementos suplementares de dependência também não constituem “vida familiar”⁷⁹.

⁷⁴ Cfr. *Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio de 1985*, § 63.

⁷⁵ Cfr. *Acórdão Frétté c. França, de 26 de fevereiro de 2002, R02-I, § 32*. O TEDH arrazouou, a propósito da adoção por casais do mesmo sexo, por um lado, que o direito de adotar não figurava entre os direitos consagrados na Convenção e, por outro lado, que a aplicação do art. 8.º pressupunha a existência de uma família e, portanto, não protegia o simples desejo de formar uma família.

⁷⁶ Cfr. *Decisão do TEDH, de 8 de fevereiro de 1993, sobre a queixa n.º 16944/90 de J.R.M. c. Países Baixos, DR 74*.

⁷⁷ Cfr. *Decisão da Comissão, de 1 de novembro de 1990, sobre a queixa n.º 15817/89, de Wakefield c. Reino Unido*.

⁷⁸ Cfr. *Decisão da Comissão, de 6 de janeiro de 1992, sobre a queixa n.º 14501/89 de E.A. e A.A. c. Países Baixos*.

⁷⁹ Cfr. *Decisão do TEDH, de 30 de maio de 2006, de inadmissibilidade da queixa n.º 33736/03, de Demir c. França*.

4. SUMARÍSSIMA INCURSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE AS NOVAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES

4.1. Famílias de facto

O Tribunal de Estrasburgo tem proclamado reiteradamente que o art. 8.º não distingue a família *de jure* da família *de facto*, pelo que deste preceito ou do art. 1.º do Protocolo n.º 1, em combinação com o art. 14.º, retira-se igual proteção para os filhos nascidos dentro e fora do matrimónio ⁸⁰, assim como para os filhos adulterinos ⁸¹, para os filhos adotados ⁸² e, bem assim, para os pais *de jure* e pais *de facto* ou naturais ⁸³.

No que concerne aos direitos dos pais *de facto* ou não casados, em nome do interesse superior da criança, parece consagrar-se progressivamente em Estrasburgo o princípio da corresponsabilidade parental ⁸⁴ e, por outro lado, a salvaguarda das suas garantias procedimentais desempenha um papel fundamental no exercício de controlo de convencionalidade da decisão doméstica sobre o regime de visitas ⁸⁵ ou adoção do seu filho ⁸⁶.

No entanto, o Tribunal Europeu suspende a fidelidade ao princípio da igualdade ao avaliar os diferentes tratamentos entre casais de facto

Para mais detalhes sobre esta construção evolutiva do conceito de família pelo TEDH, ver, entre muitos outros, F. SUDRE, “Rapport Introductif...”, *cit.*; S. ALMEIDA, *O respeito pela vida...*, *cit.*, pp. 68 e ss.; S. ALMEIDA, “O retrato da(s) «família(s)»...”, *cit.*, pp. 274 e ss.; S. ALMEIDA, *Família a la luz del Convenio...*, *cit.*, pp. 76 e ss. I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 230 e ss.; S. SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 85 e ss.

⁸⁰ Cfr. Acórdão Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979.

⁸¹ Cfr. Acórdão Mazurek c. França, de 1 de fevereiro de 2000.

⁸² Cfr. Acórdão Plà e Puncernau c. Andorra, de 13 de julho de 2004.

⁸³ Cfr. Acórdão Sommerfeld c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 8 de julho de 2003.

⁸⁴ Cfr. Acórdão Zaunegger c. Alemanha, de 3 de dezembro de 2009.

⁸⁵ Cfr. Acórdãos Hoffmann, Sahin e Sommerfeld c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001.

⁸⁶ Cfr. Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994.

e casais *de jure*, utilizando o argumento da legitimidade do objetivo traduzido na proteção do casamento e da família tradicional⁸⁷. Desta forma, esta instância efetua uma hierarquização explícita dos modelos de vida conjugal, com a atribuição de um estatuto privilegiado ao casamento, como oportunamente referimos.

4.2. Famílias monoparentais

Quanto ao direito de formar uma família monoparental, o Tribunal Europeu tem sustentado reiteradamente que o direito de fundar uma família monoparental não está protegido, enquanto tal, pela Convenção, seja sob o amparo do art. 8.º ou sob a égide do art. 12.º⁸⁸.

Não obstante, uma vez fundada a família monoparental, esta estrutura configura-se indubitavelmente como uma família merecedora da proteção do art. 8.º, como sublinhou o Tribunal no caso *Marckx*.

Por outro lado, o Tribunal Europeu parece claramente recetivo a abandonar o princípio de que o interesse superior da criança exige famílias biparentais tradicionais e a abrir as portas deste tratado internacional a este direito. Com efeito, nos Acórdãos *Wagner e J.M.W.L. c. Luxemburgo*, de 28 de junho de 2007, e *Schwizgebel c. Suíça*, de 10 de junho de 2010, o Tribunal destacou que este tipo de adoção está previsto na maioria das legislações internas dos Estados Membros e, por outro lado, adverte que a Convenção Europeia sobre a Adoção de Crianças obriga, no art. 7.º, n.º 1, al. *b*), os Estados signatários a preverem a adoção singular⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. Decisões de 26 de janeiro de 1999, sobre a Queixa n.º 37784/97 de Saucedo Gómez c. Espanha; e de 4 de março de 1998, sobre a Queixa n.º 34615/97 de Quintana Zapata c. Espanha, DR 92-A. Ver igualmente Acórdão Korosidou c. Grécia, de 10 de fevereiro de 2011.

⁸⁸ Cfr. Decisão da Comissão de 15 de dezembro de 1977, sobre a queixa n.º 7229/75 de X. e Y. c. Reino Unido, em particular, no que tange ao art. 12.º; Acórdãos Fretté c. França, de 26 de fevereiro de 2002, R02-I; E.B. c. França, de 22 de janeiro de 2008; Wagner e J.M.W.L. c. Luxemburgo, de 28 de junho de 2007; Schwizgebel c. Suíça, de 10 de junho de 2010.

⁸⁹ Ver também o Acórdão Gözümlü c. Turquia, de 20 de abril de 2015, onde o Tribunal considerou que a lacuna da lei doméstica existente quanto à adoção singular

Deduzimos igualmente este entendimento do *Acórdão Yocheva e Ganeva c. Bulgária, de 11 de agosto de 2021*, onde o Tribunal considerou que a denegação de um subsídio mensal geralmente atribuído às famílias monoparentais (constituídas por viúvas ou por mãe solteiras com filhos reconhecidos antes da morte do pai biológico) à requerente, que era mãe solteira de filhos que não haviam sido reconhecidos pelo pai, era violadora da Convenção, porquanto a diferença de tratamento se fundava numa compreensão muito tradicional, ultrapassada e estereotipada de família *de jure* biparental (§ 115).

4.3. Famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas

O Tribunal Europeu também se tem pronunciado sobre os problemas sensíveis e complexos levantados pelos contornos particulares das famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas⁹⁰. Nesta tarefa, a instância convencional coloca, de um lado da balança, a realidade socioafetiva e, do outro, a realidade biológica, sendo o melhor interesse da criança a chave do equilíbrio.

Neste contexto, identificamos duas linhas de jurisprudência: por um lado, inspirado pelo critério da eficácia dos laços interpessoais e da aparência da família, o Tribunal pode qualificar a relação entre a criança, a criança de apenas um dos parceiros, e o outro parceiro como “vida familiar”, ainda que não estejam ligados por qualquer vínculo biológico⁹¹; por outro lado, em nome do interesse superior da criança, esta instância pode determinar a prevalência da “paternidade socioafetiva” em detrimento da “paternidade biológica” com base no contacto paterno-filial⁹².

(impossibilidade de substituir o nome do pai natural pelo nome do adotante) constituía uma violação do art. 8.º (§ 53).

⁹⁰ As famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas são famílias constituídas por um casal *de jure* ou *de facto* com um filho ou filhos, em que pelo menos um deles é filho, natural ou adotivo, de apenas um dos membros do casal.

⁹¹ Cfr. Acórdão K. e T. c. Finlândia, de 12 de julho de 2001, §§ 149 e 150.

⁹² Cfr. Decisão de 3 de dezembro de 2005, sobre a queixa n.º 64848/01 de Kuijper c. Países Baixos; Acórdãos Söderbäck c. Suécia, de 28 de outubro de 1998; Eski c. Áustria, de 25 de janeiro de 2007; Chepelev c. Rússia, de 26 de julho de 2007. Nestes arestos, o Tribunal ditou que a adoção da criança pelo companheiro do

Já no que tange ao tema do regime de visitas, o interesse superior da criança em remover a criança da tensão entre os pais biológicos separados e permitir que a criança cresça numa família reconstituída pode levar à exclusão legítima do pai não guardião do direito de visita ⁹³. De outra perspetiva, mas seguindo o mesmo princípio basililar, o superior interesse da criança poderá igualmente ditar que a recusa de direito de visita ao pai socioafetivo esteja em conformidade com a Convenção ⁹⁴.

4.4. Famílias integradas por transexual

Apesar da inicial relutância em fazer impender sobre os Estados Membros a obrigação positiva de reconhecer juridicamente a adequação sexual empreendida pelos transexuais, o Tribunal Europeu curvou-se unanimemente perante os apelos dos transexuais e erigiu, nos *Acórdãos Christine Goodwin c. Reino Unido e I c. Reino Unido, de 11 de julho de 2002*, uma obrigação positiva de reconhecer legalmente a nova identidade sexual dos transexuais submetidos a cirurgia de mudança de sexo, bem como de abandonar a referência ao critério do sexo biológico para definir o casamento.

No entanto, lançando mão do argumento da falta de consenso europeu e, portanto, da margem de apreciação, o Tribunal ditou que não existe a obrigação positiva de prever um procedimento eficaz e acessível que permita o reconhecimento jurídico da nova identidade sexual e manter, em simultâneo, o casamento anteriormente celebrado com uma pessoa de sexo cromossómico diferente e agora do mesmo sexo morfológico e legal, uma solução que não apoiamos, mas que compreendemos, pois de outra forma este organismo estaria a acolher o

progenitor guardião que desatende a falta de consentimento do pai ou mãe biológicos apenas consolida ou formaliza os laços familiares de facto que ligam a criança ao “pai/mãe socioafetivos”.

⁹³ Cfr. Decisão de 14 de março de 1985, sobre a Queixa n.º 10148/82 de Garcia c. Suíça, *DR* 42, p. 125.

⁹⁴ Cfr. Acórdão Honner c. França, de 12 de fevereiro de 2021, § 51, ainda que neste caso os factos se reportem a uma família socioafetiva constituída pela criança e um casal do mesmo sexo e não de uma família recombinada.

casamento entre casais do mesmo sexo no quadro convencional, por meios indiretos ⁹⁵.

No que tange aos direitos parentais do pai/mãe transexual submetido a cirurgia de reconversão sexual — reconhecido como um “pai/mãe” socioafetivo” — relativamente ao filho biológico do seu companheiro, o TEDH considerou, no *Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997*, que não existia denominador comum entre os Estados contratantes quanto ao reconhecimento de direitos parentais aos transexuais, mormente estabelecimento da parentalidade, pelo que defendeu que estes gozavam de uma ampla margem de apreciação neste domínio. Já no *Acórdão A.M. e Outros c. Rússia, 2021*, o Tribunal arrazoou que a restrição dos direitos parentais, designadamente a privação de contacto, neste contexto fáctico, pode não prosseguir o superior interesse da criança e, nessa medida, revelar-se desconforme com a Convenção.

4.5. Famílias constituídas por casais do mesmo sexo

A análise do *corpus* jurisprudencial relativo à comunidade LGBTI+ revela uma louvável postura “compassiva” desta causa, uma vez que está claramente empenhada na eliminação das normas penais que criminalizam os atos homossexuais livres entre adultos ⁹⁶ e na *erradicação do tratamento discriminatório com base na orientação sexual*, por exemplo, em matéria de idade de consentimento para atos sexuais ⁹⁷, responsabilidades parentais e guarda ⁹⁸, adoção ⁹⁹, arrendamento em caso de morte ¹⁰⁰ ou extensão da cobertura do seguro de saúde a casais do mesmo sexo ¹⁰¹.

Por outro lado, acompanhando a evolução sociojurídica verificada na Europa, o Tribunal tem proclamado perentoriamente que os casais

⁹⁵ Cfr. Acórdão *Hämäläinen c. Finlândia*, de 16 de julho de 2014, §§ 69-89.

⁹⁶ Cfr. Acórdão *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de outubro de 1981.

⁹⁷ Cfr. Acórdão *L. e V. c. Áustria*, de 9 de janeiro de 2003.

⁹⁸ Cfr. Acórdão *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de dezembro de 1999.

⁹⁹ Cfr. Acórdão *E.B. c. França*, de 22 de janeiro de 2008.

¹⁰⁰ Cfr. Acórdão *Karner c. Áustria*, de 24 de julho de 2003.

¹⁰¹ Cfr. Acórdão *P.B. e J.S. c. Áustria*, de 22 de julho de 2010.

do mesmo sexo que vivem numa união estável se encontram abrangidos pelo conceito de “*vida familiar*”¹⁰² e esta posição é particularmente expressiva no contexto de proteção de direitos de migrantes¹⁰³.

No entanto, escudando-se no argumento da falta de consenso europeu, o Tribunal de Estrasburgo continua a vedar aos casais do mesmo sexo o *direito a contrair casamento*¹⁰⁴, bem como o direito ao reconhecimento de casamentos celebrados no estrangeiro¹⁰⁵. Sem embargo, a juízo desta instância, impende sobre os Estados Membros a obrigação positiva de assegurar aos casais de facto do mesmo sexo ou casados noutro Estado a criação de um quadro legal que reconheça e proteja as *uniões entre casais do mesmo sexo*¹⁰⁶.

4.6. Famílias transfronteiriças

Uma composição familiar cada vez mais comum nesta nossa aldeia global é aquela que atravessa fronteiras pelas mais diversas razões.

Neste âmbito, poderemos mencionar muito sumariamente as linhas gerais da jurisprudência estrasбургuesa referente à *proteção dos migrantes*. No que respeita ao reagrupamento familiar do estrangeiro, contrabalançando o interesse geral do Estado em controlar os fluxos migratórios e o interesse das pessoas envolvidas na decisão sobre o reagrupamento familiar, o Tribunal parece cada vez mais recetivo a fazer pender a balança a favor deste último, o que se deve, a nosso ver, à especial deferência deste órgão ao princípio do interesse superior e do bem-estar da criança a reunir, bem como da criança nascida no país de acolhimento sem qualquer ligação com

¹⁰² Cfr. Acórdão Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010, § § 93 e 94.

¹⁰³ Cfr., *v. g.*, Acórdãos Pajić c. Croácia, de 23 de maio de 2016, § 73; Taddeucci e McCall c. Itália, de 30 de junho de 2016, § 97.

¹⁰⁴ Cfr. Acórdão Hämäläinen c. Finlândia, de 14 de julho de 2014, § § 74 e 75.

¹⁰⁵ Cfr. Acórdão Orlandi e Outros c. Itália, de 14 de março de 2018, § 205.

¹⁰⁶ Cfr. Acórdãos Oliari e Outros c. Itália, de 21 de outubro de 2015, § 185; Orlandi e Outros c. Itália, de 14 de março de 2018, § 210.

Para um estudo mais aprofundado, ver COUNCIL OF EUROPE, *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights “Rights of LGBTI persons”*, 2022, disponível em https://echr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_ENG.pdf.

o país de origem ¹⁰⁷. No que tange aos casos de expulsão, apesar da natureza variável desta jurisprudência, imensamente dependente dos detalhes particulares da *litis*, podemos dela deduzir que o direito ao respeito pela vida privada e familiar do estrangeiro é reforçado no caso de expulsão motivada por uma mera irregularidade administrativa ¹⁰⁸, mas tende a ser enfraquecido ou mesmo excluído se a expulsão resultar de conduta criminosa, e a vida familiar pode não ser suficiente para impedir a medida de expulsão com base na gravidade da infração ¹⁰⁹.

Nos casos que versam sobre *rapto internacional*, a instância de Estrasburgo tem reiterado que o Estado Membro deve assegurar ao progenitor o direito de se reunir com o seu filho, muito embora reconheça que esta obrigação não é absoluta, na medida em que, por vezes, esta reunião “não pode ter lugar imediatamente e podem ser necessárias medidas preparatórias” e, além disso, “a sua natureza e extensão dependem das circunstâncias de cada caso, em que a compreensão e cooperação de todas as pessoas envolvidas constituem sempre um fator importante” ¹¹⁰. Mais avança este órgão que as obrigações positivas decorrentes do art. 8.º, neste âmbito, devem interpretar-se à luz da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Convenção da Haia, de 25 de outubro de 1980, sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças, mormente art. 7.º, e do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho da União Europeia, relativo ao reconhecimento e execução das decisões judiciais em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II-A) ¹¹¹. Identificamos igualmente nestes arestos uma reiterada exortação para que cada Estado Membro

¹⁰⁷ Cfr. Acórdão Mugenzi c. França, de 10 de julho de 2014.

¹⁰⁸ Cfr. Acórdão Berrehab c. Países Baixos, de 21 de junho de 1988.

¹⁰⁹ Cfr. Acórdãos Boultif c. Suíça, de 2 de agosto de 2001; Üner c. Países Baixos, de 18 de outubro de 2006.

¹¹⁰ Cfr. Acórdãos Ignaccolo-Zenide c. Roménia, de 25 de janeiro de 2000, § 94; Iglesias Gil e A.U.I. c. Espanha, de 29 de abril de 2003, § 50; Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003, § 71; Chabrowski c. Ucrânia, de 17 de janeiro de 2013, § 105.

¹¹¹ Cfr. Acórdãos Ignaccolo-Zenide c. Roménia, de 25 de janeiro de 2000, § 95; Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003, § 72; Neulinger e Shuruk c. Suíça, de 6 de julho de 2010, § 132.

se dote do arsenal jurídico adequado e suficiente para garantir o respeito pelas obrigações positivas emergentes do art. 8.º, assim como o respeito por outros instrumentos internacionais que tenha escolhido ratificar ¹¹². Por outro lado, como sublinha este Tribunal, a “adequação de uma medida julga-se pela rapidez da sua adoção”, na medida em que o decurso do tempo pode ter consequências irremediáveis para as relações entre o menor e o progenitor com o qual não vive ¹¹³. Neste sentido, exige-se das autoridades judiciais e administrativas um dever de atuação com celeridade no sentido de obter a restituição da criança e toda a dilação de mais de seis semanas legitima um pedido de explicações (art. 11.º da Convenção da Haia) ¹¹⁴. Como decorre, as dilatações podem projetar a queixa para o domínio do art. 6.º ¹¹⁵.

Sobre a *adoção internacional*, devemos salientar o *Acórdão Pini, Bertani e Outros c. Roménia, de 22 de junho de 2004*, onde o TEDH enfatizou a necessidade de o art. 8.º ser interpretado à luz dos instrumentos internacionais pertinentes (§ 139), a saber: Convenção da Haia de 29 de maio de 1993 sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional; Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre Direitos da Criança; Convenção europeia de 1967 em matéria de adoção de crianças. Seguindo as linhas destes tratados, o tribunal asseverou neste aresto que, apesar de o direito a adotar não estar contemplado na Convenção, as relações entre adotado e adotante são, regra geral, da mesma natureza das relações familiares tuteladas pelo art. 8.º (§ 140). Além disso, a decisão de adoção conferiu aos adotantes os mesmos direitos e deveres reconhecidos aos pais e em simultâneo extinguiu os laços jurídicos existentes com pais biológicos, de harmonia com disposto no art. 10.º (§ 141) ¹¹⁶.

¹¹² Cfr. *Acórdão Maire c. Portugal*, de 26 de junho de 2003, § 76.

