

M^a Teresa Posada Fernández

PONENCIA: 6-7 DE JULIO DE 2017, BARCELONA

“LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y EL DIÁLOGO ENTRE JUECES”

SUMARIO: 1. El principio de separación de poderes. 2. La creación judicial del Derecho. 3. La forma de creación judicial del Derecho. 4. El relevante papel de la jurisprudencia del TS en el Derecho de Familia. 4.1 Determinación de los criterios favorables a la guarda y custodia compartida en interés del menor. 4.2 El tratamiento de la pensión de alimentos en el régimen de guarda y custodia compartida. 4.3 Atribución del uso del domicilio familiar en los casos de guarda y custodia compartida. 4.4 La ausencia de regulación integral estatal en las parejas de hecho. 5. El diálogo entre jueces. La definición de la Jurisprudencia; su creación y su poder vinculante. 6. Conclusiones.

LA FUNCIÓN NORMATIVA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN DETERMINADOS ÁMBITOS DEL ACTUAL DERECHO DE FAMILIA

1. El principio de separación de poderes

El principio de separación de poderes si quiere seguir cumpliendo sus objetivos tiene que adaptarse a los cambios sociales, políticos y constitucionales que van teniendo lugar a lo largo del transcurso de la historia.

La división de poderes equilibradamente no supone necesariamente una separación radical entre ellos con el consiguiente debilitamiento del Estado, sino que persigue un equilibrio entre los intereses de los grupos sociales sobre la base de un compromiso político. Sin embargo, las Constituciones occidentales continúan acogiendo en su articulado la división de poderes conforme al modelo clásico, como si la estructura sociopolítica no hubiese evolucionado en absoluto.

No se alude en la Constitución de 1978 de forma directa, en un artículo concreto, como, por ejemplo, hace la Ley Fundamental, en su artículo 20.2, a la división de

poderes. Sin embargo, puede deducirse el principio de diversos artículos de la Constitución. Así, la inclusión en el artículo 1.1 CE del principio de Estado de Derecho significa el reconocimiento de la división de poderes, puesto que uno de los tres elementos esenciales de aquel principio es precisamente esta división. En consecuencia, se mantiene la idea de división de poderes en la Constitución española conforme a los presupuestos establecidos por Montesquieu¹, si bien, como ha quedado expuesto, matizado por los cambios sustanciales tanto políticos como sociales producidos.

En este sentido, ha tenido lugar un cambio sustancial en la función que Montesquieu adscribió al poder judicial. En aquella época no se confiaba en los jueces por su vinculación al Antiguo Régimen, y como, además, en la esfera social no representaban un auténtico poder con efectos políticos como el legislativo y ejecutivo, eran neutralizados, considerándose el tercer poder de alguna manera, de menor trascendencia.

En la Constitución española y en otras de nuestro entorno se ha producido un cambio radical en las funciones del tercer poder, las cuales han aumentado considerablemente. Por una parte, se ha creado una jurisdicción constitucional (Título IX), que actúa como defensor de la Constitución (artículo 1.1 LOTC) con el objetivo de que los poderes constituidos no rebasen los límites establecidos en la Constitución. El propio Tribunal Constitucional tiene sus límites, puesto que puede actuar únicamente en el contexto de la esfera jurídico-constitucional.

En el contexto de la actual división de poderes el tercer poder ejerce un control de los poderes ejecutivo y legislativo a través de los tribunales contenciosos y de la jurisdicción constitucional. El control del Tribunal Constitucional sobre los otros dos poderes cumple una función equilibradora entre los poderes (uno de los objetivos básicos que está en el origen del nacimiento del principio de división de poderes), si se tiene en cuenta que, en el régimen parlamentario, de hecho, debido a los partidos políticos, se produce cada vez más un control del ejecutivo sobre el legislativo, de forma que sin el control del tercer poder se hubiera producido un desequilibrio entre poderes. Nuestra actual forma de Estado, constituido en Monarquía Parlamentaria y el

¹ *De l'esprit des lois*, [1748](#)

sistema de partidos nos lleva a comprobar que en nuestro días la separación entre el poder legislativo y ejecutivo es cada vez menor, diferenciándose del tercer poder que permanece más claramente delimitado en el ejercicio de sus funciones, con independencia del sistema de elección de los miembros del Tribunal Supremo que sería otro debate. Actualmente los Tribunales ordinarios, en la interpretación concreta de la ley, tienen una amplia esfera de actuación, de tal forma que los jueces crean Derecho, complementando y a veces sustituyendo al legislador.

2. La creación judicial del Derecho

Según el art. 117.3 de la Constitución, corresponde a los tribunales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En puridad los tribunales no crean derecho, ni sus resoluciones son fuentes del Derecho.

Asimismo, la Constitución fija en su artículo 9.3º la garantía del principio de legalidad y jerarquía normativa. Además, habrá que tener en cuenta la normativa comunitaria (reglamentos, directivas, decisiones, dictámenes y recomendaciones).

