

U.C.M. DE INVESTIGACIÓN 2008/2009 **LÍNEA 3000**

# El derecho de la persona y de la familia en el siglo XXI

*María Linacero de la Fuente*

MENCIÓN ESPECIAL POR SU INTERÉS Y CALIDAD



Queda rigurosamente prohibida sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo público.

© 2009 by María Linacero de la Fuente  
© 2009 by Editorial Complutense, S. A.  
Donoso Cortés, 63 – 4. planta (28015) Madrid  
Tels.: 91 394 64 60/1 Fax: 91 394 64 58  
e-mail: [ecsa@rect.ucm.es](mailto:ecsa@rect.ucm.es)  
[www.editorialcomplutense.com](http://www.editorialcomplutense.com)

Primera edición digital: octubre 2009

ISBN: 978-84-7491-969-1

**EL DERECHO DE LA PERSONA Y  
DE LA FAMILIA EN EL SIGLO XXI.**

**MARÍA LINACERO DE LA FUENTE**

**PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL UCM**

*Mi niño canta en su cuna,  
y como es niño de nieve  
aguarda calor y ayuda.*

Federico García Lorca.  
*Así que pasen cinco años.*

## **Índice.**

### **- PLANTEAMIENTO GENERAL**

#### **PRIMERA PARTE**

### **MATRIMONIO Y PAREJAS DE HECHO.**

#### **I. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN: FAMILIA MATRIMONIAL Y NO MATRIMONIAL.**

#### **II. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.**

#### **III. MODIFICACIONES DE LA LEGISLACIÓN DEL REGISTRO CIVIL, POR LAS LEYES 13/2005, DE 1 DE JULIO Y 15/ 2005, DE 8 DE JULIO.**

**1. Modificación de los artículos 46, 48 y 53 de la Ley del Registro Civil. Especial referencia al orden de apellidos de los hijos en caso de padres del mismo sexo.**

**2. Modificación del artículo 20,1º de la Ley del Registro Civil.**

#### **IV. PAREJAS DE HECHO. ANÁLISIS SOCIAL Y JURÍDICO.**

#### **SEGUNDA PARTE**

### **MENORES.**

#### **I. LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DEL MENOR. DERECHOS Y DEBERES DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA.**

##### **Introducción.**

**1. El principio del interés superior del niño.**

**2. Derechos del menor.**

- 2.1 Planteamiento General.
- 2.2 Propuesta de *lege ferenda*. Derechos y deberes del niño y adolescente.

## **II. MENORES ESPECIALMENTE DESFAVORECIDOS.**

- 1. Menores en situación de desamparo.
- 2. Menores en situación de riesgo.

## **III. PROTECCIÓN DE LOS HIJOS EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA.**

### **1. Guarda y Custodia.**

- 1.1 Principios generales. Régimen legal.
- 1.2 Criterios de atribución de la guarda y custodia.

### **2. Custodia de menores. Art. 92 del Código Civil. Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio. Novedades introducidas en el art. 92 del Código Civil.**

### **3. La custodia compartida.**

## **TERCERA PARTE**

## **PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

### **I. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL: DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

### **II. LEGISLACIÓN NACIONAL**

- 1. Legislación civil.
- 2. Legislación social.

### **III. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.**

## **CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.**

- I. PROPUESTAS GENERALES.**
- II. PROPUESTAS LEGISLATIVAS.**
  - 1. Personas con discapacidad.**
  - 2. Personas Mayores.**
  - 3. Menores**

## **BIBLIOGRAFÍA**

## PLANTEAMIENTO GENERAL.

La defensa y protección de la persona corresponde irrenunciablemente al Derecho Civil.

Téngase en cuenta que el Derecho Civil se define por antonomasia como el "derecho de la persona" hasta el punto de que es ésta, el eje y médula en torno al que se ha desarrollado esta disciplina.

DE CASTRO<sup>1</sup> fiel a su convicción de un Derecho Civil que debe tender a humanizarse en sentido ético y social, recordaba en un trabajo de 1959 las palabras de SÉNECA referidas a aquellos bienes sin los cuales se puede vivir, pero sin los cuales es preferible la muerte " *sine quibus possumus vivere, sed mors potius est*" Según dicho autor: "*Si tuviéramos más fe en nuestras posibilidades y mayor constancia en la obra colectiva no sería imposible echar las bases para un nuevo ius commmunis respecto a la protección de la persona. Pero esto quizá sea soñar*".

Afortunadamente, en el Derecho, también los sueños permiten el progreso científico y, en dicho sentido, en los últimos tiempos, asistimos a una incesante legislación tendente a la protección íntegra de la persona.

En efecto, en los albores del siglo XXI podemos afirmar que la necesaria protección social, económica, política y educacional que demandan los grupos dignos de especial tutela ( v. gr. menores, discapacitados, personas mayores..), así como la tutela de la institución familiar, ha venido acompañada de importantes aportaciones científicas y jurisprudenciales y de un amplio elenco de leyes de ámbito internacional, nacional y autonómico.