¹¹³ Cfr. *Acórdãos Ignaccolo-Zenide c. Roménia*, de 25 de janeiro de 2000, § 102; *Maire c. Portugal*, de 26 de junho de 2003, § 73; *Bianchi c. Suíça*, de 22 de junho de 2006, § 85; *Adžić c. Croácia*, de 12 de março de 2015, § 94.

¹¹⁴ Ver também art. 11.º, n.º 3, do Regulamento do Conselho (CE) n.º 2201/2003 e *Acórdão Karoussiotis c. Portugal*, de 1 de fevereiro de 2011, § 85.

¹¹⁵ Cfr. *Acórdão H.N. c. Polónia*, de 13 de setembro de 2005, § 90-95.

¹¹⁶ Sobre a adoção singular internacional, ver *Acórdão Wagner e J.M.W.L. c. Luxemburgo*, de 28 de junho de 2007, onde o TEDH sustentou que a aplicação estrita da norma nacional que reservava a adoção plena para o casal unido pelo

Por fim, impõe-se neste título enunciar, a largos traços, o entendimento sobre gestão de substituição transfronteiriça vertido pelo TEDH nos casos *Mennesson c. França e Labassee c. França*, de 26 de junho de 2014. Nestes arestos, o Tribunal ditou que a recusa das autoridades nacionais em reconhecer esta modalidade contratual estava prevista na lei e visava prosseguir um fim legítimo que era a proteção da criança e da gestante. Sobre a necessidade da medida, devido à inexistência de consenso europeu neste âmbito, entendeu o Tribunal que devia conceder-se uma ampla margem de apreciação às autoridades nacionais. Neste seguimento, ditou que inexistia desrespeito pela vida familiar dos requerentes. Porém, afirmou que as crianças têm o direito à identidade pessoal e ao estabelecimento da paternidade com o pai biológico, como corolários do direito ao respeito pela “vida privada”, e por isso, a solução vigente em França foi considerada violadora do artigo 8.º¹¹⁷.

5. CONCLUSÕES

O brevíssimo *excursus* jurisprudencial realizado deixou-nos em condições de realizar um sumário retrato da “família” ou das várias

matrimónio não seria suficiente para justificar, ao abrigo do art. 8.º, n.º 2, a recusa das autoridades nacionais de conceder o *exequatur* a uma sentença estrangeira que ditava a adoção singular (§ 135); e Acórdão *Schwizgebel c. Suíça*, de 10 de junho de 2010, onde o Tribunal acrescentou que a Convenção europeia de 1967 em matéria de adoção de crianças, no seu art. 7.º, n.º 1, al. *b*), obriga os Estados signatários a contemplar nos seus ordenamentos a adoção singular (§ 89). Mencione-se ainda o caso *Chbihi Loudoudi e outros c. Bélgica*, de 16 de dezembro de 2014, onde o TEDH concluiu que a recusa em conceder adoção se baseava numa lei que procurava garantir, em conformidade com o disposto na Convenção da Haia de 29 de maio de 1993 sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional, que as adoções internacionais fossem realizadas com consideração pelo superior interesse da criança e *in casu* as autoridades julgaram legitimamente que a manutenção da relação jurídica entre a criança e os pais biológicos em ambos os países (Marrocos e Bélgica) prosseguia o seu superior interesse.

¹¹⁷ Ver o Parecer Consultivo P. 16-2018-001, adotado a 10 de abril de 2019. Ver ainda Acórdãos *Foulin e Bouvet c. França*, de 21 de julho de 2016, e *Laborie c. França*, de 19 de janeiro de 2017; em sentido contrário, Acórdão *Paradiso e Campanelli c. Itália*, de 24 de janeiro de 2017.

formas de “família” merecedoras da tutela outorgada pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Vimos que o Tribunal Europeu tem realizado uma interpretação evolutiva ou dinâmica que procede a uma adaptação pretoriana do texto de 1950 às alterações dos valores e dos padrões socioculturais verificadas no palco societário europeu e, nessa medida, tem coberto com o manto protetor convencional retalhado por vários preceitos um conjunto de novas constelações familiares que vão reclamando tutela.

No que tange ao conceito de família e de “vida familiar”, esta instância foi dilatando casuisticamente o conceito, que é um conceito fático, com a aplicação dos critérios da efetividade das relações interpessoais ou da aparência de uma família. Assim, presume-se que as relações familiares *de jure* ou matrimoniais criam “vida familiar”, mas também as relações familiares *de facto*, naturais ou socioafetivas podem comprovadamente constituir “vida familiar”, por aplicação dos preditos critérios. Constatámos, pois, que o laço jurídico goza da presunção de constituir “vida familiar”, enquanto o simples laço biológico pode não ser suficiente para identificar “vida familiar”. Vimos igualmente, por outro lado, que a ausência de laço biológico não impede a existência de “vida familiar”, já que o simples laço socioafetivo pode criar “vida familiar”, na eventualidade de se verificarem os enunciados critérios da efetividade dos laços interpessoais ou da aparência de uma família.

Neste seguimento, socorrendo-se dos descritos critérios, o órgão de controlo da Convenção salvaguarda, para além da tradicional família *de jure* ou matrimonial, a família *de facto*, independentemente do sexo dos elementos da união, a família monoparental — ainda que não protejam a sua constituição —, a família biparental, a família recombinação, pluriparental ou socioafetiva, a família extensa ou alargada — exceto no caso do migrante e do recluso, em que se protege sobretudo a família nuclear —, a família adulterina, família integrada por transexual submetido a cirurgia de reconversão sexual, a família constituída por casais do mesmo sexo, a família transfronteiriça, entre outras.

Refira-se, não obstante, que o Tribunal de Estrasburgo continua a vedar aos casais do mesmo sexo o direito a contrair casamento, continuando a aventar — por enquanto e de modo vacilante — o argumento da falta de consenso europeu.

Acresce que a família protegida pelo Tratado de Roma é uma família igualitária, na medida em que a instância estrasburguesa tem procurado eliminar todo o trato discriminatório no seio familiar.

O compromisso com a implementação da igualdade suspende-se, porém, com a atribuição de um estatuto privilegiado à família unida pelo laço matrimonial, uma vez que esta instância aceita o trato diferenciado dos casais *de more uxorio* ou *de facto* relativamente aos casais *de jure*, sob o argumento da proteção do casamento e da família tradicional.

Assina-se igualmente que a família garantida pela Convenção Europeia é uma família pedocêntrica, porquanto inteiramente centrada na proteção do interesse superior da criança, elemento que agora ocupa um lugar central no seio familiar e que constitui o principal critério para aferir a convencionalidade da atuação do Estado Membro. Em nome do interesse superior da criança, parece consagrar-se progressivamente em Estrasburgo o princípio da corresponsabilidade parental. Por outro lado, esta instância parece claramente recetiva a abandonar o princípio de que o interesse superior da criança exige famílias biparentais.

Este “pedocentrismo” e igualdade correspondem, na verdade, às coordenadas básicas dos Direitos da Família dos diversos Estados deste “club de democracias”.

A modo de conclusão, refira-se que esta principal obra do Conselho da Europa tem colhido influências dos diversos ordenamentos internos europeus e, por outro lado, tem influenciado e impulsionado diversas reformas dos Direitos da Família Europeia. É justamente este diálogo que vai revelando o rosto europeu da “família” ou das “famílias” juridicamente tuteladas ou merecedoras de tutela.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, S., *Família a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Porto, Juruá Editorial, 2015.
- ALMEIDA, S., “O retrato da(s) «família(s)» merecedora(s) de tutela à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in: *Família em Perspectiva — Uma Abordagem Multidisciplinar*, Curitiba, Juruá Editora, 2012, pp. 259-282.
- ALMEIDA, S., *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

- BARRETO, I. Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2022, disponível em https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf.
- COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights*, 2022, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_12_ENG.pdf.
- COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 14 of the Convention (prohibition of discrimination) and on Article 1 of Protocol No. 12 (general prohibition of discrimination)*, 2022, disponível em https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf.
- COUNCIL OF EUROPE, *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights “Rights of LGBTI persons”*, 2022, disponível em https://echr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_ENG.pdf.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., “La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l’Homme”, in: *Internationalisation des droits de l’Homme et évolution du droit de la famille*, Dekeuwer-Défossez, (avant-propos)/M.-T. Meulders-Klein, (rapport de synthèse), Paris, L.G.D.J, 1996, pp. 45-74.
- GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Pamplona, Aranzadi Civitas, 2010.
- GOMIEN, D., *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005.
- HARRIS, D.J./O’BOYLE, M./WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, USA, Oxford University Press, 2009.
- JANIS, M. W./KAY, R. S./BRADLEY, A. W., *European Human Rights Law: texts and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- LEVINET, M., “La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme”, in: *RTDH*, 15ème année, n.º 60, 1er Octobre, 2004, pp. 889-949.
- OVEY, C./WHITE, R., *Jacobs and White, the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- PRESNO LINERA, M. A., “Derechos Fundamentales, Derecho Europeo y Derecho de Familia: nuevas familias, nuevos derechos”, in: *Direitos Fundamentais e Justiça*, n.º 6, Jan./Mar. 2009, pp. 33-71.
- PRESNO LINERA, M. A., *El derecho europeo de familia*, Thomson-Aranzadi, 2008, disponible para consulta en http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- SANZ CABALLERO, S. *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- SUDRE, F., “Rapport Introductif — La ‘construction’ par le juge européen du droit au respect de la vie familiale”, in: *Le droit au respect de la vie familiale au sens de*

- la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002, pp. 11-54.
- SUDRE, F., (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998.
- YOUROW, H. C., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.

LA PENSIÓN DE ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

CAMBIOS POR ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Teresa Estévez Abeleira *

Sumario: I. Introducción. II. Circunstancias nuevas y su trascendencia en la pensión de alimentos. III. Efectos; III.1. Modificación de la cuantía; III.2. Limitación temporal de la pensión; III.3. Extinción de la pensión de alimentos. III.4. Suspensión del pago de la pensión. IV. Conclusiones. V. Bibliografía. VI. Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las medidas definitivas previstas por el ordenamiento jurídico español en los procesos de familia de nulidad, separación y divorcio, y también en los casos de separación de las parejas de hecho, se encuentra el pago de una pensión alimenticia a favor de los hijos, por virtud de la cual los progenitores, alimentantes, deben satisfacer las necesidades mínimas de subsistencia de los hijos, los alimentistas.

Por lo tanto, el pago de la pensión de alimentos sólo se fija cuando existe un vínculo de parentesco entre quien la paga y la recibe, además de una situación de necesidad de éste último que puede ser cubierta por el primero.

* Profesora ayudante doctora de derecho civil. Universidad de Vigo.

Cuando se trata de hijos menores de edad, el fundamento de esta deuda de valor se encuentra en la filiación. Implica el cumplimiento de un deber inherente al ejercicio de la patria potestad desde el mismo momento del nacimiento del hijo, y comprende la asistencia de todo orden que los progenitores deben a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE).

La contribución de cada progenitor al pago de la misma se fija en todo caso por el juez atendiendo a los medios con que cuenta cada uno y a las necesidades de los hijos. Además, la autoridad judicial determinará todas las medidas que sean precisas para asegurar el cumplimiento de la obligación, así como su acomodación a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Su incumplimiento podrá provocar la declaración en situación de desamparo del menor, que quedará sometido a la guarda de la Entidad pública, produciéndose la suspensión de la patria potestad.

En cambio, cuando se trata de hijos mayores de edad, que ya no están sometidos a patria potestad, el fundamento de la pensión de alimentos se encuentra en el principio de solidaridad familiar, siendo exigible desde que los hijos los precisan para subsistir.

Comprende, a diferencia de la pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad, lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación e instrucción del alimentista (art. 142 Cc).

Por otro lado, mientras que la pensión alimenticia de los hijos menores de edad no puede suspenderse ni extinguirse, pues se presume en ellos la necesidad, salvo por circunstancias excepcionales valoradas caso por caso, si los hijos son mayores de edad es posible la suspensión y extinción de la misma, así como la modificación de su cuantía, que también puede concretarse para los menores de edad.

II. CIRCUNSTANCIAS NUEVAS Y SU TRASCENDENCIA EN LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

Según el art. 93.1 Cc el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las

prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, y si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos.

Por lo tanto, es el Juez quien señala la cuantía de la prestación que debe realizar cada progenitor y, también, quien se asegura de la adecuación de esa prestación a la satisfacción de las necesidades de los hijos, que pueden variar en el tiempo, pueden no ser las mismas en el momento de su fijación inicial y en un momento posterior. Para ello, el Juez podrá incrementar, reducir o suspender el pago de la pensión de alimentos, incluso podrá extinguirlo si los hijos son mayores de edad, esto es, podrá modificar esta medida siempre y cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, tal como refleja el art. 91.1 Cc. Es cierto que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificó el art. 90.3 Cc, suprimiendo el requisito de la sustancialidad exigido para la consideración de las circunstancias nuevas, lo cual no cambia la opinión de la doctrina, que considera que es posible realizar cambios en la prestación alimenticia pero sólo tras valorar las circunstancias de los progenitores y de los hijos en el momento que se considere y por comparación con aquel en el que se fijó la cuantía, lo que permitirá determinar si se produce una alteración grave de las circunstancias, tal como preceptúa el art. 91.1 Cc, que no se vio afectado por la reforma de 2015.

Y, ¿cuándo se da esa alteración grave de las circunstancias? El concepto de alteración grave/sustancial de las circunstancias y, sobre todo, la apreciación de la gravedad/sustancialidad son determinaciones totalmente casuísticas ¹. Así es, un aumento, disminución o desaparición de las necesidades de los hijos, pero también un aumento, disminución o carencia de ingresos de los progenitores, tanto del progenitor custodio como del obligado al pago, son contingencias que provocan alteración grave de las circunstancias presentes en el momento de señalarse por el juez la cuantía de la pensión de alimentos a satisfacer por los progenitores, y ello es el origen de efectos diversos.

¹ Sánchez Alonso, M., “Medidas económicas en relación con los hijos. Pensión alimenticia”, en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 673.

III. EFECTOS

Efectivamente, las alteraciones en las necesidades de los hijos, así como las variaciones en los ingresos de los progenitores conllevan consecuencias dispares atendidas las circunstancias concretas del caso. Veamos por separado cada uno de esos efectos.

III.1. MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA

En ocasiones, cuando cambian las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de fijar la pensión de alimentos y al objeto de mantener la proporcionalidad de la prestación, se hace necesario modificar la cuantía de la misma. Pero para ello es preciso que se cumplan ciertos requisitos, tales como la aparición de hechos nuevos que alteren las circunstancias inicialmente previstas, que deben ser probados por quien los alega, así como que se trate de cambios esenciales, no accidentales o accesorios, permanentes, inesperados y que no se deban a la actuación de quien los invoca.

No basta con alegar por los progenitores una reducción de sus ingresos o un aumento de los gastos de los hijos para exonerarse del pago de la pensión alimenticia, una obligación comprendida en el art. 39 CE cuando señala que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Esos motivos deben estar modalizados y sumarse a los demás expuestos para que puedan constituir causa de modificación de la cuantía de la pensión de alimentos. De producirse esto cabe la modificación de esta cuantía, ya sea por reducción de la misma ya sea por su aumento.

Por un lado, cuando se solicita la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia se alegan motivos muy diversos, como el despido del progenitor no custodio y obligado al pago (SAP Lleida de 17 de diciembre de 2019, AC 2020, 95). En este caso se aprecia la modificación de circunstancias y la procedencia de mantener la reducción de la pensión alimenticia en tanto el obligado al pago permanezca en situación de desempleo o si sus ingresos no superan el Salario Mínimo Interprofesional (SMI), estableciéndose igualmente que a partir de que el padre encuentre trabajo y se incorpore al mercado laboral percibiendo

cantidad igual o superior al SMI se retomará la pensión mensual fijada en la sentencia.

Otro de los motivos alegados es la menor capacidad económica del obligado al pago respecto del momento de la sentencia de divorcio, muy inferior a la de la ex esposa, que, por el contrario, en el momento de fijarse la pensión carecía de ingresos, pero que sí tiene en el momento de solicitarse la reducción. Tal minoración de los ingresos no permite al obligado al pago en este caso a hacer frente a la cuantía de los alimentos fijados en el convenio regulador del divorcio sin desatender sus propias necesidades (SAP Asturias de 18 de diciembre de 2020, JUR 2021, 70917).

También la disminución de los gastos que debe soportar la madre por la manutención de la hija mayor, pues desaparecen los gastos mensuales de internado, puede ser causa de reducción de la cuantía de la pensión de alimentos que abona el padre, y así lo estima la Sala, que considera proporcional y ajustado a derecho reducir la pensión alimenticia que ha de satisfacer el padre a favor de sus hijas (SAP Albacete de 2 de marzo de 2020, JUR 2020, 150333).

Asimismo, los escasos ingresos fijos y periódicos del padre que difícilmente le pueden permitir abonar cantidad alguna por pensión de alimentos. Ahora bien, en este caso particular, la Sala entendió que debido a que el padre tiene, no obstante, un patrimonio integrado por una cuantía recibida en herencia y por el importe de la venta de una vivienda, el progenitor debe abonar una pensión de inferior importe al establecido en la sentencia de divorcio atendiendo a que ese patrimonio tenderá progresivamente a disminuir (SAP Sta. Cruz de Tenerife de 13 de febrero de 2020, JUR 2020, 138811).

En todos estos supuestos y en otros similares, a pesar de los exiguos ingresos que pueda tener un progenitor, la jurisprudencia mantiene que la pensión alimenticia debe subsistir, en tanto que se trata de una obligación legal y de alto contenido ético, sin perjuicio de que ante una situación de dificultad económica del progenitor obligado al pago habrá de examinarse el caso concreto y revisar si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del art. 146 Cc (SAP Barcelona de 5 de junio de 2019, JUR 2019, 186485).

En este sentido, de manera reiterada se plantea por el obligado al pago de la pensión de alimentos como razón para solicitar la

reducción de su cuantía el nacimiento de un nuevo hijo de una relación posterior, lo que para los tribunales no determina automáticamente la merma de la fortuna del obligado al pago, sino una circunstancia nueva a valorar en cada caso concreto, pues también habrá que conocer los medios con los que cuenta la nueva familia, esto es, la contribución económica de la nueva pareja del obligado al pago de la pensión al sostenimiento de las cargas familiares o si tal aportación no existe. Pero, en todo caso, se interpreta como una nueva carga asumida voluntariamente por quien ya tenía la obligación de pago de la pensión de alimentos, lo que no impide que deba valorarse su concurrencia para determinar si procede o no la reducción de la cuantía de esa pensión anterior que impide al obligado al pago cumplir sus obligaciones respecto de su nuevo hijo. Es doctrina jurisprudencial que el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias (STS 30 de abril de 2013, RJ 2013, 4607).

Por otro lado, por el contrario, cuando se solicita el aumento de la pensión se alega, entre otras razones, el incremento salarial del obligado al pago (SAP Murcia de 26 de mayo de 2020, JUR 2020, 224234), lo que se entiende como alteración sustancial de las circunstancias a efectos de incrementar la pensión alimenticia conforme al art. 147 Cc, por aumento de la fortuna del alimentante.

En ocasiones, también se fundamenta en la posterior obtención de un empleo por el obligado al pago unida a los mayores gastos del menor, que deja de acudir a un centro escolar público, sin coste alguno, para cursar formación profesional en marketing, lo que implica hacer frente a su coste además del desplazamiento a la ciudad en que se imparte desde su localidad de residencia (SAP Valencia de 25 de mayo de 2020, JUR 2020, 213075). O en el aumento de la capacidad económica del padre por extinción de la obligación de pago de la pensión de alimentos a favor de los dos hijos mayores de edad (SAP Vizcaya de 16 de julio de 2019, JUR 2019, 279591). Asimismo, en la mejora

de la situación económica del progenitor no custodio y empeoramiento de la del progenitor custodio, cuyo nivel de vida había disminuido a consecuencia de la crisis, extremo que justifica con la aportación de las declaraciones de renta (SAP Navarra de 21 de diciembre de 2018, JUR 2019, 143325).