Respecto a la jurisprudencia, según el artículo 1.6º del Código civil, complementará el ordenamiento jurídico, con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Para que la doctrina del Tribunal Supremo se convierta en jurisprudencia es necesario que se trate de una doctrina reiterada, al menos, en dos sentencias y que haya sido utilizada como razón básica para adoptar la decisión. Además, es necesario que exista identidad entre los casos concretos decididos por las sentencias. Hoy en día, además de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, también los Tribunales Superiores de Justicia crean jurisprudencia si bien invocable únicamente en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma indicando el artículo 1.7º del mismo Cuerpo legal que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

Esta visión del juez como autómatas que se limita a aplicar las consecuencias jurídicas previstas en las normas legales a los hechos que se enjuician en el proceso, obtuvo su elaboración doctrinal definitiva en la teoría de la *subsunción* elaborada por la dogmática jurídica positivista. Según postula esta teoría, la función judicial se

circunscribe a encajar los hechos controvertidos en los supuestos fácticos tipificados en las leyes y aplicarles las consecuencias jurídicas en ellas previstas. Esta imagen de la jurisprudencia ha calado profundamente en la cultura europea y por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere se halla íntimamente vinculado al sistema de fuentes del derecho, como ya se ha visto. La jurisprudencia únicamente complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

La jurisprudencia no es fuente del ordenamiento, pues los órganos judiciales carecen de potestad normativa, no crean Derecho, sólo lo aplican, siendo en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Como con acierto refiere NAVARRO COSTA², “los Jueces y Tribunales son, desde luego, órganos del Estado, pero el poder que ostentan o la función que ejercen no consiste en dictar mandos generales y abstractos, sino en solventar conflictos concretos, aplicando la norma abstracta y general, y en declarar el derecho en un caso determinado, individualizando, precisando o concretando el mandato general y abstracto que la norma jurídica encierra”.

En sentido opuesto RODRÍGUEZ ESCANCIANO³ sostiene que la jurisdicción o función judicial no se limita a concretar la abstracción de la ley, ni tiene “carácter meramente declarativo”; el Tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho ya contenido en la ley, en la norma general. La función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él y verifica en concreto dicho enlace. Por esta razón, la sentencia judicial es norma jurídica individual, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con la ley, pueden oscurecer una idea tan evidente⁴.

² [Dimensión jurídica](http://pendientedemigracion.ucm.es/info/contratos/portada). pendientedemigracion.ucm.es/info/contratos/portada

³ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., Repertorio de Jurisprudencia núm. 5/2002 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2002.

⁴ En este sentido se manifiesta Crear/juzgar como posibilidad de producir *normas individuales*. Según se desprende de la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen, el ordenamiento jurídico se halla conformado por normas generales y abstractas, creadas por el poder legislativo y los órganos administrativos competentes para ello, y normas individuales y concretas representadas por las sentencias

Así, aun en los supuestos aparentemente claros, los Tribunales al actuar su función de juzgar reproducen el proceso de creación del Derecho. Cuando el legislador interpreta lo que en un determinado momento se considera derecho en una cierta sociedad, los Jueces al aplicar la norma acomodándose a sus términos, constatan que dicha interpretación sigue siendo adecuada: que la correlación inicial entre la norma, los hechos sociales y los valores es proyectable en su integridad al caso concreto. En este sentido, la jurisprudencia ha colmado numerosas lagunas y sanado importantes disfunciones o carencias de normas, recurriendo para ello a los criterios hermenéuticos a su alcance, sin que ello suponga apartamiento de las leyes.

3. La forma de creación judicial del Derecho

En su sentido más tradicional, los jueces no se limitan a una aplicación automática de las normas, sino que, en cierta medida, “recrean” las normas al interpretar su sentido en el caso concreto; de este modo, a lo largo de pronunciamientos reiterados en un mismo sentido sobre casos idénticos o similares, van decantando criterios hermenéuticos a partir de los cuales precisar el alcance y significado, a veces ambiguo, de la proposición jurídica.

En la doctrina tradicional del método, todavía dominante en buena medida, la aplicación del derecho se concibe como algo completamente diferente de la creación del derecho. La aplicación del derecho, según dicha doctrina tradicional, se resuelve en una simple subsunción del caso por decidir en la regulación legalmente establecida, cosa que sucede en la mayoría de las ocasiones.