---

<sup>1</sup> DE CASTRO: "Los llamados derechos de la personalidad", ADC, 1959, pág. 1274.

El presente estudio pretende analizar el régimen jurídico de protección de la familia (matrimonial y no matrimonial), menores, discapacitados y personas mayores, con el fin de reflejar el estado de la legislación actual sobre la materia (internacional, nacional y autonómica) y realizar aportaciones y propuestas de “*lege ferenda*” en la línea de reforzar la protección de dichos grupos dando cumplimiento al mandato constitucional ( arts. 39, 40 y 50 de la Constitución)<sup>2</sup>.

En todo caso, en los comienzos del siglo XXI como nos encontramos, aunque las violaciones de los derechos de determinados grupos ( v.gr. menores en situación de riesgo o desamparo, discapacitados, mujeres víctimas de la violencia de género, personas mayores...) se denuncien incesantemente, y a pesar de que las declaraciones relativas a sus derechos sean encomiables en sus propósitos, lo cierto es que la situación real sigue siendo en algunos casos dramática.

En cualquier caso, no se trata de reformar continuamente textos legales o crear nuevos textos plagados de principios muy laudables pero frecuentemente

---

<sup>2</sup>Artículo 39 de la Constitución:

1. Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. 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.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Artículo 49 de la Constitución:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga todos los ciudadanos.

Artículo 50 de la Constitución:

Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad.

Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

superfluos, sino de ordenar sistemáticamente el galimatías jurídico existente en torno al Derecho de Familia y, en general, al Derecho de la Persona.

En dicho sentido, son numerosas las leyes aprobadas en los últimos tiempos que afectan al Derecho de Familia y, en general, al Derecho de la Persona.

Con el fin de facilitar su ordenación podemos destacar las siguientes etapas del *iter* del Derecho de Familia, tomando como punto de partida la Constitución de 1978.

- Las leyes reformadoras del Derecho de Familia, consecuencia directa del texto constitucional (Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio).
- Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela de 24 de octubre de 1983, que dio nueva redacción y sistemática a los Títulos IX y X del Código Civil.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que regula en el Libro IV, Título I, los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor.

- Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores;
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad<sup>3</sup>.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

De otra parte, debe tenerse en cuenta la copiosa legislación autonómica (de CCAA con o sin Derecho Civil propio), sobre materias propias del Derecho de Familia (v.gr. legislación de parejas de hecho<sup>4</sup>, protección jurídica del menor<sup>5</sup> o mediación familiar<sup>6</sup>...)

---

<sup>3</sup> Vid ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad ( BOE núm. 289, de 3 de diciembre).

<sup>4</sup> Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, de Cataluña  
Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua, de Cataluña

Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, de Aragón

LF 6/2000, de 3 de julio, de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables

Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas de hecho, de Islas Baleares

Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho, de la Comunidad de Madrid

Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, del Principado de Asturias

---

Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Andalucía  
Ley 5/2003, de 6 de marzo, Reguladora de las Parejas de Hecho, de Canarias  
Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho, de Extremadura  
Ley 2/2003, de 7 de mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho, del País Vasco  
Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, de Cantabria

<sup>5</sup> \* ANDALUCÍA

- Decreto 281/1988, de 13 de septiembre, por el que se establecen los medios para la aplicación en Andalucía de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre
- Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y atención al menor (BOE nº 150, 24 de junio y D.O. de la Junta de Andalucía nº 53, de 12 de mayo)

\* ARAGÓN

- Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia (BOE nº 189, de 8 de agosto)

\* ASTURIAS

- Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor (BOE nº 94, de 20 de abril, Boletín Oficial del Principado de Asturias y de la Provincia nº 32, de 9 de febrero)

\* BALEARES

- Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados (BOE nº 119, de 19 de mayo, BO Illes Balears nº 43, de 8 de abril)

\* CANARIAS

- Decreto 103/1994, de 10 de junio, de adopción y protección de menores
- Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (BOE nº 63, de 14 de marzo, BO Canarias nº 23, de 17 de febrero)

\* CANTABRIA

- Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de expedientes administrativos de adopción, tutela, guarda y acogimiento de menores)
- Ley 7/1999, de 28 de abril, del Parlamento de Cantabria, de Protección de la Infancia y adolescencia (BOE nº 127, de 28 de mayo)

\* CASTILLA Y LEÓN

- Ley 14/2002, de 25 de julio, de las Cortes de Castilla y León, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia (BOE nº 197, de 17 de agosto)

\* CASTILLA-LA MANCHA

- Decreto nº 1437/1990, de 18 de diciembre, sobre procedimiento en materia de protección de menores (DOCM nº 95, de 26 de diciembre)
- Decreto de 19 de diciembre de 1996 de distribución de competencias sobre protección de menores
- Decreto 35/1997, de 10 de marzo, de acreditación de entidades colaboradoras de Adopción Internacional (DOCM nº 11, de 14 de marzo)
- Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor de Castilla-La Mancha