Igualmente, se alega el aumento de las necesidades de los hijos que, en solitario o en unión de otras causas, constituye el principal criterio para cuantificar la pensión alimenticia, como en el caso de la SAP Cáceres de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021, 36316), por la discapacidad acreditada del 100% del hijo, joven sin movilidad (peso muerto sin impulso propio), de mayor peso y tamaño que los jóvenes de su edad, diagnosticado de gigantismo, y que necesita de la ayuda de una tercera persona para su cuidado en su domicilio.

En todos estos supuestos, ¿desde cuándo se hacen efectivos los cambios que se producen en la cuantía de la pensión de alimentos? En este ámbito se hace preciso diferenciar entre la sentencia que fija por primera vez la cuantía de la pensión de alimentos y las posteriores que la modifican, pues si bien la primera resolución judicial que fija la pensión de alimentos produce efectos desde la fecha de la presentación de la demanda, de conformidad con las previsiones del art. 148 Cc, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, la eficacia de las posteriores sentencias, que vienen a modificar su cuantía, se produce a partir del momento en que se dictan, porque solo entonces sustituyen a las dictadas antes (SSTS de 26 de marzo de 2014, RJ 2014, 2035, de 19 de noviembre de 2014, RJ 2014, 6196 y de 6 de febrero de 2020, RJ 2020, 321, entre otras). “Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el art. 106 Cc establece que los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo, y de otra, el art. 774.5 de la LEC, que dispone que los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta, razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes

resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente” (STS de 13 de enero de 2022, RJ 2022, 435).

III.2. LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA PENSIÓN

Pero no solo es posible aumentar o reducir la cuantía de la pensión de alimentos cuando hay alteraciones sobrevenidas de las circunstancias. Respecto de los hijos mayores de edad es posible también establecer limitaciones temporales para el pago de la pensión de alimentos que, si bien no están reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco se prohíben. En particular, son aceptadas por las Audiencias Provinciales, que en los casos de separación matrimonial o divorcio entienden que no procede establecer la obligación de pago de la pensión con carácter indefinido. En cambio, no es posible establecer limitación temporal alguna respecto de los hijos menores de edad.

¿Y para qué se fijan estos límites temporales al pago de la pensión de alimentos? La razón de partida no es otra que tratar de dar una solución a aquellos supuestos en que se entiende que todavía no existe causa de extinción de la pensión alimenticia. Se trata, en realidad, de establecer un plazo que permita a los hijos procurarse un medio de vida adecuado para su propia subsistencia, un plazo concreto que les permita acceder al mercado laboral porque, tal como se señala por las Audiencias, la mayoría de edad de un hijo no es causa determinante de la extinción de la obligación de pago de la pensión de alimentos.

Pero, al mismo tiempo, se trata de incentivar a los hijos para que obtengan ingresos laborales, como en el caso de la SAP de Córdoba de 25 de mayo de 2005 (JUR 2005, 162602), en el que se estimó procedente fijar una limitación temporal de un año al hijo mayor de edad que ha finalizado sus estudios universitarios dedicándose a la investigación y a los estudios de doctorado, con ausencia de ingresos laborales, aunque habiendo recibido alguna ayuda para acudir a congresos. La limitación a un año refleja, por un lado, la necesidad de acotar el cumplimiento de una obligación que se hará efectiva hasta el fin de los estudios de doctorado y, por otro lado, la necesidad de estimular

en el hijo la obtención de ingresos laborales (en el mismo sentido, la SAP Jaén de 10 de noviembre de 2015, JUR 2016, 30232). Además, evita tener que acudir a un procedimiento de modificación de medidas para extinguir la pensión, sin perjuicio de que si en el plazo fijado la acreedora de la pensión puede atender adecuadamente a sus necesidades alimenticias, bien porque, por ejemplo, la alimentista, de 24 años de edad, consiga aprobar las oposiciones que prepara o porque encuentre un empleo estable, en cuyo caso el progenitor obligado al pago puede instar un procedimiento de modificación de medidas (SAP de Asturias de 25 de abril de 2007, JUR 2007, 211201).

También se emplea el criterio de limitar temporalmente el pago de la pensión de alimentos en los casos de prolongación excesiva y voluntaria de situaciones de dependencia económica de los hijos. Por ejemplo, cuando el alimentista ya cuenta con 28 años de edad, ha tenido siempre un escaso rendimiento académico en sus estudios al haber realizado en cinco años sólo dos cursos, sin estar tampoco incorporado al mercado laboral al haber realizado únicamente trabajos esporádicos muy breves con una duración total de 160 días, y sin que en el momento de solicitarse la modificación de medidas ni estudie ni trabaje. Entiende el tribunal que no puede mantenerse indefinidamente la obligación de alimentos en los progenitores con apoyo en el art 93.2 Cc, pues su razón de ser es la de completar la formación del hijo que sigue en el seno de la familia, pero no la de atender los alimentos de quienes, por su edad, ya han de haberse independizado. De lo que se trata es de evitar situaciones de parasitismo social (SAP Murcia de 16 de mayo de 2019, JUR 2019, 227036).

Son numerosos los supuestos en los que la conducta del hijo refleja un nulo aprovechamiento en los estudios, como el del hijo de 24 años matriculado en segundo de bachillerato durante tres años. En este asunto el Alto Tribunal fijó una limitación temporal de un año contada desde la fecha de la sentencia por entender que se trata de un plazo razonable para que el hijo se adapte a su nueva situación económica habida cuenta que su nulo rendimiento académico le hace acreedor de una próxima extinción de la pensión (STS de 14 de febrero de 2019, RJ 2019, 562). Un caso diferente es el del alimentista que acaba de cumplir veinte años, carece de formación y experiencia profesional, con escasa previsión de poder acceder en un plazo de dos

años al mercado laboral. Si lo lograrse, la pensión alimenticia dejaría de ser necesaria y en tal caso procedería su extinción definitiva, pero el tribunal que examina el caso encuentra que de momento no concurren razones para que se extinga próximamente la pensión (SAP de La Coruña de 14 de noviembre de 2020, JUR 2020, 42618).

III.3. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

La extinción de la pensión de alimentos únicamente cabe respecto de los hijos mayores de edad. Para que pueda tener lugar la extinción de la pensión de alimentos es preceptiva la desaparición de los presupuestos legales, ya sea por fallecimiento del alimentante, ya del alimentista, ya por la extinción del vínculo familiar.

El fallecimiento del alimentante, tal como señala el art. 150 Cc, hace cesar la obligación de suministrar alimentos por quien se haya obligado a ello aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme. Su fundamento se encuentra en la naturaleza personal de la obligación de alimentos, por lo que esta no se transmite a los sucesores del fallecido.

Asimismo, de acuerdo con el art. 152.1.º Cc, la muerte del alimentista hace cesar la obligación de dar alimentos, sin que sus herederos estén obligados a devolver lo que el fallecido hubiese recibido anticipadamente (art. 148.2 Cc).

Y si el alimentista es adoptado por un tercero, lo que provoca la extinción del vínculo familiar, se produce también la extinción del derecho a alimentos.

Pero, además, se extingue la pensión de alimentos cuando ha desaparecido el estado de necesidad del hijo, pues cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia, cesará la obligación de dar alimentos, tal como se recoge en el art. 152.3.º Cc.

En este sentido, se extinguirá el derecho a percibir la pensión de alimentos desde la fecha en que el hijo goce de una total regularidad laboral, percibiendo un salario lo suficientemente apto para su auto manutención (SAP Barcelona 16 de febrero de 2021, JUR 2021, 119290), pues para que cese la obligación de prestar alimentos no

basta con que se tenga cualquier clase de ingresos, sino que deben ser suficientes para poder desarrollar una vida con total independencia de los progenitores.

Por otro lado, la obligación alimenticia de los padres respecto de los hijos mayores de edad no puede prolongarse indefinidamente en función solo de los deseos del hijo, porque los hijos mayores de edad, con preparación académica y con plena capacidad física y mental “no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria”. Pues bien, ante la falta de autonomía económica se impone, bien la extinción de la obligación, bien el establecimiento de un específico límite temporal en su vigencia, como hemos analizado, pues de otro modo, y bajo el discutible amparo de los derechos de quien se ha situado voluntariamente en una cómoda postura de dependencia, se estarían vulnerando los intereses, igualmente legítimos, del progenitor, obligado a un ilimitado e incondicional, bajo cualquier circunstancia, desembolso económico en pro de aquél (SAP Cádiz de 24 de abril de 2020, JUR 2020, 224108).

Tampoco puede prolongarse por falta de aplicación y aprovechamiento de los estudios (SAP Barcelona de 25 de octubre de 2019, JUR 2019, 304661). En este caso se hace preciso analizar si la situación de dependencia del hijo mayor de edad, es consecuencia de su propia actitud ante la vida. No se trata de evaluar si el hijo hubiera debido tener un comportamiento mejor sino si en el momento de reclamar el pago de la pensión de alimentos la falta de finalización de estudios y la carencia de empleo que permita al hijo cubrir sus propias necesidades es debida a su actitud poco responsable, al escaso aprovechamiento de la formación o a otras circunstancias, pues lo cierto es que toda persona cuando alcanza la edad adulta tiene, en abstracto, la posibilidad de vivir la vida como considere oportuno y con ello debe asumir la responsabilidad que esa decisión comporta, pero es necesario conocer, en concreto, hasta qué punto el hijo tiene la posibilidad real de determinarse en un sentido u otro. La Sala constata, por un lado, que la trayectoria académica del hijo no había sido ni lineal ni constante, quedando acreditado su peregrinaje por distintos centros y disciplinas que permiten afirmar que la actitud del hijo frente al

estudio es de una clara falta de constancia y aprovechamiento y, por otro lado, que esa situación de dificultad para afrontar las responsabilidades propias de un joven de su edad ha de considerarse necesariamente transitoria y por ello fija como fecha límite del devengo de la pensión alimenticia a su favor una fecha concreta, que se corresponde con el final del curso académico que estudia. Entiende el tribunal que concluido este nuevo curso formativo el hijo estará en condiciones de integrarse en el mundo laboral.

Asimismo, en el asunto de la SAP Córdoba de 20 de noviembre de 2019 (JUR 2020, 60201) la extinción de la pensión alimenticia se fundamenta en el comportamiento voluntario del alimentista, que retrasa su incorporación al mercado laboral y la finalización de sus estudios con su actuación orientada en tal sentido o por desidia, pues el hijo había dejado sus estudios hacía años de manera voluntaria, incorporándose al mercado laboral por un breve espacio de tiempo, para reanudar tiempo después su formación académica durante un breve espacio de tiempo, para volver a abandonarla sin que constase que estuviese buscando empleo activamente ni formándose, por lo que el tribunal entendió que el hijo había completado su período de formación y se había incorporado al mercado laboral, aunque muy brevemente, pues de nuevo perdió el empleo por causas desconocidas. El tribunal interpretó su conducta como una actuación buscada por el propio alimentista, lo que unido a la situación particularmente precaria del alimentante determinó la extinción de la pensión alimenticia.

En todo caso, para que efectivamente pueda producirse la extinción de la pensión de alimentos es necesario que el alimentista pueda ejercer efectivamente un oficio o profesión (STS de 5 de noviembre de 1984, RJ 1984, 5367), sin que baste la mera capacidad en abstracto. Es decir, para que cese la obligación de la prestación alimenticia, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva, haciendo una interpretación de las normas conforme a los criterios hermenéuticos recogidos en el art. 3.2 Cc, en particular, atendiendo a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», que es precisamente lo que ha llevado a cabo el juzgador.

En cambio, cuando el hijo es menor de edad no se extingue la obligación del pago de alimentos por tratarse de un deber comprendido

en la patria potestad que deriva de la relación paterno-filial, máxime cuando la pretensión del obligado al pago es que se declare la cesación de su obligación alimentaria porque carece de ingresos. El tribunal rechaza tal pretensión en atención a que no es admisible que quien tuvo un puesto de trabajo y posteriormente dedica su tiempo a la propia mejora de su formación profesional, disponiendo de medios para cubrir sus gastos de toda clase, sea relevado de su obligación de alimentar a un hijo menor de edad, cuanto más cuando, como consta en la sentencia, el progenitor era propietario de un vehículo y de una parcela de terreno, y tales bienes los enajenó a su propia madre de manera simulada y tendente a generar una apariencia de insolvencia donde amparar su pretensión (STS de 5 de octubre de 1993, RJ 1993, 7464).

Un supuesto completamente diferente, que se resuelve a favor de la suspensión del pago de la pensión, no de su extinción, es aquél en el que la hija beneficiaria de la pensión de alimentos, con 15 años de edad, se había convertido en deportista profesional, disfrutando de una beca de la Federación Española de Gimnasia que le daba derecho a una suma de dinero mensual para atender sus gastos personales y, además, corriendo por cuenta de dicho organismo los gastos de alojamiento, manutención y derivados de la práctica deportiva durante su estancia en Madrid (Ciudad Universitaria de INEF). A dicha pretensión se opuso la madre de la menor aduciendo, en síntesis, que la pensión de su hija debía mantenerse por no tener los ingresos de la menor un carácter regular y permanente, estando la percepción de la beca sujeta al rendimiento deportivo de la beneficiaria y al cumplimiento de los objetivos que en cada momento fijara la Federación, que podrían no ser alcanzados ante la eventualidad de una lesión. La Sentencia de primera instancia resolvió la cuestión diciendo que no procedía la supresión de la pensión, como había solicitado el actor, pero sí la suspensión de la misma “en tanto permanezca la minoría de edad y el actual modo de vida de la menor”, pues tal modo de vida, que implicaba que la hija pudiera disfrutar de una beca deportiva que daba cobertura a sus necesidades, había sido consentido por ambos progenitores. La Audiencia rechaza el recurso de la madre y confirma la resolución apelada, razonando en cuanto a la cuestión objeto de impugnación en casación, que, no cuestionándose en el pleito la realidad de la asignación económica ni su cuantía “de importancia para una

persona de la edad de la hija del matrimonio”, y siendo también indiscutible que además de tal asignación económica, la menor tiene “cubiertos de forma casi total durante el año los gastos de alimentación y alojamiento”, a cargo del organismo federativo correspondiente, está justificada la suspensión (no supresión) de la pensión reconocida durante el tiempo en que subsistan esas mismas circunstancias (STS de 24 de octubre de 2008, RJ 2008, 5794).

En cambio, concurre causa de extinción de la obligación de dar alimentos cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (art. 152.2.º Cc). Normalmente, cuando existe una situación de dificultad económica del obligado los tribunales fijan un mínimo vital para el descendiente, o mínimo imprescindible para el desarrollo de su existencia en condiciones de suficiencia y dignidad, fundamentalmente cuando es menor de edad (SAP La Rioja de 5 de junio de 2018, JUR2018, 238051).

¿Y qué ocurre cuando concurre causa de desheredación en el hijo al existir una abierta hostilidad entre éste y el padre o por falta de relación alguna? En un caso en particular, el hijo no había visitado a su padre cuando estaba hospitalizado ni había tenido interés en conocer a sus hermanos pequeños; únicamente se vuelve a poner en contacto con el padre cuando recibe su madre la demanda de modificación de medidas definitivas en la que se solicita la extinción de la pensión de alimentos por causas de desheredación. De la prueba aportada por el demandante se extrae la convicción de que el padre intentó durante el tiempo en el que el hijo no le dirigía la palabra, entablar relación con él y obtuvo el silencio por respuesta. Dada la edad del hijo, 24 años, la madurez de este le hace responsable de sus propias decisiones, entendiendo la Sala que se dan las circunstancias recogidas en la jurisprudencia para entender que cabe la extinción de la pensión de alimentos. El hijo acreedor de los alimentos de sus progenitores, había apartado abruptamente a su padre de su vida, sin preocuparse por su estado de salud, ni por su nueva familia, ni por sus hermanos. Había cambiado el orden de los apellidos sin acreditar causa legítima alguna, lo que debía interpretarse como un rechazo al padre. Había cursado estudios sin comunicarle nada al padre. En definitiva, no puede exigirse al progenitor con el que no hay vínculos de solidaridad

por parte del hijo, que siga, sin embargo, contribuyendo a los alimentos de quien no cumple con sus obligaciones básicas como hijo. La actitud del hijo es asimilable a una causa de desheredación. Por ello, ha de acogerse el motivo y declarar la extinción de la pensión por causa de desheredación (SAP Madrid de 12 diciembre de 2019, JUR 2020, 338474).

Con anterioridad, en otro asunto, el Alto Tribunal (STS de 19 de febrero de 2019, RJ 2019, 497), se había manifestado en parecidos términos cuando había quedado acreditado el total despego hacia el padre que exteriorizaban los hijos, que habían manifestado sin ambages al ser interrogados en calidad de testigos. Por un lado, el hijo había asegurado que no hablaba con su padre desde hacía 10 años y que no había intentado ponerse en contacto con él, añadiendo que en la jefatura de estudios de la Universidad en la que cursaba su carrera le había dicho que su padre había solicitado datos sobre su evolución académica pero que él, como mayor de edad, no había permitido que facilitasen ninguna información. Por otro lado, la hija había afirmado que no veía a su padre desde hacía 8 años y que no tenía interés en volver a verle. Siendo la negativa a relacionarse con el padre una decisión libre que había partido de los hijos mayores de edad y habiéndose consolidado tal situación de hecho en virtud de la cual el padre había de asumir el pago de unos alimentos sin frecuentar el trato con los beneficiarios ni conocer la evolución de sus estudios, se consideró impropio que subsistiera la pensión a favor de los alimentistas por cuanto que se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que habían alejado de sus vidas. En definitiva, la mayoría de edad de los hijos y su manifiesto y continuado rechazo a su padre puede y debe calificarse como una alteración de las circunstancias de verdadera trascendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados, siendo además una situación duradera y no coyuntural o transitoria, que puede ser imputable a los alimentistas. Además, el Tribunal Supremo, haciendo una interpretación flexible del art. 853.2 Cc, incluye dentro de las causas de extinción de la pensión alimenticia la falta de relación continuada y manifiesta entre el padre y el hijo mayor de edad, siempre que esa falta de relación sea imputable exclusivamente al hijo. Esta nueva causa de desheredación, que también es causa de extinción de la pensión alimenticia, no está

prevista en el Código civil, aunque sí en el art. 451-17.e) CcC. En opinión de la doctrina, la importancia de esta sentencia radica en que si se acredita una conducta obstativa, clara y continuada del hijo a relacionarse con su padre, a pesar de los esfuerzos de este para mantener dicha relación, está justificada la extinción de la pensión de alimentos, pero no cuando en la falta de relación influye también la conducta del progenitor ².