Como afirma SALGUERO SALGUERO ⁵ la teoría jurídica más reciente ha desvelado la gran complejidad de la operación de aplicación, porque frecuentemente la ley a aplicar no tiene un sentido único, de modo que la aplicación del derecho no consiste simplemente en encontrar ese sentido, sino también en optar entre los distintos

judiciales. Los jueces al proyectar los supuestos genéricos y abstractos previstos en las normas generales a los casos concretos, llevarían a cabo un proceso de individualización que supondría la facultad creadora de normas individuales. PÉREZ LUÑO, A.R., *¿QUÉ SIGNIFICA JUZGAR?*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009) ISSN: 0214-8676 pp. 151-176 www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/que-significa-juzgar

⁵ SALGUERO SALGUERO, M., Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 22/2002 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2003.

sentidos de la ley. El papel del juez como parte del proceso de la creación jurídica – cuando se dispone a aplicar la analogía– efectúa un proceso de argumentación que va más allá de los cánones habituales de la interpretación para instalarse en la creación continua de la ley. Así, el amplio carácter de las normas, así como la existencia de zonas de penumbra cuando no verdaderas lagunas en Derecho, junto al imperativo del artículo 1.7 CC que ordena a los Jueces resolver en todo caso los asuntos de que conozcan exigen una respuesta necesariamente creativa o reconstructiva de los órganos judiciales, que han de crear orden en ese desorden, claridad en la confusión, simplicidad en la complejidad y certeza en la incertidumbre.

En tal sentido, la jurisprudencia, que tiene la función de declarar el derecho mediante la aplicación de los criterios de la interpretación jurídica, puede ofrecer pistas sobre situaciones sociales y problemas de regularización en el ordenamiento que el legislador debe tener muy en cuenta. Ciertamente, la fijación del sentido de los enunciados normativos constituye uno de los turnos del diálogo singular que mantienen la legislación y la jurisprudencia. Es decir, el legislador podrá adoptar las decisiones legislativas que tenga por conveniente, acogiendo soluciones de la jurisprudencia que no figuraban expresamente formuladas en la ley o corrigiendo los enunciados normativos de la ley a la vista de las declaraciones jurisprudenciales sobre el significado de sus disposiciones.

La creación judicial del derecho es una excepción y tiene lugar cuando el caso por decidir no se encuentra regulado o cuando hay un vacío normativo o silencio no querido de la ley. En este supuesto, el rellenado de la laguna ya no es posible, según la teoría tradicional, mediante simple subsunción sino por medio de la analogía o por libre creación judicial del derecho. Su función interpretativa y correctora se extiende a la creación de verdaderas reglas jurídicas cuando enjuicia cuestiones nuevas, no previstas o cuando suple los vacíos del ordenamiento positivo. Indudablemente será el legislador quien plasme en las normas esa evolución adelantada por los Tribunales o, por el contrario, ataje y cierre sus posibles desviaciones.

A partir de lo expuesto, poner en cuestión si la jurisprudencia es fuente del Derecho sólo tiene sentido en un sistema normativista en el que el poder de creación y producción jurídica reside en disposiciones escritas de carácter general, abstracto e

imperativo. Y es comprensible la pretensión de asimilar la jurisprudencia –que no queda incluida como fuente del Derecho – a la norma para dar así cobertura teórica al hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo vincula jurídicamente a los tribunales inferiores. La importancia que *de facto* tienen las decisiones judiciales no se pone hoy en tela de juicio, por lo que el problema reside en «encontrar acomodo dentro del ordenamiento jurídico».

Respecto a la jurisprudencia, sólo cabe anular una sentencia cuando es antijurídica y si infringe el ordenamiento, de forma que o la jurisprudencia forma parte del ordenamiento o sólo lo complementa⁶. Por tanto, si partimos de la licitud de la casación, hemos de concluir que la jurisprudencia forma parte de las normas y por eso, según este artículo, puede infringirse. La jurisprudencia es, según este razonamiento, fuente del Derecho, lo que incide directamente en el carácter de fuente de Derecho que tiene la aplicación analógica en cuanto que se materializa en una sentencia judicial. El valor normativo de la jurisprudencia no es más que el presupuesto que da sentido a la casación y su fuerza vinculante no es algo distinto de la potestad jurisdiccional misma ejercida en los recursos de casación. Pero esta potestad normativa ocupa un lugar subordinado respecto de la ley pues sólo cabe la jurisprudencia *secundum legem*, quedando en todo momento la creación jurisprudencial subordinada a la voluntad del legislador.

La facultad de desarrollar el derecho compete a los tribunales siempre que la norma jurídica expresada mediante la ley o el derecho consuetudinario contengan lagunas. Pero no todas las lagunas son objeto de integración por analogía. El recurso a ésta por parte de los jueces se restringe a las lagunas normativas⁷ y a las lagunas

⁶ Este mismo razonamiento sigue siendo válido con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que considera que un recurso presenta interés casacional “cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales” (art. 477.3 LEC).