¿Y cuando el alimentista elige una oposición, en concreto, de bombero, que se aparta sustancialmente de su trayectoria académica, la ingeniería química? Sobre este particular, la SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 2021 (JUR 2021, 236281) rechazó la extinción de la pensión al hijo porque tal decisión del alimentista se basó en la intención de agilizar la búsqueda de una salida profesional y dejar de ser una rémora para sus padres. Efectivamente, el hijo, de 23 años de edad, había sido durante toda su vida estudiantil un excelente alumno, hasta el punto de finalizar su grado universitario de ingeniería química a la temprana edad de 22 años, sin repetir ningún curso, año a año, con un rendimiento académico extraordinario y muy superior a la media; rendimiento que, tal y como apunta la sentencia, no significa ni asegura hoy día el acceso a un puesto de trabajo acorde a su titulación sino que obliga bien a completar su formación vía cursos postgrado, masters, etc... bien a acudir al sistema de oposiciones para acceder a la función pública, opción a la que se ha acogido pero con el matiz de elegir en vez de una oposición directamente relacionada con su titulación universitaria ha optado por la oposición de bombero al ser la que mejor satisface sus expectativas personales y profesionales, argumento en el que se funda la juzgadora a quo para privarle de la pensión bajo el pretexto de que ese cambio legítimo en su orientación profesional no deben padecerlo sus padres asumiendo nuevos gastos, criterio que la Sala no comparte pues la prolongación de sus estudios, en todo caso, esto es ya sea siguiendo actividades u oposiciones relacionadas con la formación obtenida o eligiendo otras

² Méndez Tojo, R.; “Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero”, *Actualidad civil*, 6, 2019.

nuevas distintas a aquella, está justificada y es necesaria, más sin que este hecho pueda erigirse en un impedimento que lo cercene cuando por la edad del hijo y su diligencia en su formación evidenciada en su impecable expediente académico no cabe duda que es merecedor y tributario de que sus padres satisfagan la preparación de las oposiciones que ha elegido, lo que propicia que no estime el Tribunal adecuado imponer ninguna limitación de plazo, descartándose que en su conducta exista atisbo alguno de parasitismo social, sino todo lo contrario. En síntesis, tal como señala la doctrina, la conclusión de estudios, superación del ciclo formativo o de una oposición no se condiciona a límite o circunstancia alguna. El plazo sólo se establece en previsión de que agotado el mismo los hijos se hallen en condiciones de incorporarse al mercado laboral y conseguir independencia económica, vistas las circunstancias de diversa índole que pudieran concurrir (su edad, número de intentos fallidos en las pruebas a las que concurrió, fase de preparación de la oposición prolongada en el tiempo...). Se compagina así tanto el interés de los padres por no estar perpetuamente gravados, como el de los hijos de tener garantizada su manutención durante un tiempo razonable atendiendo a su potencialidad real de ganarse el sustento ³.

Este supuesto difiere sustancialmente de aquéllos en los que la hija se perpetúa más allá de lo razonable en la preparación de una oposición durante lustros, con varios intentos fallidos, que, no obstante, le aportan una formación adecuada para la búsqueda de un empleo por otras vías; en concreto, la hija, con 27 años de edad, no puede esperar que se mantenga una pensión indefinidamente, pues, aunque no haya logrado un puesto de trabajo en el sector público, su grado de preparación es ya suficiente. En estos casos una interpretación de la causa de extinción del art. 152.3 del CC (cuando el alimentista pueda ejercer una profesión u oficio ...) combinando el interés de alimentista y alimentante, atendidas la edad de aquel y el tiempo que se ha mantenido la pensión de alimentos, resulta ser una solución aceptable y

³ Cabezuelo Arenas, A.L.; “¿Cabe extinguir la pensión cuando el hijo alimentista elige una oposición que se aparta sustancialmente de su trayectoria académica?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, 2021.

extendida en la doctrina de los Tribunales, la de fijar un plazo razonable al fin del cual se extingue la obligación del progenitor, esto es, prorroga la pensión de alimentos un año desde la sentencia de forma que esta se extinguirá cuando la hija haya rebasado cumplidamente la edad de 28 años, que se considera una edad más que adecuada cuando se posee una formación universitaria para adquirir la independencia económica de los padres, pudiendo llegar a ser un incentivo para lograrlo. Es pues acertado, la extinción diferida de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad, con preparación académica y con plena capacidad física y mental que “no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria” y lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un “parasitismo social” (SAP Albacete de 20 de enero de 2020 (JUR 2020, 101674).

III.4. SUSPENSIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN

La concurrencia de causas extintivas de la obligación de pago de la pensión de alimentos a los hijos, de carácter transitorio, puede originar la suspensión de la misma por tiempo determinado o mientras persista la circunstancia tenida en cuenta para su valoración, tal como se ha apuntado con anterioridad. El régimen es diferente según se trate de hijos menores o mayores de edad.

En el primer caso, esto es, cuando se trate de hijos menores de edad, como el pago de la pensión alimenticia tiene carácter imperativo, ineludible, no cabe la suspensión del pago de la pensión en las situaciones de dificultad económica del alimentante, sino que lo que procede en estos casos, según reiterada jurisprudencia, es la fijación de un mínimo vital a favor del hijo que permita cubrir sus necesidades más básicas (SAP Valladolid de 20 de mayo de 2020, JUR 2020, 196764), concepto, el de mínimo vital, que la propia jurisprudencia se encarga de perfilar señalando que se trata de un mínimo que contribuye a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor (SAP Ávila de 22 de marzo de 2019, JUR 2019, 148541).

Únicamente con carácter muy excepcional y con criterio restrictivo y temporal, cabrá la suspensión del pago de la pensión a favor de un menor (SAP Ávila de 22 de marzo de 2019, JUR 2019, 148541) en los casos de absoluta carencia de recursos económicos del alimentante (SAP Valencia de 2 de marzo de 2015, JUR 2015, 124832), pero ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, habrá de acudir a la solución que se predica como normal, la fijación de un mínimo vital, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante.

Por lo tanto, las situaciones de dificultad económica, incluso graves, por sí solas, no son suficientes para fundamentar la suspensión del pago de la obligación de alimentos a los hijos menores ⁴, porque las necesidades de los hijos subsisten aun cuando los progenitores hayan dejado de percibir ingresos (SAP Lleida de 23 de julio de 2015, JUR 2015, 233566). Entonces, ¿cuáles son los requisitos que deben converger, además de problemas económicos, aún severos, para la suspensión? Deben concurrir nuevos hechos que impliquen una alteración sustancial de las circunstancias previstas al fijar la pensión alimenticia y que puedan probarse. Pero también es preciso que, examinado el caso particular, se constate la ruptura del principio de proporcionalidad que debe haber para fijar la cuantía de los alimentos entre el caudal o medios del alimentante y las necesidades del alimentista (art. 146 Cc), porque la pensión alimenticia a favor de los hijos se fija con carácter general con arreglo a lo que la jurisprudencia denomina binomio posibilidad-necesidad, esto es, capacidad económica suficiente del alimentante para hacer frente a la pensión y cuantía de la misma bastante para poder cubrir adecuadamente las necesidades de los hijos (SAP Albacete de 13 de febrero de 2020, JUR 2020, 141461).

Para que se produzca la suspensión en estas situaciones, esos nuevos hechos tienen que ser, efectivamente, novedosos, esto es, deben ser hechos que se hayan producido con posterioridad a la fijación de la

⁴ González Valverde, A.; “La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 3, p. 85.

pensión de alimentos y que no se hubieran previsto o que no pudieran preverse en ese momento. Asimismo, tales hechos deben afectar de manera sustancial, y no meramente accesoria o periférica, a las circunstancias que determinaron la obligación de pago de la pensión de alimentos, sin que baste la mera concurrencia de tales eventualidades, pues será necesario que se prueben adecuadamente (SAP Alicante de 10 de febrero de 2000, AC 2000, 1135). Será preciso, además, que se acredite por el alimentante que carece por completo de bienes, ingresos y patrimonio y que la gravedad de la situación no se produce de manera coyuntural, sino sin la perspectiva de una inminente recuperación y sin que le sea imputable.

La falta de acreditación de dicha situación por quien la alega determina la desestimación de la pretensión de suspensión ⁵ (SAP Cádiz de 20 de diciembre de 2018, AC 2019, 488), que también se producirá cuando el alimentante no pruebe, además, de qué modo, a pesar de su situación económica, consigue subsistir ⁶, tal como señala la SAP Barcelona de 27 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 327582): “En el caso entiende el apelante que debe suspenderse la obligación del pago de la pensión porque carece de ingresos y está inscrito como demandante de empleo, no pudiendo pagar ni el mínimo vital, y efectivamente vemos por el certificado de vida laboral que el apelante trabajaba al tiempo del convenio, y está en desempleo desde el 20-6-2009; no obstante desconocemos lo que ingresaba en 2008, y también absolutamente de qué vive, si paga alquiler, qué ingresos tiene para su propia manutención...prueba que a él le correspondía por ser la fuente directa de su conocimiento (art. 217 LEC) y cuya falta sólo a él ha de perjudicar. (...) En nuestro caso, atendida la falta de prueba de los medios de subsistencia del apelante, así como de se halle imposibilitado para trabajar, visto el ámbito y carácter permanente, indiscutible e irrenunciable de la obligación alimenticia de los progenitores para con sus

⁵ González Valverde, A.; “La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 3, pp. 91-92.

⁶ González Valverde, A.; “La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 3, p. 95.

hijos menores de edad, obligación impuesta *ex lege* y que siempre debe tener un contenido mínimo e indispensable para atender a las necesidades básicas de subsistencia del menor, es por lo que no podemos sino desestimar el presente recurso”.

Por otro lado, cabe plantearse qué ocurrirá en los casos en que el obligado al pago de la pensión de alimentos se encuentre privado de libertad. Con carácter general, no se reconoce la suspensión del pago porque, entienden los tribunales, la estancia en prisión no supone un impedimento absoluto para acceder a un trabajo remunerado en los términos señalados por la legislación penitenciaria (SAP Málaga de 12 de enero de 2016, AC 2016, 1079). En otros pronunciamientos, sin embargo, se señala que aun careciendo de sentido establecer una cuantía determinada cuando el obligado al pago de los alimentos está en prisión provisional y, por lo tanto, carece de ingresos, podría darse el caso de que mejorara de fortuna por alguna razón por lo que la fijación de una cantidad mínima garantizaría la posibilidad de ejecución (SAP Zamora de 28 de junio de 2018, JUR 2018, 263825).

En otros pronunciamientos, en cambio, el Alto Tribunal declara procedente la suspensión por haber quedado probada la falta de medios del progenitor para afrontar el pago de la pensión impuesta durante la estancia en prisión del obligado al pago, aunque utilizando para ello fórmulas imprecisas tales como “hasta tanto el obligado obtenga un régimen penitenciario que le permita obtener ingresos con los que cubrir el importe de la pensión o bien recobre la libertad” (STS de 22 de diciembre de 2016, RJ 2016, 5994) que no permiten delimitar temporalmente la suspensión en el momento de establecerse.

Excepcionalmente, el Tribunal Supremo ha fijado límites temporales precisos a la suspensión y formas de revisión periódica de la situación del alimentante al establecer la obligación del alimentante de informar sobre su situación económica al juzgado cada seis meses, aportando los justificantes correspondientes y debiendo reanudar su obligación de pago cuando percibiese ingresos de cualquier clase (ATS de 14 de noviembre de 2018, JUR 2018, 315895). Esta obligación de informar sobre su situación económica resulta de especial interés porque permite al Juez valorar la recuperación de la capacidad económica del obligado al pago y la oportunidad de que éste vuelva a cumplir con su obligación. Además, evita que el progenitor que no puede hacer

frente al pago de la pensión se acomode a esa situación de impago y, al mismo tiempo, propicia un comportamiento activo del mismo en la búsqueda de nuevos ingresos que le proporcionen los medios necesarios para atender a sus obligaciones para con sus hijos⁷. Sin embargo, a día de hoy, todavía no se ha generalizado en los pronunciamientos del Tribunal Supremo la fijación de tales medidas.

Y, ¿qué ocurre una vez que se ha producido el acontecimiento que determina la reanudación del pago de la pensión que se había suspendido? Procederá el cumplimiento de la obligación de pago, pero únicamente hacia el futuro, y no con carácter retroactivo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la fecha de eficacia de la modificación de medidas acordadas en proceso matrimonial, en concreto, sobre la pensión alimenticia: “Cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente” (STS de 19 de noviembre de 2014, RJ 2014, 6196).

En el segundo caso, es decir, cuando se trate de hijos mayores de edad, las causas de suspensión son muy variadas, aunque todas tienen en común que se trata de circunstancias transitorias. Por ejemplo, en tanto el obligado al pago no recupere su puesto de trabajo o perciba cualquier clase de pensión, subsidio u otra prestación, debiendo pagar nuevamente la correspondiente cuantía una vez que llegue a percibir cualquier cantidad, sea de uno u otro origen su procedencia (SAP Asturias de 11 de noviembre de 2013, JUR 2013, 379685) o durante el período de tiempo de vigencia de los contratos de trabajo temporales de los hijos, declarando expresamente que dicha latencia desaparecerá ya cuando desaparezca esa temporalidad, para convertirse en cese definitivo del auxilio, ya cuando concluya la propia actividad laboral, para

⁷ González Valverde, A.; “La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 3, p. 114.

que el mismo cobre nueva y actualizada vigencia (SAP Badajoz de 14 de marzo de 2003, JUR 2003, 158331).

Un caso reciente es el de la STS de 3 de enero de 2022 (RJ 2022, 41). En el convenio regulador se pactó que el padre abonaría una pensión de alimentos de 600 euros mensuales por cada uno de sus tres hijos, entonces menores de edad, con actualización conforme al IPC, hasta que los hijos tuvieran independencia económica. En ese momento, los gastos de enseñanza estaban sufragados por la compañía en que trabajaba el padre, debido al contrato de expatriación de que disfrutaba, pero en el convenio regulador los progenitores acordaron que, de cambiar las condiciones, el padre se haría cargo de los gastos de escolaridad de sus hijos en el centro escolar que decidiesen de común acuerdo, además de los 600 euros mensuales por cada uno de ellos. Posteriormente, el hijo varón se fue a estudiar al extranjero, en concreto, a EEUU y el padre pagaba los estudios, los alimentos, los gastos de habitación e, incluso, los desplazamientos entre España y EEUU. El Alto Tribunal entendió que se produjo una alteración sustancial de las circunstancias respecto de las que se tuvieron en cuenta al dictarse la sentencia de divorcio, lo que obliga a reconsiderar la aportación alimenticia del progenitor en tanto en cuanto aquellas necesidades pasan a ser cubiertas por el alimentante durante la estancia del alimentista en el extranjero, por lo que procede la suspensión del pago de la pensión durante los períodos de tiempo en que el hijo viva en EEUU cursando sus estudios, para activarse el pago cuando regrese a España, al objeto de cubrir sus necesidades de alimentos en España. Ello significa que la suspensión del pago de la pensión será intermitente y reiterada durante el período de formación en el extranjero del hijo, pues el progenitor dejará de abonar la pensión cuando el hijo se encuentre en EEUU durante las etapas lectivas, para reactivarse el pago en los períodos vacacionales en España.

Pero para que pueda suspenderse el pago de la pensión de alimentos es preciso que esa alteración de las circunstancias se pruebe suficientemente, sin que pueda imputarse a quien solicita la revisión de la medida ni ser preconstituida con finalidad de fraude. Además, debe basarse en hechos nuevos que no se previeron ni pudieron preverse al establecerse las anteriores medidas. En todo caso, se valorará el caso concreto.

IV. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico español recoge entre las medidas definitivas previstas para los procesos de familia de nulidad, separación y divorcio, y también en los casos de separación de las parejas de hecho, el pago de una pensión alimenticia por los progenitores a favor de los hijos, al objeto de satisfacer las necesidades mínimas de subsistencia de éstos. Ahora bien, las alteraciones en las necesidades de los hijos, así como las variaciones en los ingresos de los progenitores conllevan efectos dispares, diferentes según los hijos sean mayores o menores de edad, pues mientras que la pensión alimenticia de los hijos menores de edad no puede suspenderse ni extinguirse, pues se presume en ellos la necesidad, salvo por circunstancias excepcionales valoradas caso por caso, si los hijos son mayores de edad es posible la suspensión y extinción de la misma, así como la modificación de su cuantía, que también puede concretarse para los menores de edad.

Es el Juez quien fija la cuantía de la pensión de alimentos, asegurándose de que se adecúe a las necesidades de los hijos, que ciertamente pueden variar en el tiempo y ser diferentes a las que se contemplaron en el momento de cuantificarse la pensión alimenticia. Es por ello que el Juez también puede incrementar, reducir o suspender el pago de la pensión de alimentos, incluso puede extinguirlo si los hijos son mayores de edad, esto es, puede modificar esta medida siempre y cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, que se valorarán caso por caso.

Para justificar la solicitud de aumento o reducción de la cuantía de la pensión se alegan variadas razones, siendo destacable por su reiteración la solicitud de reducción de la pensión por tener el obligado al pago un nuevo hijo nacido de una relación posterior, en cuyo caso se ha fijado como doctrina jurisprudencial que el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior no supone, por sí solo, causa suficiente para modificar la pensión alimenticia, o la solicitud de aumento de la cuantía de la pensión cuando las necesidades de los hijos también han aumentado, por ejemplo, por una declaración de discapacidad del hijo.

Respecto de los hijos mayores de edad es posible también establecer limitaciones temporales para el pago de la pensión de alimentos, que no se admiten respecto de los hijos menores de edad. La razón para ello es tratar de dar una solución a aquellos supuestos en que se entiende

que todavía no existe causa de extinción de la pensión alimenticia, dando un plazo que permita a los hijos procurarse un medio de vida adecuado para su propia subsistencia, pues las Audiencias entienden que la mayoría de edad de un hijo no es causa determinante de la extinción de la obligación de pago de la pensión de alimentos. Pero, al mismo tiempo, se trata de incentivar a los hijos para que obtengan ingresos laborales. También se emplea el criterio de limitar temporalmente el pago de la pensión de alimentos en los casos de prolongación excesiva y voluntaria de situaciones de dependencia económica de los hijos.

Otra de las medidas admisibles, la más drástica, es la extinción de la pensión de alimentos, que únicamente cabe respecto de los hijos mayores de edad. Para que pueda tener lugar es preceptiva la desaparición de los presupuestos legales, ya sea por fallecimiento del alimentante, ya del alimentista, ya por la extinción del vínculo familiar. También se ha justificado en la falta de aplicación y aprovechamiento de los estudios de los hijos o en la actitud de estos retrasando voluntariamente su incorporación al mercado laboral. Pero para que pueda ser efectiva es necesario que el alimentista pueda ejercer efectivamente un oficio o profesión. En cambio, cuando el hijo es menor de edad no cabe la extinción de la obligación del pago de alimentos.

Sin embargo, de concurrir alguna de las causas de desheredación de los hijos también se perdería la pensión de alimentos. En este ámbito se hace necesario recordar la STS de 3 de junio de 2014 que, por primera vez, interpretaba el maltrato de obra del art. 853.2 Cc de forma extensiva, para incluir en esa expresión el maltrato psicológico que pueda generar una actitud hostil de los hijos hacia sus progenitores o la falta de relación con éstos debida únicamente a la actitud del descendiente, generalizándose esta causa para también privar de la pensión de alimentos a los hijos.

Otro de los posibles efectos que puede generar que sobrevengan nuevas circunstancias, en concreto, alguna causa extintiva de la obligación de pago de la pensión de alimentos, con carácter transitorio, es la suspensión de la misma por tiempo determinado o mientras persista la circunstancia tenida en cuenta para su valoración. Es preciso, de nuevo, diferenciar entre los hijos menores y mayores de edad, pues respecto de los primeros no cabe la suspensión del pago en términos generales, aunque sí la fijación de un mínimo vital a favor del hijo que permita cubrir

sus necesidades más básicas, que, por el contrario, es posible respecto de los segundos, tal como ha resuelto recientemente la STS de 3 de enero de 2022, que estableció la suspensión del pago de la pensión de forma intermitente y reiterada durante el período de formación en el extranjero del hijo mayor de edad, de manera que el progenitor deja de abonar la pensión cuando el hijo se encuentre en EEUU durante las etapas lectivas, para reactivarse el pago en los períodos vacacionales en España.