⁷ Son lagunas normativas las insuficiencias no remediadas dentro del todo jurídico: insuficiencias del derecho positivo (escrito o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y admite una decisión judicial complementaria del derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la ley ni el derecho consuetudinario suministran una respuesta inmediata a una cuestión jurídica. También se produce una laguna cuando el legislador, consciente o deliberadamente, ha dejado abierta la decisión de un problema jurídico confiándola a la ciencia o a la praxis jurídica. Pero no puede hablarse de laguna cuando el legislador «concede un amplio margen a la decisión» mediante «conceptos jurídicos indeterminados» o cláusulas generales. No puede hablarse de lagunas normativas siempre que la ley o el derecho consuetudinario guardan silencio, ya que también existe un silencio elocuente de la ley, por ejemplo

técnicas⁸, es decir, a las lagunas de *lege data*, pero no es de aplicación en las lagunas de *lege ferenda*⁹. Toda esta actividad argumentativa y creativa (juicio evaluativo, ponderación, coherencia) es la que lleva al juez a producir una norma para resolver el caso, incorporándose dicha norma mediante la sentencia al curso del Derecho objetivo.

De no ser así, el sistema establecido de fuentes quedaría incumplido.

La aplicación analógica prevista en el artículo 4.1 CC está claramente referida a las normas legales llamadas a llenar el vacío de un caso similar, función que, en modo alguno, corresponde a la jurisprudencia, que tiene el cometido meramente complementario que le asigna en este sentido el artículo 1.6 del propio CC. En los sistemas continentales la tradición jurídica se remite a la jurisprudencia en donde lo importante es la reiteración de decisiones y la línea jurisprudencial, reservándose para la última instancia la unificación de doctrina, siendo, además, obligatoria dicha jurisprudencia para los tribunales inferiores. Esta fuerza vinculante o valor normativo que tiene la jurisprudencia (especialmente el art. 477.3 LECiv en relación con la casación) pone al descubierto la incongruencia de no incluir a la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, asignándole sólo una función de complementación.

Pero es preciso añadir una última reflexión: el constitucionalismo contemporáneo y nuestra Constitución de 1978 en particular ha introducido una nueva perspectiva que hace cambiar la teoría legalista de las fuentes: el sometimiento de todos a la Constitución (art. 9 CE) y la tendencia expansiva de los valores depositados en los derechos fundamentales a todas las ramas del ordenamiento.

Lo cierto es que se ha producido una nueva manera de enfocar la tarea judicial y su función creadora de derecho que se ha ido abriendo paso por vía de la jurisprudencia constitucional. Una vez desechados los esquemas mecanicistas, la nueva línea de la

cuando consciente e intencionadamente no se produce una determinada regulación, De ahí que no puede identificarse laguna y silencio de la ley.

⁸ Las lagunas técnicas se producen cuando el legislador establece un enunciado normativo sin haber regulado al mismo tiempo su expresión concreta.

⁹ que son las lagunas no auténticas que únicamente pueden dar pie a una reforma con vistas a un futuro derecho mejor (lagunas axiológicas, críticas, ideológicas o intencionales).

actividad judicial se vincula hacia la razonabilidad de la praxis o hacia la razón práctica en donde la analogía cumple un importante papel.

4. El relevante papel de la jurisprudencia del TS en el Derecho de Familia

Las importantes cambios sociológicos que se están produciendo a lo largo de las últimas décadas han sido objeto de regulación en buena medida en este sentido han proliferado leyes en el ámbito del derecho de familia unas de nueva creación y otras que modifican la normativa preexistente. Sin embargo, la complejidad en la evolución de los modelos familiares hace que en numerosas ocasiones existan supuestos y casos concretos que la normativa vigente no ha contemplado. A tal efecto en esos momentos en que no dispone de una norma concreta que aplicar se perfila fundamental la doctrina desarrollada por en el Tribunal Supremo que va a ir delimitando y depurando el ordenamiento jurídico al objeto de dar respuestas lo más homogéneas posible a las cuestiones no contempladas por la regulación normativa. En el ámbito del derecho de familia el papel que estaba desempeñando el Tribunal Supremo es esencial. A continuación expongo algunos supuestos en los que su criterio está resultando determinante a la hora de resolver conflictos judiciales. Estos supuestos son la determinación de los criterios a considerar a la hora de decidir el modelo de guarda y custodia compartida, la solución a vacíos normativos que se ponen de relieve una vez se ha decidido la determinación de la custodia compartida y el relevante papel que ha desempeñado en la resolución de conflictos surgidos en la ruptura de las parejas de hecho.

4.1 Determinación de los criterios favorables a la guarda y custodia compartida en interés del menor

Esta cuestión resulta de gran relevancia si se considera que la doctrina más reciente del Tribunal Supremo entiende prioritario el sistema de custodia compartida sobre el sistema de custodia unilateral o monoparental en la medida en que permite a ambos progenitores seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad en condiciones de igualdad, a la vez que salvaguarda el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores (recientemente, SSTTS 27.6.2016¹⁰, 3.6.2016¹¹). Ante el vacío legal existente en cuanto a

¹⁰ RJ 2016, 2876.

¹¹ RJ 2016, 2330.

las circunstancias determinantes para el establecimiento de la custodia compartida, ha sido el Alto Tribunal el que se ha ocupado de decidir los parámetros a valorar en cada caso concreto para facilitar la labor de los órganos judiciales, creando a tal efecto doctrina a tener necesariamente en cuenta so pena de ver en las sentencias dictadas su revocación a través del recurso de casación y, por tanto, sustituyendo de *facto* al legislador. Los criterios señalados por el Tribunal Supremo se hallan recogidos en numerosas sentencias de las que ahora a modo de ejemplo cito la Sentencia núm. 110/2017, de 17 febrero (RJ 2017\483)¹².

4.2 El tratamiento de la pensión de alimentos en el régimen de guarda y custodia compartida

Es significativo que la modificación del artículo 92 CC y consiguiente introducción por Ley 15/2005, de 8 de julio, del sistema de guarda y custodia compartida de los hijos menores, no haya encontrado hasta el momento la adaptación de las medidas que atañen de forma directa los menores, como la pensión de alimentos o la atribución del uso del domicilio familiar. Ahora bien, por aplicación del mencionado artículo 93 CC, el hecho de que la custodia sea compartida, no exime al Juez de hacer un pronunciamiento sobre los alimentos de los hijos.

Cabe preguntarse si ese reparto entre los progenitores de los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos debe proceder en todo caso cuando la custodia es compartida, por entenderse que, a igualdad de tiempos, la contribución a los gastos debe ser también por igual; o si, por el contrario, esa contribución estrictamente paritaria al sostenimiento de los hijos debe ceder cuando existe una

¹² “Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado: La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (STS 25 de abril de 2014 (RJ 2014, 2651))”.

desproporción entre los ingresos de ambos progenitores, aun cuando la custodia sea compartida, posición por la que se ha decantado el TS en la reciente sentencia de 11 de febrero de 2016¹³ en un caso en el que la madre carecía de ingresos. En dicha resolución el TS deja claro que el hecho de que la custodia sea compartida no implica necesariamente que los alimentos de los hijos deban ser satisfechos en todo caso directamente por el progenitor bajo cuya guarda se encuentren los menores, con exclusión de las prestaciones alimenticias¹⁴.

4.3 Atribución del uso del domicilio familiar en los casos de guarda y custodia compartida

Cuando la custodia es compartida, es claro que el criterio del artículo 96.I CC¹⁵ no sirve para resolver el problema de la atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial a uno o a otro progenitor, pues falta la asignación de la custodia de los menores a uno solo de ellos de la que parte el precepto. Los menores ya no residirán habitualmente con un solo progenitor y en un único domicilio. La vivienda familiar, como tal, deja de existir. La solución pues del problema de la adjudicación del uso de la vivienda familiar en caso de custodia compartida no se encuentra en el artículo 96.I CC, sino que pasa por una aplicación analógica del contenido de los artículos 96.II y III CC, según ha señalado el Tribunal Supremo en las sentencias más recientes. Por tanto, aplica el interés más necesitado de protección.

¹³ RJ 2016, 249

¹⁴ Declara el Alto Tribunal que la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando uno de los progenitores no percibe rendimiento o salario alguno, o en las situaciones en las que exista una desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, pues con ello se evita que el cambio de domicilio genere una situación de inestabilidad a los menores o que éstos tengan que pasar penurias económicas. En ese sentido, la custodia compartida sería una forma de organizar entre los progenitores la guarda de los menores basada en la alternancia de los tiempos de estancia con los menores, pero sin que ello presuponga necesariamente un concreto reparto entre ellos (a partes iguales) de la contribución al sostenimiento de los menores. En concreto, el TS fundamenta su decisión en el artículo 146 CC, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da.

¹⁵ Establece el art. 96 del Código Civil: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Sobre la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar a uno de los progenitores cuando la custodia es compartida y su posible limitación temporal, se ha pronunciado el TS en las sentencias de 27 de junio de 2016¹⁶, de 21 de julio de 2016 y de 16 de septiembre de 2016, contemplando esta última específicamente el caso de que la mala situación económica de uno de los cónyuges le impidiera el acceso a una vivienda para poder permanecer con los menores durante los períodos de efectiva custodia. Para precisar en cada caso la duración de ese plazo prudencial, el juzgador debe realizar una ponderación de los intereses en juego contrapuestos. En idéntico sentido se expresa el TS en la citada sentencia de 16 de septiembre de 2016 en un caso de paridad económica de los progenitores¹⁷.

El caso de que la situación económica de ambos cónyuges permitiera a ambos el acceso a una vivienda en la que convivir con los menores durante los períodos de efectiva custodia, ya fue contemplado en la STS de 22 de octubre de 2014¹⁸.