Para concluir, reiterar que en cuanto a la determinación del momento en que se hacen efectivos los cambios que se producen en la cuantía de la pensión de alimentos, es conveniente diferenciar entre la sentencia que fija por primera vez la cuantía de la pensión de alimentos, que produce efectos desde la fecha de la presentación de la demanda, y las posteriores que la modifican, cuya eficacia se produce a partir del momento en que se dictan.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Cabezuelo Arenas, A.L.; “¿Cabe extinguir la pensión cuando el hijo alimentista elige una oposición que se aparta sustancialmente de su trayectoria académica?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, 2021.
- González Valverde, A.; “La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 3, pp. 73-118.
- Méndez Tojo, R.; “Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero”, *Actualidad civil*, 6, 2019.
- Sánchez Alonso, M., “Medidas económicas en relación con los hijos. Pensión alimenticia”, en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 615-718.

VI. JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo:

- STS de 5 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5367).
- STS de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7464).
- STS de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5794).
- STS 30 de abril de 2013 (RJ 2013, 4607).
- STS de 19 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6196).
- STS de 22 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 5994).
- ATS de 14 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 315895).

STS de 14 de febrero de 2019 (RJ 2019, 562).

STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 497).

STS de 3 de enero de 2022 (RJ 2022, 41).

STS de 13 de enero de 2022 (RJ 2022, 435).

Audiencias Provinciales:

SAP Alicante de 10 de febrero de 2000 (AC 2000, 1135).

SAP Badajoz de 14 de marzo de 2003 (JUR 2003, 158331).

SAP de Córdoba de 25 de mayo de 2005 (JUR 2005, 162602).

SAP de Asturias de 25 de abril de 2007 (JUR 2007, 211201).

SAP Asturias de 11 de noviembre de 2013 (JUR 2013, 379685).

SAP Valencia de 2 de marzo de 2015 (JUR 2015, 124832).

SAP Lleida de 23 de julio de 2015 (JUR 2015, 233566).

SAP Jaén de 10 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 30232).

SAP Málaga de 12 de enero de 2016 (AC 2016, 1079).

SAP La Rioja de 5 de junio de 2018 (JUR 2018, 238051).

SAP Zamora de 28 de junio de 2018 (JUR 2018, 263825).

SAP Barcelona de 27 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 327582).

SAP Cádiz de 20 de diciembre de 2018 (AC 2019, 488).

SAP Navarra de 21 de diciembre de 2018 (JUR 2019, 143325).

SAP Ávila de 22 de marzo de 2019 (JUR 2019, 148541).

SAP Murcia de 16 de mayo de 2019 (JUR 2019, 227036).

SAP Barcelona de 5 de junio de 2019 (JUR 2019, 186485).

SAP Vizcaya de 16 de julio de 2019 (JUR 2019, 279591).

SAP Barcelona de 25 de octubre de 2019 (JUR 2019, 304661).

SAP Córdoba de 20 de noviembre de 2019 (JUR 2020, 60201).

SAP Madrid de 12 diciembre de 2019 (JUR 2020, 338474).

SAP Lleida de 17 de diciembre de 2019 (AC 2020, 95).

SAP Albacete de 20 de enero de 2020 (JUR 2020, 101674).

SAP Sta. Cruz de Tenerife de 13 de febrero de 2020 (JUR 2020, 138811).

SAP Albacete de 13 de febrero de 2020, JUR 2020, 141461).

SAP Albacete de 2 de marzo de 2020 (JUR 2020, 150333).

SAP Cádiz de 24 de abril de 2020 (JUR 2020, 224108).

SAP Valladolid de 20 de mayo de 2020 (JUR 2020, 196764).

SAP Valencia de 25 de mayo de 2020 (JUR 2020, 213075).

SAP Murcia de 26 de mayo de 2020 (JUR 2020, 224234).

SAP de La Coruña de 14 de noviembre de 2020 (JUR 2020, 42618).

SAP Cáceres de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021, 36316).

SAP Asturias de 18 de diciembre de 2020 (JUR 2021, 70917).

SAP Barcelona 16 de febrero de 2021 (JUR 2021, 119290).

SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 2021 (JUR 2021, 236281).

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES EN EL PROCESO PENAL DE MENORES EN ESPAÑA * ESPECIAL REFERENCIA A SU MODERACIÓN

Tomás Farto Piay **

Sumario: I. Introducción. II. La responsabilidad civil en la LORPM; 1. Cuestiones preliminares; 2. Régimen legal; 3. Responsabilidad solidaria; 4. Sujetos obligados; 5. Especial referencia a la responsabilidad de padres. III. La facultad discrecional de moderación judicial de la responsabilidad civil; 1. Sujetos cuya responsabilidad puede ser moderada; 2. Presupuesto de aplicación: no favorecimiento de la conducta con dolo o negligencia grave; 3. Fundamento de la moderación; 4. Alcance de la moderación; 5. Motivación. IV. Alegación y prueba; 1. Petición de parte: rogación; 2. Momento procesal de alegación. Postulación; 3. Actuaciones procesales de los responsables; 4. Carga de la prueba. Inversión de la carga de la prueba; 5. Objeto de prueba; 6. Medios de prueba. V. Conclusiones. VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En relación a los delitos cometidos por los jóvenes mayores de catorce años y menores de dieciocho, es la Ley Orgánica 5/2000, de

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor», subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos de I+D+I dentro de los Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I orientado a los Retos de la Sociedad en la convocatoria de 2019 (Ref. PID2019-106700RB-I00).

** Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo.

12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en lo sucesivo LORPM), la norma que se ocupa de regular su responsabilidad penal, con unas previsiones específicas en materia de responsabilidad civil *ex delicto*.

En este sentido, sin perjuicio de la respuesta sancionadora-educativa que propugna la LORPM, lo cierto es que los hechos delictivos cometidos por el menor generan la obligación de reparación o indemnización de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubiesen causado. Esto es, la obligación de hacer frente a la responsabilidad civil derivada del delito para reparar o resarcir a la víctima o perjudicado. Esta responsabilidad civil del menor infractor, y de los demás responsables que deberán responder con éste, se encuentra regulada en los arts. 61 a 64 LORPM, con una previsión expresa relativa a la facultad de moderación de la responsabilidad civil de los responsables solidarios, prevista en el art. 61.3 LORPM.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LORPM

1. Cuestiones preliminares

El art. 19 CP dispone que los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo al CP, de forma que “cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”, dicha normativa ha sido materializada en la LORPM ¹.

¹ El Apartado 4 de la Exposición de motivos de la LORPM se refiere al art 19 CP, que fija la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente. Asimismo advierte que la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.

Así, el art. 1.1 LORRPM dispone su aplicación “para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos delictivos tipificados como delitos o faltas (*ahora delitos leves*) en el Código Penal o las leyes especiales”. De este modo, como sujetos pasivos del ámbito de la LORPM quedan excluidos tanto los menores de 14 años, como prevé expresamente el art. 3 LORPM, por ser inimputables penalmente, como los mayores de 18 años de edad ².

En este orden de cosas, partiendo de la premisa general de que, según se desprende de los arts. 109 y 116.1 CP, toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivan daños y perjuicios, con la obligación de reparación, lo cierto es que el menor infractor que resulte penalmente condenado queda afectado por la obligación de responder civilmente de los daños y perjuicios irrogados por el ilícito penal cometido, disponiendo el art 61.3 LORPM que cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho.

2. Régimen legal

La LORPM dedica su Título VIII, integrado por los arts. 61 a 64, a la regulación de la responsabilidad civil. Así, dentro de las reglas

² Advertir que aún cuando el art. 69 CP señala que “al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga” lo cierto es que la posibilidad de aplicar dicho precepto fue suprimida por LO 8/2006, de 4 de Diciembre, por la que se modificó la LO 5/2000, quedando el art. 69 CP sin efecto y, en consecuencia, la LORPM no es aplicable a personas de entre 18 y 21 años. Así, la STS 438/2021, de 20 de mayo, señala que “la LO 8/2006, de 12-1, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, suprimió definitivamente la posibilidad de aplicar la LO 5/2000 a los comprendidos entre 18 y 21 años, a partir de su entrada en vigor, el 6-2-2007. Así, el art. 1 de esta Ley Orgánica, circunscribe su objeto de aplicación a los menores de 18 años. Por tanto, el art. 69 CP quedó sin efecto”. En el mismo sentido, la STS 11/2016, de 21 de enero.

generales que establece el art. 61, su apartado 1 dispone que la acción para exigir la responsabilidad civil se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, el art. 61.2 prevé la tramitación de una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados, previendo el apartado 4 del precepto la aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, remisión que habrá de entenderse referida al art. 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público por derogación del anterior, y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias.

Por su parte, el art. 61.3 LORPM, además de establecer que responderán solidariamente con el menor sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, prevé la posibilidad de que su responsabilidad pueda ser moderada por el Juez, según los casos, cuando aquellos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, de suerte que contempla la facultad moderadora del órgano judicial de la responsabilidad civil de los obligados solidarios con el menor infractor.

En cuanto a la extensión de la responsabilidad civil el art. 62 LORPM se remite a la regulación prevista en el capítulo I del Título V del Libro I CP, esto es, a los arts. 109 a 115 del texto penal sustantivo, por lo que la responsabilidad civil comprenderá la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, tanto materiales como morales.

El art. 63 LORPM prevé la responsabilidad civil directa de los aseguradores hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda ³.

³ Es un precepto de similar alcance al art. 117 CP, que señala que “Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas

Por último, a modo de cierre del Título VIII LORPM, el art. 64 establece unas reglas de procedimiento en la tramitación para la exigencia de la responsabilidad civil⁴: 1.^a Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción; 2.^a En la pieza de referencia, que se tramitará de forma simultánea con el proceso principal, podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el art. 22, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad; 3.^a El secretario judicial (ahora LAJ) notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles; 4.^a Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales; 5.^a La intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos.

del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”.

⁴ Vid. Garcandía González, P.M., “Tratamiento procesal de la responsabilidad civil en el proceso penal de menores tras la reforma de 2006: reflexiones a la luz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, de 26 de noviembre”, REDUR 5, 2007, págs. 33-38.

Ciertamente, tras la reforma operada en la LORPM por la LO 8/2006 estas previsiones sobre la incoación y tramitación de la pieza de responsabilidad civil han quedado limitadas a la determinación, en su caso, de las posibles partes civiles. En tal sentido, el sistema previsto inicialmente en la LORPM se ha modificado toda vez que, a diferencia del régimen anterior, tras la LO 8/2006 el régimen legal del proceso penal de menores prevé el ejercicio acumulado de las pretensiones penales y civiles de manera conjunta y que serán decididas en la misma sentencia ⁵.

Es así, en relación a lo expresado, además de las citadas previsiones la LORPM contiene otras disposiciones que afectan y guardan relación con la responsabilidad civil y con su exigencia o a efectos de su determinación en el proceso penal de menores.

De entre ellas, procede destacar que el art. 4 LORPM, relativo a los derechos de las víctimas y de las personas perjudicadas, establece el derecho de éstas a personarse y ser parte en el expediente, a cuyo fin el LAJ les informará según lo previsto en los arts. 109 y 110 LECrim, así como de su derecho a nombrar dirección letrada o instar su nombramiento de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, se les informará de que, de no personarse ni hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercerá si correspondiere. Una vez personadas, prevé el precepto que podrán tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.

En cuanto al procedimiento previsto en la LORPM, por su incidencia en cuanto a la responsabilidad civil, destacar el art. 31 que prevé que una vez recibido el escrito de alegaciones, o acusación, del MF el Juez de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual se dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes.

⁵ Sobre este tema, vid. Guzmán Fluja, V., “Responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, en GONZÁLEZ Pillado, E. (Coord.), *Proceso penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 318-330.

Una vez evacuado el trámite de alegaciones de las acusaciones, el art. 31 LORPM dispone que el LAJ dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.

Asimismo, en cuanto a la sentencia que se dicte, si existe conformidad del menor y su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores, se dictará sentencia sin más trámite, si bien si no existiese conformidad con la responsabilidad civil, sea por el menor y su letrado o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, se sustanciará el trámite de la audiencia practicándose la prueba propuesta sólo en lo relativo a esta cuestión (arts. 32 y 36.4 LORPM).

La sentencia, como prevé el art. 39 LORPM, resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito, con el contenido indicado en el art. 115 CP, es decir, estableciendo razonadamente las bases en que se fundamenta la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución ⁶. Hay que reseñar, en este punto, que el derecho a la presunción de inocencia no opera en sede de responsabilidad civil puesto que la petición de indemnización mantiene su naturaleza estrictamente civil aun cuando se determine en el juicio penal, de forma que no cabe el principio de presunción de inocencia, no alcanza a los hechos que dan lugar a responsabilidad civil pues es aplicable exclusivamente en el ámbito del proceso penal en la formulación del juicio sobre la culpabilidad o inocencia ⁷.

3. Responsabilidad solidaria

El art. 61.3 LORPM dispone que “cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán

⁶ La Circular FGE 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del MF en materia de reforma de menores advierte que resulta posible diferir para la fase de ejecución la determinación de la cuantía concreta de la indemnización, si bien es necesario fijar en la sentencia las bases para su determinación.

⁷ STC 30/1992, de 18 de marzo; SSTS 925/2021, de 25 de noviembre; 168/2020 de 19 de mayo; 302/2017, de 27 de abril; 639/2017, de 28 de septiembre.

solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”. De esta forma, se viene a establecer una responsabilidad solidaria de los sujetos obligados por el precepto con el menor infractor, solidaridad que se refrenda en el Apartado 8 de la Exposición de motivos de la ley al advertir que, en atención a los intereses y necesidades de las víctimas, se “introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma” ⁸.

Se trata, en consecuencia, de una responsabilidad solidaria, si bien ello resulta, en parte, modulado por la facultad judicial de moderación de la responsabilidad civil ⁹.

⁸ Sobre la responsabilidad civil en el proceso penal de menores, vid., Bonilla Correa, J., *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 195-235; De La Rosa Cortina, J.M., *Responsabilidad civil por daños causados por menores. Aspectos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 37-68; Dolz Lago, M.J., “La responsabilidad civil derivada del delito en la lorpm seminario de especialización en menores: protección y reforma”, 2013, págs. 10-14 (<http://cej-mjusticia.es>, última consulta: 11/06/2022); Yzquierdo Tolsada, M.M. “¿Por fin menores civilmente responsables? reflexiones a propósito de las reformas de 2015”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 19, núm. 2, 2016, págs. 46-48; Guzmán Fluja, V., “Responsabilidad civil...”, págs. 297-310; Paños Pérez, A., *La responsabilidad civil de los padres por daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 148-165.

⁹ En este sentido, Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, págs. 206-207) expone que se trata de determinar si, en caso de varios responsables solidarios, la solidaridad alcanza a todos para responder de forma conjunta y por igual cuantía, o si es posible la moderación de forma independiente; y señala que en estos supuestos la solidaridad quiebra por la facultad de moderación, el introducir el factor de culpa para fijar y modificar la cuantía hace que, con base en esta culpa, que no tiene que ser igual en ambos, se pueda moderar más o menos la cantidad por la que deba responder el responsable solidario, que, para el caso en que sean dos, pensemos en padres o tutores, la cuantía, en atención a esa culpa, podría ser diferente. En este caso, la solidaridad existirá respecto de la cantidad a que haya sido condenado el progenitor que menos culpa o negligencia haya tenido, respecto del resto no hay solidaridad, y esto

Como obligación solidaria, el acreedor resulta legitimado para reclamar el cumplimiento íntegro a cualquiera de los obligados y, en consecuencia, cada uno de los deudores solidarios deviene obligado al pago, sin perjuicio, en principio, del derecho del deudor que haya satisfecho la responsabilidad civil a reclamar del resto la parte que le corresponda a cada uno de ellos en vía de regreso. Ahora bien, esta premisa general referida al ejercicio de la acción de regreso propia de las obligaciones solidarias genera no pocos problemas de interpretación en relación al art. 61.3 LORPM y a cuál ha de ser la normativa de aplicación en el proceso civil en el que se ejercita la citada acción ¹⁰.

Asimismo, puede señalarse que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, o cuasi-objetivo ¹¹, pues tal naturaleza también resulta matizada por la posibilidad de moderación de la responsabilidad *ex* art. 61.3 LORPM, en caso de que no se hubiese favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave ¹².

afectará no sólo a las relaciones internas, sino también a la relación externa, incluso con el propio perjudicado. Esto supone fraccionar la responsabilidad civil en aquellos casos en que la conducta de las diferentes personas a responder haya sido diferente; existiendo solidaridad en aquella cantidad en la que ambos responden de igual manera, y respecto del exceso de cantidad de la que deba responder uno sólo por una mayor culpa por su parte la responsabilidad no será solidaria con respecto del otro cónyuge, sino sólo respecto de con el menor.

¹⁰ De La Rosa Cortina, J.M., *Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, págs. 450-451.

¹¹ La SAP Alicante 41/2017, de 6 de febrero, señala que “la responsabilidad de los padres puede calificarse de cuasi-objetiva. A ellos corresponderá, por tanto, justificar los motivos en que se sustenta la solicitud de moderación”. La SAP Madrid 158/2021 de 7 de mayo se refiere a un sistema cuasi-objetivo.

¹² Dolz Lago (“La responsabilidad civil derivada del delito...”, *op. cit.*, págs. 10-14) considera que “esta responsabilidad tiene un carácter objetivo y quiebra el principio de culpabilidad civil o penal, sustrato de toda responsabilidad civil, en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.902 del CC y arts. 109 a 126 del CP, en especial, art. 116). Incluso el art. 1903 del Código Civil, que sanciona la responsabilidad por actos de aquellas personas de quienes se debe responder (v.gr. hijos), declara exenta esta responsabilidad «cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», justificación que no se admite en la responsabilidad solidaria del art. 61.3 de la LORPM aunque el precepto si permita su moderación cuando los padres no hayan favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, lo que no evita la condena civil que siempre acontecerá con mayor o menor quantum”. Por su parte,

Es, por ende, una responsabilidad civil que se configura de forma más gravosa para los responsables solidarios respecto de otras previstas en nuestro ordenamiento jurídico penal ¹³, como la prevista en los arts. 116.2, 120 o 121 CP ¹⁴, lo que determina un beneficio para los intereses de víctimas y perjudicados.

Y es que, en relación a lo anterior, en cuanto su fundamento, o fines, esta responsabilidad aboga por, de un lado, amparar, más y mejor, el derecho de las víctimas, al no tener que probar la culpa del responsable civil y consiguiendo por ello la indemnización de los daños sufridos, protegiéndola asimismo de la más que probable insolvencia del menor infractor y, de otro, conseguir una mayor implicación de los padres y demás sujetos responsables en el proceso de socialización de los menores ¹⁵.

Por ende, existe un doble fundamento, la protección de las víctimas al liberarles de la prueba de la culpa del responsable civil, con un sistema objetivo o cuasi-objetivo; y la mayor implicación de los padres, tutores o guardadores con la imposición de consecuencias reparadoras de las infracciones que éstos cometan ¹⁶.

4. Sujetos responsables civiles

En lo que atañe a los sujetos responsables, además del menor infractor, que es responsable civil directo, el art. 61.3 LORPM prevé la responsabilidad civil, solidaria, de los padres, tutores, acogedores y

De La Rosa Cortina (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, pág. 39) se refiere al carácter cuasiobjetivo de la responsabilidad.

¹³ Yzquierdo Tolsada (“¿Por fin menores civilmente...”, *op. cit.*, pág. 46) advierte que la norma resulta mucho más severa que CC y CP, una responsabilidad objetiva.

¹⁴ Así, el art. 120 CP dispone que “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente...”, o el art. 121 CP que prevé que Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, “responden subsidiariamente” de los daños causados por los penalmente responsables.

¹⁵ SAP Jaén 222/2020, de 9 de diciembre.