A diferencia de los anteriores pronunciamientos, relativos a casos de paridad económica de los progenitores, la STS de 21 de julio de 2016¹⁹ trata el problema de que

¹⁶ En la Sentencia de 27 de junio de 2016¹⁶, el Alto Tribunal asimila la hipótesis de la custodia compartida al supuesto previsto en el artículo 96.II CC de que unos hijos queden en compañía de uno de los cónyuges y los otros en la del otro, en cuyo caso el Juez deberá resolver “lo procedente”. Lo que, según establece el artículo 96.III CC aplicado analógicamente, exige atender al interés más necesitado de protección, pero, según el propio precepto indica, el plazo deberá ser prudencial (1 año).

¹⁷ El TS casa la sentencia de la AP de Las Palmas de Gran Canaria y acuerda el sistema de custodia compartida sobre el menor. El JPI había atribuido la guarda y custodia del menor a la madre estableciendo que el uso de la vivienda habitual (ganancial en el caso) habría de corresponder al progenitor custodio y al menor que queda en su compañía con carácter indefinido, como es propio de un sistema de guarda monoparental, según se ha señalado por aplicación del artículo 96.I CC. Lo que confirma la SAP de Las Palmas. Aplicando su propia doctrina de que el sistema de custodia compartida debe ser prioritario, el TS casa la sentencia de apelación, debiendo adaptar las medidas definitivas a la nueva situación de guarda y custodia, especialmente por lo que se refiere al uso de la vivienda habitual.

¹⁸ En esa sentencia, dado que había quedado acreditado que la madre tiene trabajo, el TS, a la vez que establece el régimen de la guarda y custodia compartida, señala, en base al artículo 96 CC, que no procede atribuir el uso de la que fuera vivienda familiar a la madre, atendiendo a que la custodia del menor queda en manos de ambos progenitores y que la madre no necesita especial protección, y fija un plazo de seis meses, que en este caso no es un plazo ponderado de duración de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, pues esa atribución no existe en la mencionada sentencia, sino que se trata de un mero plazo para desalojar la vivienda.

¹⁹ El TS entiende que la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa en un caso de custodia compartida requiere, como señala el propio artículo 96.III CC, que se marque un período prudencial, por más que el interés de la esposa sea el más necesitado de protección. La concesión del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular en el caso de custodia compartida hasta que la hija alcance la mayoría de edad excede de lo que se considera un plazo prudencial pues dada la corta edad de la menor, ello supondría que la esposa tendría el uso de la vivienda familiar durante diez años. La determinación de cuál ha de ser ese plazo prudencial y razonable pasa por la previa ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, intentando armonizar los intereses en juego, a saber, el del padre, titular de la vivienda, cuyo derecho de uso no debe quedar suspendido de forma indefinida y el de la hija a comunicarse con la madre en una vivienda durante los períodos de efectiva custodia. El TS

uno de los cónyuges carezca de recursos suficientes para acceder a una vivienda tras la crisis matrimonial quedando en riesgo el sistema de custodia compartida instaurado.

En línea con lo establecido en la citada STS de 24 de octubre de 2014, el TS considera de nuevo que un plazo prudencial para atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma cuando su interés es el más necesitado de protección, es el de dos años contados a partir de la sentencia de casación, plazo razonable para que el cónyuge que carece de ingresos pueda recomponer su situación económica, incorporarse a la actividad laboral y acceder a una vivienda.

4.4 La ausencia de regulación integral estatal en las parejas de hecho

El legislador estatal no ha efectuado una regulación integral y completa de las parejas de hecho. Con independencia de las causas de la pasividad del legislador para abordar tal cuestión²⁰, que no es objeto de este tema, lo cierto es que surgen importantes problemas económicos y patrimoniales (excluyendo las medidas relativas a menores que son titulares de los mismos derechos con independencia de la filiación de sus progenitores) que se plantean ante los juzgados y tribunales en el momento de la ruptura de la convivencia *more uxorio*, sobre todo cuando ha sido convivencia de larga duración. En esta situación, los tribunales deben resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, por lo que deben acudir a solucionar las controversias buscando mecanismos de integración de los supuestos faltos de regulación, acudiendo a los principios generales del derecho, como la analogía, el enriquecimiento injusto o la posible interpretación de la voluntad presunta de la pareja cuando no hayan pactado.

Las consecuencias económicas de la ruptura de la unión ha sido la materia que más pronunciamientos del Tribunal Supremo ha generado, percibiendo en ellos la intención de favorecer al conviviente que ha sufrido un perjuicio en lo pecuniario, aunque al hacerlo no se ha guiado por un criterio uniforme, sino que ha aplicado diversas vías en función de cada situación concreta, de forma que la solución dependerá

entiende que la atribución que hace la SAP de Oviedo del derecho de uso de la vivienda familiar a la esposa hasta la mayoría de edad de la hija, implica un plazo desproporcionado que no conjuga adecuadamente los intereses en juego y excede del plazo prudencial admitido por el artículo 96.III CC, de cuya aplicación analógica se parte.