¹⁶ SAP Madrid 158/2021, de 7 de mayo.

guardadores legales o de hecho ¹⁷, por este orden, de lo que se colige que el menor es, en todo caso, responsable civil como responsable del hecho delictivo ¹⁸.

Con carácter previo ha de reseñarse que, además del menor responsable de los hechos y los obligados previstos en el art. 61.3 LORPM, pueden existir otros sujetos que también deban responder civilmente, si bien al margen del proceso penal de menores. Es el caso tanto de la concurrencia de un responsable penal mayor de 18 años por los mismos hechos objeto de condena del menor, cuya responsabilidad, penal y civil, se ventilaría ante la jurisdicción penal ordinaria, como del posible responsable menor de 14 años que, al no ser imputable penalmente, deberá responder ante la jurisdicción civil por la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC y, por aplicación del art. 1903 CC, los padres bajo cuya guarda se encuentre el menor.

En cuanto a los responsables solidarios *ex art.* 61.3 LORPM, esto es, padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, cumple reseñar que para la determinación de quienes ostentan la condición de tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho habrá de acudir a la regulación prevista en el Código Civil ¹⁹.

En cuanto a esa relación de responsables, es cuestión controvertida si dicha enumeración constituye una lista tasada o, por el contrario, se admiten otros posibles responsables, como es el caso de los centros de enseñanza o escolares, no previstos en el precepto de la LORPM, a diferencia del art. 1903 CC que sí los contempla expresamente. Pues bien, en relación a ello lo cierto es que, pese a que no figuren expresamente designados, los centros escolares pueden ser responsables civiles solidarios en los procesos penales de menores, y así lo entiende la doctrina ²⁰, por razones de economía procesal y de protección de las

¹⁷ Sobre la responsabilidad de los sujetos obligados, vid. Bonilla Correa, J., *La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, págs. 285-405; De La Rosa Cortina, J.M., *Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, págs. 69-156; Guzmán Fluja, V., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, págs. 299-306.

¹⁸ Garcandía González, P.M., “Tratamiento procesal de la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pág. 6.

¹⁹ Dolz Lago, M.J., “La responsabilidad civil derivada del delito...”, *op. cit.*, pág. 6.

²⁰ De La Rosa, J.M., *Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, pág. 283.

víctimas, y ello bien considerando al centro escolar como guardador de hecho del art. 61.3 LORPM como en aplicación supletoria de los arts. 120 CP y 1903 CC. Esta posición que admite la responsabilidad de los centros de enseñanza ha sido acogida por la denominada jurisprudencia menor ²¹.

Otra cuestión relevante, y discutida en cuanto a su aplicación y efectos, es la que atañe a si la responsabilidad de los diferentes obligados solidarios, en caso de concurrencia de varios, es excluyente o cumulativa, esto es, cual haya de ser el sistema de responsabilidad que disciplina el art. 61.3 LORPM, toda vez que el precepto se refiere a los responsables “por este orden”, expresión que genera la citada controversia sobre la que se ha dado en denominar responsabilidad en cascada ²².

Sobre esta cuestión se han planteado tres sistemas diferentes: a) orden excluyente, que supone que la existencia de sujetos de un grupo anterior excluye a los siguientes; b) orden acumulativo, que admite una responsabilidad solidaria de sujetos de distintas categorías; c) tesis de la gestión efectiva del proceso educativo, de suerte que serán responsables civiles solidarios los sujetos que en el momento de suceder los hechos delictivos eran los gestores reales del proceso educativo del menor, con independencia de la concurrencia de personas o entidades de categorías anteriores ²³.

²¹ SAP Cantabria 94/2003, de 23 de diciembre; SAP Álava 120/2005, de 27 de mayo; SAP La Rioja 43/2005, de 7 de marzo; SAP Málaga, 572/2009, de 9 de noviembre.

²² Dolz Lago (“La responsabilidad civil derivada del delito...”, *op. cit.*, pág. 12) se refiere a responsabilidad en cascada, a la vista de la expresión “por este orden”; De La Rosa, José Miguel, *Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, pág. 55.

La Circular FGE 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, señala que pese a que el sistema que ha sido doctrinalmente denominado de responsabilidad solidaria en cascada conforme al que responden solidariamente con el menor de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden sigue siendo objeto de controversia, sin que la dispersa jurisprudencia menor haya llegado a una solución uniforme en su alcance e interpretación.

²³ Durán Silva, C., “Acerca de la legitimación de los padres y tutores en el proceso penal de menores: examen de su régimen de intervención”, en Asencio Mellado,

Al respecto, la doctrina imperante Audiencias Provinciales es que, pese a que una interpretación literal del art. 61.3 LORPM llevaría a una responsabilidad excluyente en atención al orden que establece, una interpretación lógica y sistemática conduce a entender que el legislador ha pretendido que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que el artículo 61.3 enumera, en la que en el momento de los hechos cometidos por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, o alguno de ellos. Así, el fundamento de esa responsabilidad conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos respondería al control, siquiera potencial, que pueden ejercer sobre la conducta del menor y por tanto la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa, de ahí que el orden previsto legalmente no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia de este va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, si parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de forma solidaria y sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios ²⁴.

Esto es, no existe un orden excluyente *per se* sino que ante la concurrencia de distintos responsables habrá de determinarse su participación en el proceso de gestión educativa del menor y el ejercicio sobre éste de un control, aunque sea potencial o cuasi-potencial, de su comportamiento, de lo cual emana la responsabilidad conjunta y solidaria ²⁵.

JM; Fernández López, M. (Coords.), *Proceso y daños. Perspectivas de la justicia en la sociedad del riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 208-210.

²⁴ SAP Cáceres 216/2021, de 30 de julio; SAP Guipúzcoa 101/2021, de 23 de julio; SAP Baleares, Sección 2.ª de 16 de marzo de 2021. En el mismo sentido, SSAP de Málaga 572/2009, de 9 de noviembre, y 654/2011, de 10 de diciembre; Sentencia 248/2010 de AP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de mayo de 2010, AP de Almería de 8 de julio de 2011, Álava, sentencia 46/2009 de 13 de febrero y AP de Pontevedra, Sección 2.ª 43/2011.

²⁵ La Circular FGE 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores,

5. Especial referencia a la responsabilidad civil de los padres

Toda vez que en la mayoría de supuestos los obligados solidarios junto al menor son sus padres, deviene preciso realizar una referencia específica a la responsabilidad de éstos.

Es así que los padres, según se ha expuesto, responderán solidariamente con sus hijos por mandato del art. 61.3 LORPM, con un régimen específico de responsabilidad que difiere de la responsabilidad extracontractual del CC ²⁶.

El precepto únicamente se refiere a la condición de padres para determinar su responsabilidad solidaria junto al menor, sin que se circunscriba expresamente tal responsabilidad a la titularidad de la patria potestad, o se anude a la guarda o custodia del menor, o a la convivencia, lo cual genera problemas interpretativos y de aplicación ²⁷.

En tal sentido, se ha venido circunscribiendo la responsabilidad de los padres en base a dos criterios de imputación, la culpa *in educando*, más relacionada con el ejercicio de la patria potestad, y la culpa *in*

señala que “En el momento de elaborar el escrito de alegaciones deberá promoverse la exigencia de responsabilidad civil a todos los potenciales responsables civiles (art. 61.3 LORPM)”, si bien advierte que “no obstante, no se ejercitarán acciones civiles frente a personas o entidades respecto de las que haya quedado claro que no tenían ninguna responsabilidad en la formación, custodia o vigilancia del menor”.

²⁶ La SAP Madrid 42/2021, de 15 de febrero dice que el régimen de la responsabilidad civil de los progenitores contemplado en el art. 61.3 LORPM 5/2000 se trata de un régimen especial que excluye la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, añadiendo que tal especialidad no sólo se desprende de la referida ley orgánica, sino también de lo dispuesto en los arts. 1.902 y 1.903 CC.

²⁷ Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, pág. 285) señala que el art. 61.3 LORPM emplea la dicción padres, ni patria potestad ni guarda, ni especifica ningún otro requisito, como la compañía o convivencia. La cuestión es si, pese a la terminología, la Ley, cuando habla de padres, quiere referirse a patria potestad, o bien el hecho determinante para responder es la paternidad, sin que sea necesario que el menor se encuentre sometido a la patria potestad, o, por último, que lo decisivo sea el requisito de la guarda. Tampoco hace mención a la trascendencia de que los padres estén casados; o si el régimen económico matrimonial tiene alguna repercusión a estos efectos; ni si la separación, nulidad o divorcio tiene algún alcance.

vigilando que entronca con la guarda y custodia del menor ²⁸, cuestión que se acentúa o adquiere especial relevancia en caso de separación o divorcio de los progenitores ²⁹.

Con carácter general puede sostenerse que la responsabilidad de los padres guarda relación con el deber de educación y con el deber de guarda, así como del ejercicio de las facultades de corrección de forma apropiada, de suerte que del incumplimiento, cumplimiento inadecuado o inobservancia de los citados deberes emana su responsabilidad civil. Partiendo de tales consideraciones, la responsabilidad recae en ambos progenitores, aunque se encuentren separados o divorciados, con tal que no hayan sido privados de las funciones inherentes a la patria potestad ³⁰, y siempre que la privación de la patria potestad sea, por las circunstancias concurrentes en cuanto a tiempo y motivos de dicha privación, causa que determine la no atribución de responsabilidad.

De esta forma el deber de educación, inherente a la patria potestad ³¹, con independencia de la atribución concreta del deber de guarda o de la custodia en el momento de la comisión del hecho delictivo por el menor infractor, se erige en un factor o criterio de atribución de responsabilidad civil más amplio ³², lo cual es más acorde con la

²⁸ Sobre esta cuestión, vid. Bonilla Correa, J., *La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, pág. 294.

²⁹ Vid. De La Rosa Cortina, J.M., *Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, págs. 132-141.

³⁰ Así lo refiere expresamente la SAP Guipúzcoa 101/2021, de 23 de julio.

³¹ Las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010 defienden que la regla mayoritaria es la responsabilidad de ambos progenitores, al entender que la patria potestad integra no solo los deberes de guarda y custodia, sino también de educación y formación integral, con independencia de si tiene o no régimen de visitas, vacaciones, si está o no localizable, si no se relaciona con el hijo desde la infancia.

³² Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, págs. 322-323) considera preferible encauzar la responsabilidad de los padres sobre la base de la patria potestad frente a la guarda, pues, entiende, ambos padres pueden ser declarados responsables en los casos de separación, nulidad o divorcio, con independencia de haber atribuido a uno u otro la guarda y custodia del menor. De La Rosa Cortina (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, pág. 132) señala que un supuesto especialmente complejo es el del tratamiento de la responsabilidad de padres separados, de hecho o de derecho o divorciados, pues el art. 61.3 LORPM, a diferencia del art. 1903 CC, no exige para que la responsabilidad de los padres

naturaleza objetiva y el fundamento de la responsabilidad civil diseñada por la LORPM ³³.

No obstante, cabe matizar que la concreta guarda y custodia puede desplegar, en determinados supuestos, efectos en orden a poder justificar la moderación de la responsabilidad civil por aplicación del art. 61.3 LORPM respecto de alguno de los progenitores, más en concreto de quien no tuviese la guarda en el momento de los hechos ilícitos ³⁴.

Por su parte, también se plantea la incidencia de los supuestos de extinción de la patria potestad por emancipación del menor responsable

o tutores que el menor esté bajo la guardia de los mismos, por lo que la tesis de la responsabilidad solidaria de ambos progenitores aún en supuestos en los que el menor conviva con uno solo de ellos adquiere mayor fuerza.

³³ Durán Silva (“Acerca de la legitimación de los padres...”, *op. cit.*, pág. 196) advierte que la *culpa in educando* es el fundamento empleado por la LORPM para atribuir la responsabilidad a los padres.

³⁴ Como refiere De La Rosa Cortina (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, págs. 139-140), que los padres no convivan y, por tanto, que de uno de ellos no tenga bajo su guarda al menor en el momento de cometerse los hechos puede generar consecuencias. La responsabilidad alcanzará tanto al progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia, como al que no, sin perjuicio de las facultades de moderación del Juez que, en estos casos, pueden justificadamente desplegar su operatividad. En cuanto a la operatividad de la moderación, advierte el autor que como regla general el progenitor que no tuviera la guarda efectiva podrá ver moderada su responsabilidad, debiendo interpretarse con flexibilidad qué ha de entenderse por tener al hijo bajo la guarda, que podrá abarcar situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio. Puede ser principal responsable de los daños causados por el hijo el progenitor quien, aun no ostentando la guarda y custodia, estuviera ejerciendo el derecho de visitas. En todo caso, como premisa, cree que cuando la guarda y custodia se ejerciera únicamente por uno de los progenitores por dejación de las obligaciones del otro parece claro que el progenitor no custodio debe responder *in integrum* pues, en otro caso, se daría un tratamiento privilegiado al progenitor que incumple las obligaciones de la patria potestad y las obligaciones de vigilar y educar. Para otros supuestos, habrá de distinguirse en el caso de padres que no vivan juntos si el daño puede fundarse en culpa *in vigilando* o en culpa *in educando*. Si trae causa en culpa *in vigilando*, habrá de responder con carácter principal el progenitor que en el momento tuviere bajo su guarda al menor: bien el progenitor que tuviera atribuida la guarda y custodia, bien el progenitor que, pese a no tenerla atribuida se encontrara disfrutando de derecho de visitas, y el otro progenitor habrá de ver su responsabilidad moderada.

de los hechos en relación a la responsabilidad civil de los padres y su posible exoneración. Pues bien, relación a esta cuestión las posiciones pueden ser diversas en función no sólo de las causas de emancipación, sino de los verdaderos fines perseguidos y si éstos son exclusivamente elusivos de la responsabilidad civil de los padres ³⁵.

Así, en sede de la modalidad de emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, que requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y la consienta (art. 241 CC) o ante la equiparación a la emancipación del hijo mayor de dieciséis años que, con el consentimiento de los progenitores, viviere independientemente de estos (art. 243 CC), como situaciones que habilitan al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, con excepciones (art. 247 CC), parece que esa finalización de los deberes inherentes a la patria potestad por emancipación puede determinar la exoneración de los padres como responsables civiles del hijo emancipado ³⁶. No obstante ello, esa premisa general quiebra en situaciones de emancipaciones ficticias o fraudulentas, apartadas de una situación real de base para la emancipación, cuyo verdadero objetivo radica en evitar, precisamente, la declaración de responsabilidad de los padres del emancipado ³⁷.

En determinados supuestos los padres del menor son a su vez las víctimas o perjudicados del delito perpetrado por su hijo. En tales supuestos se plantean diversas situaciones en relación a la responsabilidad civil dimanante de los hechos delictivos que pueden determinar

³⁵ Sobre la emancipación del menor en relación a la responsabilidad civil, vid. Bonilla Correa, J., *La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, págs. 327-332.

³⁶ Así, Guzmán Fluja, V., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, págs. 306-307.

³⁷ En este sentido la Circular FGE 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, expone que: “Los supuestos de emancipación tácita por vida independiente, prevista en el art. 319 CC, no suponen la exclusión de la responsabilidad civil solidaria de los padres.

Tras la formal emancipación del menor de edad por matrimonio, por concesión judicial o por concesión de los padres, cesa la responsabilidad civil de sus padres o tutores respecto de hechos cometidos con posterioridad. No obstante, este principio general debe excepcionarse en los supuestos en los que por las propias circunstancias concurrentes, pudiera llegarse a la conclusión de que la emancipación formalmente declarada por concesión de los padres ha sido realizada en fraude de Ley”.

la no exigibilidad de responsabilidad civil por los hechos a los progenitores que a su vez resultan ser víctimas o perjudicados por el propio delito cometido ³⁸.

III. LA FACULTAD DISCRECIONAL DE MODERACIÓN JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La facultad judicial de moderar la responsabilidad civil dimana del art. 61.3 LORPM, precepto que dispone que cuando los responsables solidarios (padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho) no hubiesen favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez, según los casos.

La previsión legal de una facultad judicial de moderación de la responsabilidad civil no es cuestión exclusiva de la LORPM pues existen

³⁸ En este sentido, Dolz Lago (“La responsabilidad civil derivada del delito...”, *op. cit.*, pág. 12) hace referencia al dictamen 11/2010 de la Fiscalía de Sala Coordinadora de Menores sobre cómo actuar cuando los padres son víctimas del delito cometido por el menor, concluyendo que:

“1.^a En aquellos supuestos en que como consecuencia de la agresión de un hijo menor a alguno de sus progenitores aparezca como perjudicado una entidad sanitaria, por los gastos prestados de asistencia médica, no se entiende procedente que por la Fiscalía se dirija contra dicho progenitor, al ser víctima del hecho, la acción para exigir la responsabilidad civil solidaria del art 61-3 LORPM, sin perjuicio de que la entidad sanitaria, si lo estimase oportuno, pueda personarse y ejercitar la acción civil conforme al artículo 61-1 LORPM.

2.^a Respecto al otro progenitor que, en los mismos casos, conviva en el núcleo familiar, pero no hubiera recibido asistencia sanitaria, tampoco deberá ejercitarse dicha acción civil si resultase ser también uno de los sujetos pasivos por los hechos típicos de violencia doméstica cometidos por el menor. En el caso de que no fuese reputado como víctima, se ponderarán todas las circunstancias concurrentes para excluirle o moderar ampliamente su responsabilidad civil.

3.^a Cuando en esos mismos casos no existiese convivencia entre los progenitores, no hay obstáculo para reclamar del progenitor no custodio la responsabilidad civil solidaria del art. 61-3 LORPM, valorando debidamente las circunstancias que alegase el obligado al pago y que pudieran contribuir a su moderación”.

otras disposiciones legales que prevén una posibilidad de moderación. Así, el art. 1103 CC dispone que la responsabilidad que proceda de negligencia podrá moderarse por los Tribunales según los casos. Por su parte el art. 114 CP prevé que, si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

Esta última facultad moderadora prevista en el art. 114 CP deviene aplicable al proceso penal de menores, y así resulta de la remisión expresa efectuada por el art. 62 LORPM. Ello determina que es posible que la responsabilidad civil a establecer en sentencia resulte moderada por la contribución de la víctima en el resultado lesivo o dañoso.

La facultad de moderación de la responsabilidad civil de los obligados solidarios en aplicación del art. 61.3 LORPM no es, desde luego cuestión baladí, toda vez que los importes de las responsabilidades civiles a cuyo pago puede resultar condenado el menor responsable puede ser de una importancia muy relevante. Así sucede ante tipos delictivos en que se produce el fallecimiento de las víctimas (asesinato, homicidios) lesiones importantes o delitos contra la libertad e indemnidad sexual, con inclusión de la reclamación por las administraciones competentes de los gastos por asistencia sanitaria prestada a las víctimas, delitos contra el patrimonio o en los ciberdelitos o delitos cometidos a través de internet, bien sean de naturaleza patrimonial o bien afecten a bienes jurídicos de carácter personal, como sucede en delitos contra la intimidad, en los cuales las indemnizaciones en concepto de responsabilidad civil (*ad exemplum* daño moral) pueden ascender a importes elevados.

Ello determina que la posible moderación, o reducción, de la responsabilidad civil del obligado solidario revista una enorme trascendencia en cuanto al ámbito económico — patrimonial.

De otro lado, tampoco se puede obviar la repercusión que una eventual moderación de la responsabilidad civil del obligado solidario puede suponer para la víctima o el perjudicado por el delito, al afectar a las posibilidades de obtener la reparación o satisfacción total del daño o perjuicio sufrido, pues los menores no son, generalmente, solventes, ello sin perjuicio de que dicho menor queda obligado *pro futuro* a hacer frente a las responsabilidades civiles en caso de mejorar su situación económica.

1. Sujetos cuya responsabilidad puede ser moderada

En relación a los sujetos cuya responsabilidad es susceptible de ser moderada por la vía del art. 61.3 LORPM, hay que partir de que esta moderación no puede alcanzar al menor responsable del ilícito penal.

Al resto de sujetos pasivos obligados por el art. 61.3 LORPM les podrá ser de aplicación la facultad de moderación de la responsabilidad civil ³⁹, con la minoración de la cuantía indemnizatoria a cuyo pago devienen obligados si concurren los requisitos o presupuestos precisos a tal efecto. Incluso en aquellos supuestos en que dentro de la misma categoría de responsables solidarios pueden concurrir varios sujetos, como ocurre en caso de progenitores divorciados o separados, la minoración podría operar respecto de alguno de ellos o incluso con distinto alcance en función de las circunstancias concurrentes ⁴⁰.

2. Presupuesto de aplicación: no favorecimiento de la conducta con dolo o negligencia grave

De acuerdo con lo previsto en el art. 61.3 LORPM la facultad de moderación procede únicamente cuando el sujeto obligado no hubiere

³⁹ Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, pág. 267) advierte que no faltan autores que, con ánimo de conciliar la reparación de la víctima y los principios que informan la responsabilidad civil, y en atención a la dicción empleada por el legislador de “según los casos”, proponen limitar el instituto de la moderación a determinados responsables solidarios, como acogedores o guardadores, de modo que tutores y padres serían los únicos sujetos a los que la moderación no se les aplicará, si bien señala que esta limitación en función de los sujetos no casa bien con la dicción de la Ley por lo que, entiendo, la moderación no tiene ninguna limitación por razón de los sujetos.

⁴⁰ Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, pág. 268) plantea si ante la hipótesis de varios sujetos dentro del mismo grupo de responsables, padre y madre, varios tutores, etc., se puede tener en cuenta el comportamiento individual de cada uno a fin de poder aplicar sólo a uno la moderación; es decir, si la actuación de uno ha sido diligente, y la del otro no, ver si es posible moderar la cuantía sólo al que fue diligente, y señala que sería apropiado tener en cuenta las conductas individuales.

favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave ⁴¹, lo que exige una labor de interpretación de tales conceptos en orden a su concreción en el caso concreto ⁴². Del precepto se colige que podría aplicarse la facultad moderadora no sólo ante una actuación diligente, sino también cuando la negligencia no haya sido grave.

La citada previsión lleva a entender que en caso de negligencia, o culpa “no grave”, se podría aplicar, motivadamente, la facultad de moderación o, lo que es lo mismo, supone que, pese la concurrencia de negligencia o culpa no grave del responsable civil éste va a tener que responder igualmente, si bien cabe que su responsabilidad sea moderada ⁴³.

En tal sentido, a efectos de determinar cuál haya de ser la culpa “no grave” susceptible de generar la minoración de la responsabilidad, se ha planteado si procede su identificación con la culpa leve o si, por el contrario, únicamente puede equipararse con la denominada culpa levísima ⁴⁴.

⁴¹ Para Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, pág. 251) hubiese sido más afortunado términos como diligencia o cuidado, según advirtió el informe del CGPJ.

⁴² Sobre estos conceptos, vid. Bonilla Correa, J., *La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, págs. 248-251.

⁴³ De La Rosa (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, págs. 367-368) señala que, aunque no concurra culpa se seguirá respondiendo por los actos del menor, si bien cabrá la moderación. Por tanto, la responsabilidad de los obligados solidarios no requiere culpa pero, no obstante, la ausencia de culpa grave se tiene en cuenta, no para la exoneración pero sí para reducir el quantum indemnizatorio a cargo de los responsables solidarios.

⁴⁴ Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, págs. 251-252) refiere que el legislador habla de dolo o negligencia grave, pero no alude a la culpa o negligencia en grado leve o levísimo. La primera entendida como la omisión de la diligencia de un padre de familia medio, aquella diligencia adoptada por cualquier padre de familia. La segunda, culpa levísima, como la omitida por un padre de familia escrupuloso y cuidadoso. En el supuesto de culpa leve no procede la facultad de moderación, y así se podría entender si se interpreta esta cuestión con la alusión “según los casos” que emplea el precepto; encontrarnos en esta hipótesis significa que se ha omitido una diligencia “en grado medio”, aquella diligencia que una persona normal no omite, por lo que no debe proceder la moderación, o por lo menos basándose en este criterio, el de la existencia o no de culpa. En cuanto a la culpa levísima, se equipararía al supuesto de comportamiento de forma diligente y, en consecuencia, se podría usar la moderación.

En todo caso, con independencia de si la intelección del concepto de negligencia “no grave” ha de reconducirse a las categorías civiles de culpa leve o levisima ⁴⁵, lo cierto es que a efectos de determinar la concurrencia de una actuación o comportamiento diligente o sin negligencia grave que pueda significar la moderación de la responsabilidad *ex art. 61.3 LORPM* habrá que estar y atender a las circunstancias concretas de cada supuesto, ponderando la observancia y cumplimiento por parte de los padres de los deberes, sus esfuerzos desplegados en el proceso de educación y de vigilancia o control, en sentido amplio, ello en atención a la concreta conducta delictiva y la influencia que se pueda colegir que ha tenido sobre ésta ⁴⁶, con especial consideración de factores como la edad del menor a fecha de comisión, circunstancias de su personalidad o enfermedades o dolencias, comportamientos o delitos anteriores, así como referidos al propio delito: lugar, hora etc. ⁴⁷.

⁴⁵ La SAP Madrid 42/2021, de 15 de febrero, señala que la norma establece directamente la responsabilidad solidaria de los padres del menor, sin supeditarla a la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, tratándose de una responsabilidad cuasi-objetiva que permite su moderación, correspondiendo a los progenitores la carga de acreditar que “no favorecieron con dolo o negligencia grave (entendidos como conceptos civiles) la conducta ilícita del menor”.

⁴⁶ Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, págs. 253-254) advierte que es preferible emplear un concepto de negligencia referido a un incumplimiento de deberes, lo que supone necesariamente que los sujetos en cuestión debían actuar de una determinada forma y no lo hicieron. No se trata de averiguar si hubo una infracción genérica al deber de los padres, tutores o guardadores, ya sean legales o de hecho, sino establecer si esa conducta delictiva realizada por el menor tiene relación con un hipotético incumplimiento de los deberes de educación, socialización, vigilancia o control del menor.

⁴⁷ De La Rosa Cortina (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, págs. 370-371) señala de entre los criterios a tener en cuenta el de la edad (a mayor edad las exigencias del deber de vigilar se atenúan), estar o no escolarizado, la personalidad del menor (si el menor presenta alteraciones de conducta o déficits mentales deben adoptarse medidas especiales), el lugar y hora en que sucedieron los hechos (si es a altas horas o en lugares en los que concurren factores de peligro puede llegar a colegirse que el menor no era diligentemente supervisado) y la concurrencia de anteriores comportamientos indebidos por parte del menor (en estos casos es exigible un plus de diligencia por los padres en sus deberes de guarda y custodia y vigilancia de las actividades del menor).

3. Fundamento de la moderación

Otra cuestión a la que procede prestar atención es la que atañe al fundamento de la facultad moderadora contemplada en el art. 61.3 LORPM. En tal sentido, hay que partir de que la responsabilidad civil de los padres se basa en el deber de educación, lo que conlleva el ejercicio de facultades de corrección, así como en el deber de guarda y custodia, respecto del hijo menor. Como se ha señalado, el sistema de obligaciones solidarias del art. 61.3 LORPM responde la doble función de protección y la mayor implicación de los padres con la imposición de consecuencias civiles por las infracciones penales cometidas.

Ahora bien, en contrapartida a la gravosa configuración del régimen de responsabilidad civil contenido en la LORPM para los obligados solidarios, el art. 61.3 ha dispuesto una posibilidad de aplicar una moderación de la misma que mitigue sus consecuencias ante la concurrencia de circunstancias que así lo aconsejen.

De este modo, el fundamento de la facultad de moderación, y de su aplicación, reside la consideración de las conductas, actitudes y esfuerzos llevados a cabo por los padres en orden a la adecuada gestión e implicación en la educación y vigilancia de sus hijos menores, aun cuando ello no haya podido evitar la comisión del ilícito penal ⁴⁸. En suma, se trata de premiar, de algún modo, a los responsables, generalmente los padres, que han gestionado, o se han esforzado cumplidamente, en ese proceso formativo, socializador y educativo de los menores, con una reducción de su obligación solidaria ⁴⁹.

A *sensu contrario*, la consideración del citado fundamento determina el rechazo de la moderación ante supuestos en que se revelen procesos de inadecuada educación o deficiente control sobre el menor.

⁴⁸ SAP Asturias 183/2007, de 28 de junio.

⁴⁹ La SAP Alicante 328/2013, de 31 de mayo, refiere que el fundamento está en la trasgresión del deber de vigilancia, que comprende también los deberes de educación y formación integral del menor, en la tolerancia y respeto de los derechos individuales y propiedad de los demás, estimándose inadecuadas tanto las conductas de dejadez en la educación, como las actitudes de protección y de justificación a ultranza de la conducta del menor.

4. Alcance de la moderación

La moderación de la responsabilidad civil no puede suponer la exclusión total de la obligación de responder de la misma. Así, un obligado solidario no podrá quedar excluido de responsabilidad en base a la aplicación de la facultad moderadora del art. 61.3 LORPM ⁵⁰.

En consecuencia, la moderación únicamente puede afectar, determinando, la extensión o la cuantía de dicha moderación. A tal fin, en nuestros tribunales se ha venido aplicando un sistema de minoración porcentual de la responsabilidad de la cual se exonera al responsable civil, esto es, un sistema de porcentajes de reducción.

Ahora bien, lo cierto es que no hay criterios determinados en cuanto a la fijación de un porcentaje concreto de minoración, lo que implica que habrá que estar al caso concreto para su determinación ⁵¹. No obstante, hay que considerar que dado que no procede la exoneración, tampoco resultaría admisible un reducción cuasi total por vía de moderación, con un porcentaje de reducción muy elevado — próximo al 100% —, pues no se puede orillar que la moderación es excepcional ⁵².

⁵⁰ Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, pág. 275) parte de que en lo que a la cuantía se refiere es complicado fijar el límite a esa moderación. Moderar en modo alguno significa exonerar, por lo que, en principio, debe excluirse cualquier moderación que suponga fijar una responsabilidad simbólica a los responsables solidarios pues la Ley no habla de exonerar, sino que se limita a moderar. De La Rosa Cortina (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, pág. 385) entiende que no puede el Juez apreciar una falta total de culpa o negligencia, y correlativamente exonerar a todos los obligados solidarios de toda responsabilidad. El sistema cuasiobjetivo instaurado por la LORPM supone que los padres (y demás personas señaladas en el artículo) responden solidariamente con los menores haya o no haya dolo o negligencia, en caso de inexistencia de dolo o negligencia grave se podrá moderar la responsabilidad civil, pero ésta seguirá existiendo.

⁵¹ Así, la SAP Alicante 328/2013, de 31 de mayo, advierte que “en cuanto a los criterios para determinar el concreto porcentaje de moderación, se ha de estar al caso concreto, pero ha de tenerse en cuenta que la regla general ha de ser la no moderación o la no rebaja en absoluto, dada la dicción legal, de la que resulta la excepcionalidad de la moderación”.

⁵² SSAP Valencia 95/2009, de 18 de febrero y 22/2010, de 14 de enero.

De la práctica judicial se colige que no hay criterios unívocos sobre el quantum en la aplicación de esta facultad, si bien por lo general no suele exceder del 50%, sin perjuicio de resoluciones que manejan porcentajes mayores, siendo deseable que existiesen criterios más uniformes que, aun conscientes de la dificultad que supone, arrojasen más seguridad jurídica a la cuestión ⁵³.

Además de la cuantía susceptible de moderación judicial, cabe plantearse los efectos que procede conferir a esta moderación, esto es, si la moderación despliega su eficacia sólo entre los obligados solidarios y en relación al menor, pero sin afectar al perjudicado/víctima (eficacia *ad intra*) o si, por el contrario, surte efectos respecto del perjudicado o víctima del delito (eficacia *ad extra*).

A consideración nuestra, procede interpretar que la facultad de moderación tiene efectos *ad extra*, de modo que la minoración de la responsabilidad civil del obligado determina que únicamente responderá en la medida en que la sentencia así lo haya establecido ⁵⁴. Esta es, por otro lado, la interpretación que mayoritariamente sostienen las Audiencias Provinciales ⁵⁵.

⁵³ En las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010 se advertía de la falta de homogeneidad y contradicciones en las causas y los porcentajes de moderación, siendo oportuno unificar doctrina.

⁵⁴ De La Rosa (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, págs. 387-388) se refiere a las dudas sobre la eficacia operativa de la facultad de moderación, pues algunos autores postulan interpretar la moderación de la responsabilidad no como reducción del *quantum*, sino como modificación del régimen de solidaridad, y alguna sentencia ha limitado los efectos de esta moderación al ámbito interno de la solidaridad, pudiendo reclamarse el total a los padres aunque se haya moderado su responsabilidad (SAP Madrid secc.4.ª, n.º 78/2003, de 29 julio). En opinión del autor, la facultad de moderación debe entenderse como posibilidad de reducción del *quantum* indemnizatorio en relación con aquel responsable a quien se le aplica, por lo que aún en caso de insolvencia del menor, el beneficiario de la moderación sólo responderá hasta el porcentaje asignado, por lo que la línea interpretativa correcta es la que atribuye a la moderación efectos no solo *ad intra* sino también *ad extra*, pues en los casos en que se considera que no concurre culpa de los representantes legales y se opta por moderar su responsabilidad, si la insolvencia del menor generara automáticamente la obligación de los beneficiarios de responder por el total la moderación sería poco menos que una entelequia, carente de operatividad práctica, y sus pretendidos efectos de equidad quedarían neutralizados.

⁵⁵ SSAP Burgos 227/2010, de 11 de noviembre; Asturias 154/2004, de 6 mayo.

5. Motivación

La facultad de moderación, que no exclusión, de la responsabilidad civil que norma el art. 61.3 LORPM se configura como de carácter discrecional, toda vez que el citado precepto prevé que la responsabilidad “podrá ser moderada por el Juez, según los casos” ⁵⁶. Esta discrecionalidad en una característica esencial de la moderación legalmente establecida.

Ahora bien, que sea una facultad discrecional no puede determinar que su ejercicio sea arbitrario, de forma que resulta inexcusable que el juzgador motive su decisión al respecto ⁵⁷; deber de motivación que emana, con carácter general del art. 120 CE, así como de los arts. 142.2.^a LECrim y 238.3.º LOPJ, así como por la previsión específica contenida en el art. 39.1 LORPM, precepto que exige la motivación de la sentencia, lo cual entronca, asimismo, con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

En consecuencia, en base a lo solicitado por la parte obligada solidariamente y la prueba existente, el juzgador deberá adoptar una decisión, bien de rechazo bien de aceptación de la minoración, que habrá de estar debidamente motivada, justificando las razones en que sustenta su decisión en referencia a aquellas circunstancias, elementos y medios de prueba en base a los que ha alcanzado su convicción ⁵⁸. Asimismo, en caso de que decida aplicar la facultad moderadora, debería motivar su decisión sobre respecto a la concreta minoración que establece, su *quantum*, en el supuesto sometido a su consideración.

⁵⁶ La SAP Madrid 158/2021, de 7 de mayo, señala que la facultad de moderación es potestativa y no obligatoria.

⁵⁷ Como advierte Bonilla Correa (*La responsabilidad civil ante un ilícito...*, *op. cit.*, págs. 272-273), la Ley sólo habla de una facultad de moderar la responsabilidad por parte del Juez, que no debe entenderse como arbitraria, pese a que no se establezca otro límite que el no concurrir dolo o negligencia grave de los responsables solidarios, por lo que para aplicar el instituto de la moderación debe razonarse por qué lo hace. Esto no quiere decir que se tenga que aplicar con carácter restrictivo, sino que debe estar fundamentado.

⁵⁸ Como destaca la SAP La Rioja 18/2013, de 6 de febrero, la facultad de moderar es discrecional y para su aplicación es necesario que el responsable civil despliegue una actividad probatoria, sin que valgan alegaciones genéricas.

Esa necesidad, en puridad obligación, de motivar se hace más patente en supuestos en que acuerde la moderación, atendido el carácter excepcional que se confiere a dicha facultad judicial ⁵⁹.

III. ALEGACIÓN Y PRUEBA

1. Petición de parte: rogación

La aplicación judicial de la moderación de la responsabilidad civil de los obligados solidarios debe ser solicitada por aquellos que la pretenden. En consecuencia, para poder entrar a decidir y pronunciarse sobre la procedencia o no de la minoración de la misma, deviene necesario que exista una previa petición de parte, en aplicación del principio de rogación, sin que el órgano judicial pueda aplicar la facultad moderadora sin solicitud expresa, so pena de vulnerar el principio dispositivo ⁶⁰.

Por ende, la facultad de moderación del art. 61.3 LORPM no puede ser aplicada de oficio, sino a instancia de parte, lo cual está en consonancia con la naturaleza disponible de la responsabilidad civil *ex delicto*.

Ahora bien, deberá entenderse que si la parte obligada como responsable civil solicita su exoneración como tal dentro de su solicitud habría de entenderse incluida, siquiera implícitamente, la petición de moderación, por lo que el juzgador puede pronunciarse, y acordar, la moderación sin quiebra del principio o deber de congruencia.

2. Momento procesal de alegación. Postulación

Partiendo de la necesidad de solicitud de parte, lo primero que hay que determinar es el relativo al momento procesal en que puede ser invocada.

⁵⁹ La SAP Madrid 42/2021, 15 de febrero, dice que el precepto atribuye al órgano judicial una facultad discrecional de moderación, que no parece que pueda sujetarse en su aplicación a precisas reglas matemáticas, sino a parámetros de razonabilidad, en función de las circunstancias, sin olvidar que la naturaleza cuasi objetiva de la responsabilidad solidaria y la excepcionalidad de su moderación, es garantía del resarcimiento del perjudicado.

⁶⁰ SAP Valencia 22/2010, de 14 de enero; SAP Burgos 227/2010, de 11 de noviembre.

En tal sentido, hay que partir de que a los responsables civiles en la denominada pieza de responsabilidad civil (arts. 61 a 64 LORPM), como dispone la regla 3.^a del art. 64, el LAJ notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles, estableciéndola regla 4.^a del citado precepto que una vez personados los presuntos perjudicados y los responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales. Es evidente que aunque no exista personación de los posibles responsables civiles, ello no determina que no pueda exigírsele la responsabilidad civil que proceda en el proceso penal en orden a su condena en sentencia.

Cabe advertir que, si bien del tenor del art. 64. 4.^a LORPM pudiera desprenderse que el Juez de Menores pudiera determinar que los responsables civiles queden excluidos del proceso en esa pieza de responsabilidad civil, se antoja que tal interpretación no resulta procedente toda vez que ello deberá sustanciarse y decidirse en la audiencia o juicio tras la práctica de la prueba, a excepción de aquellos supuestos que, por su evidencia, es palmario que el sujeto no ostenta la condición de responsable civil en el asunto concreto ⁶¹.

En consecuencia, de conformidad con las previsiones del proceso penal de menores, la responsabilidad civil se va a ventilar en el proceso principal, ello cuando se ejerciten las pretensiones penales y las civiles conjuntamente, sin que medie reserva ni renuncia de acciones, por lo que a los responsables civiles, los padres en este caso, de acuerdo con el art. 31 LORPM se les va a dar traslado de todo lo actuado, esto es, del Expediente de Reforma y los escritos de alegaciones con las peticiones penales y civiles formuladas por la acusación o actores civiles a fin de que, en un plazo de cinco días hábiles, formulen escrito de alegaciones y propongan la prueba que consideren pertinente.