²⁰ La posición de nuestra jurisprudencia ha sido la de considerar que matrimonio y pareja son instituciones totalmente distintas, “la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio” (SSTS de 12 de septiembre de 2005 (RJ2005/7148) y 19 de octubre de 2006 (RJ 2006\8976) y SSTC de 15 de noviembre de 1990(RTC 1990\184) y de 11 de diciembre de 1992 (RTC 1992\222).

del examen del caso de cada uno, tratando de aplicar la norma más adecuada para la solución más justa.

La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos o tácitos. En palabras del propio tribunal supremo se constata que la técnica más utilizada es la de la doctrina de enriquecimiento injusta, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del código civil, Y por la de la teoría de la responsabilidad civil extra contractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes²¹.

En consecuencia, la labor cuasi normativa que efectúa el Tribunal Supremo en este ámbito es sumamente acusado, tanto más cuanto que la función creativa que desempeña viene motivada por la aplicación de la analogía *iuris*, que es la analogía que ha admitido con carácter general, toda vez que la analogía *legis* la excluye de aplicación, salvo muy contadas ocasiones que ha recurrido a ella²².

5. El diálogo entre jueces. La definición de la Jurisprudencia; su creación y su poder vinculante

Expuesto lo anterior, es comprensible que la vía de los recursos se constituya como diálogo permanente entre jueces, al contribuir a la búsqueda de pautas de actuación ante la carencia normativa, bien por anomias, bien por ausencia de regulación normativa alguna. Obsérvese el elevado número de recursos de casación que cada año llega al Tribunal Supremo en relación a estos asuntos.

Además, la jurisprudencia del TS en la rama del Derecho de Familia evoluciona al ritmo de los importantes cambios sociológicos y nuevos modelos familiares que se han ido asentando en los últimos años. E incluso, de forma inédita así lo expresa el propio TS cuando en su Sentencia 162/2016 de 16 marzo²³ justifica el cambio de doctrina jurisprudencial, de establecer como sistema general el régimen de custodia compartida en lugar de la monoparental, por el mero transcurso del tiempo. Sin embargo, también

²¹ Fundamento jurídico segundo de la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\748).

²² Esta posición jurisprudencial vuelve a ser confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 713/2015, de fecha 16 de diciembre de 2015²².

²³ RJ 2016\1137.

es cierto que a veces juzgados y tribunales inferiores tardan en asimilar la doctrina del Tribunal Supremo y por tanto no se ve reflejada en muchas de sus resoluciones. Es necesario el transcurso del tiempo para que trasladen a sus sentencias los criterios jurisprudenciales del TS.

Según CALVO MEJIDE²⁴ el valor de la jurisprudencia, el cual viene siendo cuestionado ya desde tiempo atrás, en aras de la libertad de criterios doctrinales de cada tribunal, con lo que la fuerza vinculante de la doctrina sentada por el TS pierde toda su eficacia, se rompe por completo la unidad de criterio interpretativo, con grave quebranto de la seguridad jurídica, y dejando inútiles y sin sentido los recursos de casación, que de nada sirven por cuanto cada tribunal o juzgado inferior puede seguir su propio criterio, ignorando aquella doctrina legal. Al final el perjudicado será el justiciable que se verá obligado a recurrir sin fin al TS interponiendo recursos de casación para unificación de una doctrina que ya fue unificada por dicho Alto Tribunal. Pues bien, de conformidad con el art. 477 LEC el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, siendo recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, entre otros casos, cuando la resolución del recurso presente interés casacional, considerándose que hay interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del TS o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las AP o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Sin embargo, la sentencia del TC de 17 de mayo de 1993²⁵, afirmó que la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que ésta haya de ser seguida necesariamente por los Tribunales inferiores, que en uso de su autonomía e independencia judicial pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el TS sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes. Tal diferencia de criterios tampoco atenta contra el

²⁴ CALVO MEJIDE, A.A., La constitucionalidad del procedimiento hipotecario extrajudicial. El valor de la jurisprudencia. EDC 2001/1000109. Diario de las Audiencias y TSJ El Derecho, nº 242. 29 de marzo de 2001.

²⁵ EDJ 1993/4617

derecho a obtener tutela judicial efectiva en cuanto sus resoluciones sean el producto de una aplicación reflexiva y razonada del ordenamiento jurídico. De tal manera, como los tribunales inferiores, en uso de su autonomía e independencia no han de seguir necesariamente la doctrina sentada por el TS, cada juez o tribunal puede libremente dictar la sentencia con ignorancia de tal unidad de doctrina, creando una absoluta inseguridad jurídica, con quiebra de la seguridad jurídica. Además de este modo, se obliga a toda persona a replantear constantemente recursos de casación por infracción de la doctrina legal, para que el TS (y órganos jerárquicos superiores) se tenga que estar pronunciando constantemente sobre una doctrina ya establecida. Las sentencias de tan Altos Tribunales pueden ser discutidas y criticadas, pero deben ser acatadas, aún cuando no se esté conforme con ellas, en aras del principio de seguridad jurídica.