En el citado escrito de alegaciones de los responsables civiles, si deciden comparecer y personarse en el proceso iniciado, deberán introducir las cuestiones relativas a la responsabilidad civil en general y a la solicitud de

⁶¹ Así Guzmán Fluja, V., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pág. 329.

moderación en particular, proponiendo las pruebas que estime oportunas a tal efecto y en relación, exclusivamente, a la cuestión civil debatida.

Lo anterior debe ponerse en relación con la postulación, esto es, si los padres han de actuar bajo dirección técnica letrada y procurador. Si bien la LORPM no lo prevé expresamente, toda vez que la ley únicamente prevé la designación preceptiva de letrado para para que actúe en defensa y representación del menor (art. 22.2 LORPM), igual criterio de preceptiva actuación únicamente con letrado habrá de regir tanto para la acusación particular, o actor civil, como para los responsables civiles ⁶².

Sobre esta actuación letrada se suscita la cuestión relativa a la posibilidad de que el menor y sus padres actúen en el proceso bajo la misma dirección letrada. Al respecto, a nuestro entender, si los padres únicamente cuestionan la existencia o procedencia de la responsabilidad, o cuestionan el importe o la reparación solicitada no existe óbice para actuar bajo idéntica defensa. Ahora bien, el problema surge si cualquiera de los padres, o ambos, peticionan la minoración de su responsabilidad frente a la que pudiera acordarse respecto de su hijo, pues en tal caso puede surgir una contraposición de intereses entre hijo y padre o padres, de suerte que ante ese conflicto resulta más adecuado que la defensa de ambas partes sea distinta.

3. Actuaciones procesales de los responsables

Al margen de lo expuesto sobre la pieza de responsabilidad civil incoada por el Juzgado de menores (arts. 61 a 64 LORPM), lo cierto es que la LORPM no prevé actuación alguna de los responsables civiles durante la fase de instrucción, o expediente de reforma en términos de la norma, pues únicamente prevé actuaciones de víctimas o perjudicados

⁶² En tal sentido, la Circular FGE 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006 advierte que “Será por tanto necesario que actor y responsable civil actúen por medio de Letrado. Teniendo en cuenta que en el proceso de menores ni el menor infractor ni la acusación particular necesitan actuar representados por medio de procurador, con más razón habrá de exonerarse de tal requisito a quien exclusivamente actúe como actor civil o como responsable civil”.

(art. 4 LORPM), de modo que no existe una previsión legal expresa para su intervención como parte civil.

En consecuencia, la primera posibilidad de intervención de los responsables civiles es la contenida en el art. 31 LORPM, referida a la presentación del escrito de alegaciones, siempre que se hubiesen constituido como parte formal del proceso, personación que es voluntaria. En dicho escrito de alegaciones el responsable civil puede mostrar su disconformidad con las alegaciones de la acusación y actores civiles y proponer la prueba que estime pertinente sobre la cuestión relativa a la responsabilidad civil, y solicitar la aplicación de la facultad moderadora, teniendo en cuenta que si existe conformidad del menor y de su letrado pero no de los responsables civiles la audiencia se celebrará exclusivamente en lo relativo a la responsabilidad civil (art. 32 LORPM). La otra posibilidad consiste en que los responsables civiles presenten escrito de alegaciones mostrando su conformidad con las pretensiones civiles.

Posteriormente, su actuación tiene lugar en la audiencia o juicio oral. En dicho acto, al inicio del mismo puede tener lugar una conformidad según lo previsto en el art. 36 LORPM, si bien si el responsable civil no está de acuerdo en los términos de la misma en cuanto a la responsabilidad civil, la audiencia deberá tramitarse únicamente respecto de ésta. Se pudiera suscitar la duda de si el acuerdo de conformidad de las partes en el que se incluya la minoración de la responsabilidad civil respecto de los padres del menor, en base a la posibilidad de moderación de la misma, vincula al juzgador toda vez que la moderación es una facultad de aplicación discrecional; a nuestro juicio, dado que la responsabilidad civil es disponible para la partes el juez de menores quedaría vinculado por el acuerdo alcanzado en orden a la determinación de la responsabilidad en sentencia.

De no haber conformidad se procedería a la celebración de la audiencia según las previsiones del art. 37 LORPM, de forma que, tras oír a las partes sobre posible vulneración de derechos fundamentales y proposición de nuevas pruebas, se procede a la práctica de la prueba y, a continuación, se oír a las partes, lo que incluye a los responsables civiles, en aquello que les afecte, respecto de los derechos que les asisten y la valoración de la prueba. Hay que reseñar que la

inasistencia, injustificada, de los responsables civiles previamente citados a tal fin, no determina la suspensión de la vista, que se celebrará sin su presencia.

En relación a la actuación en la audiencia o juicio del responsable civil, el art. 37 LORPM se limita a establecer que habrá de oírse a los responsables civiles “respecto de los derechos que les asisten”, sin que se exija su previa personación con letrado, de lo que se plantea la procedencia de dicha audiencia pese a no estar personados con letrado, debiendo entenderse que procedería oírles igualmente.

Cuestión distinta, más dudosa, es si los padres pueden solicitar la minoración de responsabilidad civil sin letrado y si pueden hacerlo en ese momento de manera novedosa, sin haber presentado previamente en un escrito de alegaciones, partiendo de la necesaria solicitud a instancia de parte. A nuestro juicio, en interpretación estricta, la falta de presentación de escrito de alegaciones de los responsables civiles supondría que no debería ser tenida en consideración tal solicitud de minoración pues no se introduce en forma en el proceso, sea en el escrito de alegaciones inicial sea en la modificación operada en el mismo en la audiencia tras la práctica de la prueba. En cualquier caso, en interpretación menos formalista, se pudiera admitir la solicitud de moderación efectuada por los padres en el juicio, facultando así al juez para pronunciarse al respecto.

Frente a la sentencia que se dicte, los responsables civiles personados podrán formular recurso de apelación en relación al pronunciamiento sobre la responsabilidad civil que les resulte desfavorable, entre ellos el relativo a la moderación de la responsabilidad civil del art. 61.3 LORPM, tanto si no ha sido acogida por el juzgador como si se muestra desacuerdo con el *quantum* o minoración establecida en la sentencia.

4. Carga de la prueba. Inversión de la carga de la prueba

Sobre la base de que la responsabilidad establecida en el art. 61.3 LORPM es de naturaleza solidaria y objetiva, o cuasi objetiva, así como de la discrecionalidad de la moderación, concebida como facultad judicial excepcional, no sólo corresponde al responsable solidario la obligación de solicitarlo en tiempo y forma, sino que recae sobre el

mismo la carga de la prueba de los presupuestos o requisitos que le hacen merecedor de la moderación ¹.

De esta forma, sobre la parte que alega los hechos o circunstancias sobre los cuales construye su solicitud de moderación de la responsabilidad recae la carga de su cumplida acreditación, con la consecuencia inherente de que la falta de prueba suficiente sobre tales extremos determinará el rechazo de lo peticionado, y así se advierte de manera reiterada por parte de nuestros tribunales ².

En relación a la carga de la prueba para la aplicación de la facultad moderadora de la responsabilidad civil, no sólo dicha carga pesa sobre los responsables civiles, sino que opera una inversión de la carga probatoria en el sentido de que han de ser éstos los que acrediten la concurrencia de los presupuestos precisos para acceder a tal minoración, esto es, que no favorecieron con dolo o negligencia grave la conducta del menor.

Por ende, en base a la inversión de la carga de la prueba deberán ser los padres los que prueben que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor de forma que si no prueban en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto del menor, de que se han observado activamente las precauciones suficientes y adecuadas, con las medidas de control o límites adecuados ³. En

¹ De La Rosa Cortina (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, pág. 371, considera, en cuanto a la carga de la prueba, que quien alega factores fundamentadores de la moderación de la responsabilidad habrá de acreditar cumplidamente su concurrencia.

² *Ad exemplum* SAP Madrid 89/2010, de 5 de mayo; SAP Burgos 227/2010, de 11 de noviembre; SAP Zaragoza 328/2011, de 26 de septiembre.

³ La SAP Cáceres 216/2021, de 30 de julio, señala que el art. 61.3 LORPM implica una verdadera inversión de la carga de la prueba, puesto que una vez que el Ministerio Fiscal y las acusaciones, en su caso, hayan logrado desvirtuar la presunción de inocencia y se declare culpable al menor, le corresponde a este y a sus responsables civiles solidarios demostrar que procede la moderación. Son ellos los que deben probar y acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor de forma que si no prueban en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto del menor, no procederá moderación alguna; la SAP Guipúzcoa 101/2021, de 23 de julio advierte de una inversión en la carga probatoria para proceder a la moderación, de manera que

todo caso, no es suficiente su mera invocación sino una auténtica actividad probatoria ⁴.

Ahora bien, pese a lo anterior, no se puede obviar que ante determinadas situaciones, más bien excepcionales, en que se evidencia la inexistencia de la infracción de cualquier deber por parte de los padres se puede relajar las exigencias derivadas de la carga de la prueba y su inversión ⁵.

5. Objeto de prueba

En cuanto al objeto de la prueba, los padres, y en general cualesquiera obligados solidarios, deberán intentar acreditar que no han favorecido con su conducta la comisión del delito o, lo que es lo mismo, alegar y probar aquellos presupuestos que conduzcan a determinar que su responsabilidad ha de resultar minorada (cuando no se ha solicitado asimismo que quede excluida).

En consecuencia, como hemos señalado, será objeto de acreditación la inexistencia de dolo o negligencia grave, lo que determina la prueba de una actuación diligente en el proceso de educación y socialización, así como en la labor de supervisión, de su hijo menor, o cuando menos que se han desplegado todos los esfuerzos y se han tomado todas las medidas tendentes a su consecución, sin que la falta de recursos económicos o dificultades económicas para afrontar la indemnización sea

es a los padres o asimilados que invocan la procedencia de la moderación, a quienes corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, de forma que cuando no prueben en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto de su hijo/a menor de edad, no procederá efectuar moderación; en el mismo sentido SSAP Jaén, Sección 2.^a, 222/220, de 9 de diciembre; Ourense 348/2012 de 26 de septiembre.

⁴ La SAP Guipúzcoa 101/2021, de 23 de julio, advierte que no se trata de una mera invocación sino de una auténtica actividad probatoria pues deben probar y acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor de forma que, si no prueban que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto del menor, no procederá moderación alguna.

⁵ SSAP Madrid 36/2007, de 19 de febrero, 221/2007, de 10 de diciembre y 222/2007, de 10 de diciembre.

causa para acceder a la moderación de su responsabilidad civil ⁶. En este mismo sentido, también se desplegará prueba a fin de probar las circunstancias concurrentes tanto en el propio menor, personales y formativas, como respecto de los hechos acaecidos.

6. Medios de prueba

Al objeto de acreditar los hechos y extremos referidos en orden a obtener la minoración judicial de la responsabilidad civil, el responsable solidario, en este caso los padres del menor infractor, pueden valerse de todos los medios de prueba admitidos en Derecho ⁷.

De manera especial ha de resaltarse, por su valor y trascendencia a efectos probatorios, el Informe del Equipo Técnico ⁸, que se regula en el art. 27 LORPM y es de emisión preceptiva en el Expediente de Menores, siendo asimismo obligada la declaración de un miembro de la Equipo Técnico en la audiencia o juicio; sin que se pueda obviar, a efectos probatorios, su consideración como prueba pericial, sin perjuicio de analizar en cada caso su contenido y el modo en que se alcanzan las conclusiones ⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, la parte puede valerse de cualesquiera otros medios de prueba como prueba documental, informes o dictámenes, relativos a la conducta del menor, estudios, actividades, así como atinentes a las actuaciones o actividades de los responsables en

⁶ SAP Alicante 372/2015, de 7 de septiembre.

⁷ De La Rosa Cortina (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, pág. 378) advierte que pueden emplearse cualesquiera medios probatorios admitidos en Derecho, incluido el informe del Equipo Técnico.

⁸ SAP Alicante, Sección 2.^a, 41/2017, de 6 de febrero.

⁹ De La Rosa (*Responsabilidad civil por daños...*, *op. cit.*, págs. 378-381) señala que, con frecuencia, la prueba sobre la que se articula la petición de moderación es la valoración de las circunstancias educativas y familiares incluida en el informe del Equipo Técnico, de manera que podríamos considerar a tal pericia como *regina probatorum* en este ámbito. Ahora bien, los datos fácticos sobre los que el Equipo llega a conclusiones pueden ser refutados por cualesquiera medios probatorios. No puede exacerbarse el valor de afirmaciones fácticas que en ocasiones se basan en lo que el propio menor infractor y sus padres refieren al Equipo Técnico.

orden a acreditar el cumplimiento de los deberes de deber de vigilancia, educación y formación respecto de los menores.

V. CONCLUSIONES

El sistema de responsabilidad civil que ha sido pergeñado por la LORPM tiende a beneficiar a las víctimas/perjudicados, en detrimento de los responsables civiles solidarios, de suerte que para éstos resulta un régimen de responsabilidad muy gravoso.

A mitigar ese rigor contribuye, en cierto modo, la facultad de moderación de la responsabilidad civil prevista en el art. 61.3 LORPM, la cual es de naturaleza discrecional y cuya aplicación, atendida su propia configuración, deviene excepcional. En todo caso, esa moderación judicial no excluye la responsabilidad sino que, únicamente, puede tener un efecto reductor de la misma.

En lo que atañe a la carga de la prueba para la aplicación de la facultad moderadora, recae sobre el sujeto obligado solidario, operando como una auténtica inversión de la carga de la prueba.

En cualquier caso, el régimen sobre responsabilidad civil diseñado por la LORPM es deficitario y está mal sistematizado, lo que aconseja una reforma legal del mismo que la dote de coherencia y confiera seguridad jurídica al sistema.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Bonilla Correa, J., *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- De La Rosa Cortina, J.M., *Responsabilidad civil por daños causados por menores. Aspectos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Dolz Lago, M.J., “La responsabilidad civil derivada del delito en la lorpm seminario de especialización en menores: protección y reforma”, 2013, págs. 1-73 (<http://cej-mjusticia.es>, última consulta: 11/06/2022).
- Durán Silva, C., “Acerca de la legitimación de los padres y tutores en el proceso penal de menores: examen de su régimen de intervención”, en Asencio Mellado, J.M.; Fernández López, M. (Coords.), *Proceso y daños. Perspectivas de la justicia en la sociedad del riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Garciandía González, P.M., “Tratamiento procesal de la responsabilidad civil en el proceso penal de menores tras la reforma de 2006: reflexiones a la luz de la

- Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, de 26 de noviembre”, REDUR, núm. 5, 2007, pp. 25-41.
- Guzmán Fluja, V., “Responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, en González Pillado, E. (Coord.), *Proceso penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 273-325.
- Paños Pérez, A., *La responsabilidad civil de los padres por daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, 2010.
- Yzquierdo Tolsada, M.M. “¿Por fin menores civilmente responsables? reflexiones a propósito de las reformas de 2015”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 19, núm. 2, 2016, págs. 31-55.

ÍNDICE

Nota introdutória.....	5
O Acompanhamento de Maiores..... <i>Ana Sofia de Magalhães e Carvalho</i>	7
As medidas provisórias e cautelares no Regulamento Bruxelas II <i>Ter</i> <i>Anabela Susana de Sousa Gonçalves</i>	31
El Derecho del menor a ser oído en el procedimiento de Mediación <i>Blanca Otero Otero</i>	43
Dos efeitos patrimoniais do Divórcio. Algumas Reflexões..... <i>Cristina Dias</i>	63
Da Relevância da Substituição Quase-Pupilar. A propósito do Regime do Maior Acompanhado <i>Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais</i>	85
A (In)Viabilidade do Modelo Português de Gestação de Substituição. Solu- ção ou Problema? <i>Diana Coutinho</i>	129
A Aceitação da Herança. Pura e Simples ou a Benefício de Inventário. Uma Abordagem Substantiva e Processual <i>Diana Leiras</i>	145
Intervención Judicial ante los desacuerdos en el ejercicio de la Patria Potestad <i>Esther Pillado González</i>	173

Patria Potestad y Derechos de los menores en internet..... <i>Estrella Toral-Lara</i>	197
Biodireito, Autonomia e Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência... <i>Filipe Venade de Sousa</i>	223
La Audiencia de los Niños, Niñas y Adolescentes en los Procedimientos Judiciales. En busca de un Sistema de Justicia Adaptado a la Infancia..... <i>Glòria Ortega Puente</i>	241
A determinação da residência habitual nos regulamentos europeus de direito internacional privado das relações familiares e sucessórias. Alguns problemas <i>Helena Mota</i>	265
Víctimas y Victimarios. Nuevos retos en el Sistema de Justicia Juvenil Español... <i>Irene Yáñez García-Bernalt</i>	283
A protecção jurídica da criança quando a sua saúde esteja em perigo por acção ou omissão dos pais <i>Jorge Duarte Pinheiro</i>	301
Las familias reconstituidas en el Derecho Español. (Famílias reconstituídas no Direito Espanhol)..... <i>Judith Solé Resina</i>	317
Comunicabilidade da dívida dos cônjuges em sede executiva. Algumas questões processuais à luz da jurisprudência recente..... <i>Lurdes Varregoso Mesquita</i>	347
Direito de Remição pelo Unido de Facto <i>Marco Carvalho Gonçalves</i>	373
Daños por infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad biológica del marido <i>Nieves Martínez Rodríguez</i>	395
Los mensajes y comunicaciones electrónicas como fuente de Prueba en los procesos de familia..... <i>Pablo Grande Seara</i>	431
A interpretação do conceito de confiança previsto no n.º 3 do artigo 1980.º do Código Civil à luz do superior interesse da criança <i>Patrícia Sousa Borges</i>	453
Facilitar (ainda mais) o divórcio por mútuo consentimento na Conservatória do Registo Civil. Considerações em torno do divórcio por videoconferência <i>Patrícia Rocha</i>	479
O Direito da criança aos tempos livres e a participar em atividades recreativas. Considerações (sérias) sobre o direito a brincar..... <i>Rossana Martingo Cruz</i>	501

Breves considerações sobre o novo Regime Jurídico da Gestação de Substituição <i>Sónia Moreira</i>	517
As novas constelações familiares à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O reflexo e a influência das conceções jurídico-familiares dominantes na Europa..... <i>Susana Almeida</i>	535
La pensión de alimentos a favor de los hijos en el Derecho Español. Cambios por alteración sobrevenida de las circunstancias	567
<i>Teresa Estévez Abeleira</i>	
La responsabilidad civil de los padres en el Proceso Penal de menores en España. Especial referencia a su moderación..... <i>Tomás Farto Piay</i>	595
Índice.....	631



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt

**ATAS DO I CONGRESSO IBÉRICO
DE DIREITO DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES**
AS RELAÇÕES PESSOAIS, FAMILIARES E SUCESSÓRIAS

Este livro é o resultado dos contributos partilhados no *I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões — as relações pessoais, familiares e sucessórias*, realizado nos dias 12 e 13 de maio de 2022, na Escola de Direito da Universidade do Minho.

Tendo em conta que as relações pessoais, familiares e sucessórias estão em constante evolução e merecem atenção e reflexão contínuas, o referido Congresso veio propiciar um espaço de partilha e debate sobre estas questões, reunindo investigadores, docentes, estudantes e práticos destes ramos do Direito e que atuam no contexto do ordenamento jurídico português e espanhol.

Assim, agregam-se aqui os resultados das investigações, tratando-se de uma obra de acesso aberto, em linha com as diretrizes da Ciência Aberta da FCT, que contou também com o apoio do JusGov (Centro de Investigação em Justiça e Governação da Escola de Direito).