Así pues, entiendo que la Jurisprudencia, una vez sentada, debe ser respetada y acatada por los tribunales inferiores, pues si bien es cierto que los jueces y tribunales gozan de aquella autonomía e independencia, reconocidas por la Constitución, también lo es que el principio de seguridad jurídica, íntimamente unido al de tutela judicial efectiva, son principios constitucionales, luego parece que la autonomía e independencia judicial deben ceder ante la seguridad jurídica y la tutela judicial. En otras palabras, se puede discrepar de la doctrinal jurisprudencial, pero las resoluciones de los tribunales inferiores deben acatarla, aunque no la compartan. Sin embargo, ese constante diálogo que tiene lugar a través de los recursos es absolutamente necesario para que la jurisprudencia evolucione y de respuesta a los problemas que en cada tiempo se plantea en nuestra sociedad.

Resulta impensable actualmente, plantear un proceso judicial en cualquier materia, y más específicamente en Derecho de Familia sin examinar, valorar e invocar la jurisprudencia aplicable al caso, por lo que la doctrina del TS “se constituye en ley”.

En otro plano, tan relevante es la doctrina jurisprudencial del TS en cuanto a creación judicial del Derecho que voy a terminar refiriéndome al Acuerdo de Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, en Pleno no jurisdiccional celebrado el 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, que sustituye al de 2011. Los nuevos criterios pretenden simplificar los anteriores y precisar el alcance de las nuevas causas legales de

inadmisión del recurso de casación. La Sala ha detectado un considerable incremento del número de recursos, muchos de los cuales adolecen de graves deficiencias técnicas que le dificultan el cumplimiento de la función institucional del Tribunal Supremo.

Los acuerdos tienen carácter vinculante y, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, complementan la regulación legal de los recursos extraordinarios. Además, ha de tenerse en cuenta que estos criterios de admisión forman parte del sistema de recursos, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 150/2004, 114/2009 y 10/2012, entre otras). Conviene que sean claros, comprensibles y razonablemente concisos, en aras de su mejor utilización por sus destinatarios principales: los letrados de la Administración de Justicia y magistrados de las Audiencias Provinciales ante quienes se interponen los recursos y deben decidir inicialmente sobre su admisibilidad; el Gabinete Técnico de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que hace las propuestas de admisión; y los profesionales de la abogacía, que tienen que redactar y formalizar tales recursos.

6. Conclusiones

El principio de separación de poderes en que se basa nuestro Estado de Derecho ha evolucionado en su origen adaptándose a los cambios sociales, constitucionales y políticos de nuestra época. En ese contexto no sólo ha surgido la justicia constitucional, sino que las funciones del Poder Judicial se han ampliado de manera considerable al objeto asimismo de garantizar el equilibrio que debe existir entre los tres poderes.

La preeminencia de la legislación como fuente del Derecho tal como reiteradamente ha destacado la teoría y la metodología jurídica, no ha conllevado, sin embargo, la desaparición de la elaboración judicial del Derecho toda vez que ha quedado ya obsoleta la pretensión de reducir la aplicación del Derecho a una mecánica dogmático-deductiva. En este contexto, la ley adquiere vida propia distinta de la voluntad de quien la originó no puede, por tanto, limitarse la consideración de las fuentes al lugar donde el Derecho se hace visible, sino que debe también tenerse en cuenta el modo en el que el Derecho se produce y se aplica. Hay que tener en cuenta el proceso global de la producción y de aplicación. En tal sentido, la jurisprudencia no sólo interpreta y adapta las leyes a las necesidades cambiantes de la sociedad, sino que

ha integrado y desenvuelto el ordenamiento jurídico en un complejo proceso al que no es ajena una auténtica función creadora del Derecho.

Sin embargo, sucede que ante la existencia de realidades sociales no reguladas por el Derecho y de lagunas legales, algunas resoluciones judiciales adquieren tintes normativos, anticipándose en numerosas ocasiones a la ley que está por aprobar, al objeto de dar respuesta a los conflictos que de todo tipo surgen en la compleja sociedad en que vivimos. Así viene ocurriendo en muchos aspectos del Derecho de Familia. Sucede en el caso de las parejas de hecho ante la ausencia de normativa estatal; o en los supuestos de atribución de custodia compartida: el TS ha fijado los criterios concurrentes para su determinación y ha interpretado el art. 96 CC sobre atribución del uso del domicilio familiar, toda vez que las normas nada dicen al respecto.

La vía de los recursos, como diálogo permanente entre jueces se hace entonces absolutamente necesaria al contribuir a la búsqueda de pautas de actuación ante la carencia normativa.