\* CATALUÑA

- Código de Familia. Ley 9/1998, de 15 de julio.
  - La adopción. Título V. Artículos 115-131
  - La potestad del padre y de la madre. Título VI. Artículos 132-163
  - La tutela y demás instituciones tutelares. Título VII. Artículos 167-258

- 
- Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción
  - Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y de los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre
- \* EXTREMADURA
- Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención de menores (BOE nº 309, de 27 de diciembre, DO Extremadura nº 134, de 24 de noviembre)
- \* GALICIA
- Decreto 112/1995, de 31 de marzo, sobre medidas de protección de menores y la adopción
  - Ley 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia en Galicia (BOE nº 165, de 11 de julio, y DO Galicia nº 118, de 20 de junio)
- \* MADRID
- Decreto 121/1998, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor
  - Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOE nº 183, de 2 de agosto, BO Comunidad de Madrid n1 843, de 7 de abril), modificada por la Ley 18/1999, de 29 de abril (BOE nº 195, de 16 de agosto), de la Asamblea de Madrid, reguladora de los Consejos de Atención a la Infancia y Adolescencia de la Comunidad de Madrid
  - Ley 5/1996, de 8 de julio (BOE nº 284, de 25 de noviembre) de la Asamblea de Madrid, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid
- \* MURCIA
- Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (BOE nº 131, de 2 de junio; BORM nº 86, de 12 de abril)
- \* NAVARRA
- Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores (BON nº 44, de 7 de abril)
  - Ley 63 y ss de la Compilación de Derecho Civil de Navarra
- \* PÁIS VASCO
- Ley 3/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, sobre atención y protección de la infancia y adolescencia
- \* RIOJA
- Ley 47/1998, de 18 de marzo, del menor (BOE nº 79 de 2 de abril, BO Rioja nº 36, de 24 de marzo), modificada por la Ley 10/2003, de 19 de diciembre (BOE nº 43, de 19 de febrero de 2004)
- \* VALENCIA
- Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia (BOE nº 21, de 25 de enero de 1995, DO Generalitat Valenciana nº 2408, de 16 de diciembre)
- <sup>6</sup> Leyes autonómicas de Mediación Familiar dictadas hasta este momento:
- Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Cataluña
  - Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Galicia
  - Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Comunidad Valenciana
  - Ley 15/2003, de 8 de abril, de Canarias, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio
  - Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Castilla-La Mancha
  - Ley 1/2006, de 6 de abril, de Castilla y León

En todo caso, si bien es cierto que las referidas leyes reflejan modificaciones sustanciales y progresivas, la tutela de la persona y de la familia ni se agota ni se resuelve en dichos textos legales, y ello por las siguientes razones:

En puridad, la tutela de los menores, discapacitados, personas mayores o de la institución familiar, **no se limita exclusivamente al ámbito civil, sino que también se manifiesta en otros sectores ( constitucional, penal, laboral, administrativo, fiscal, social, procesal....).**

El incremento de la sensibilidad social hacia los temas de los problemas de la familia y, en particular de los integrantes del grupo familiar especialmente desfavorecidos (menores en situación de riesgo o desamparo, mujeres víctimas de violencia de género, discapacitados...), va acompañada de la convicción clara de que los instrumentos legales son insuficientes y es preciso el recurso a otros medios o disciplinas extrajurídicas.

- 
- Ley 18/2006, de 22 de noviembre de Baleares.
  - Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Madrid
  - Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Asturias.
  - Ley 1/2008, de 8 de febrero, del País Vasco.

## PRIMERA PARTE

# MATRIMONIO Y PAREJAS DE HECHO

### I. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN: FAMILIA MATRIMONIAL Y NO MATRIMONIAL.

El artículo 39 de la Constitución española, menciona expresamente a la familia en su párrafo primero, en los siguientes términos:

*“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*

El citado precepto en sus párrafos segundo y tercero respectivamente, establece también la obligación de los *poderes públicos* de proteger a los hijos, *“iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”*, y de prestar protección a la madre *“cualquiera que sea su estado civil”*; así como la obligación de los padres de prestar asistencia a los hijos *“habidos dentro o fuera del matrimonio”*<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Artículo 39 de la Constitución

CAPÍTULO TERCERO – TÍTULO I

DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos antes la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad
3. 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.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internaciones que velan por sus derechos

El artículo 39 de la Constitución tiene textos de Derecho comparado con los que establecen alguna relación: Constitución italiana (art. 29), alemana (art. 6), portuguesa (art. 36), venezolana (art. 73), uruguaya (art. 40). Pero, posiblemente, la influencia más

El mencionado artículo 39 se encuentra ubicado en el Capítulo 3 Título I de la Constitución, es decir, dentro de *los principios rectores de la política social y económica*; ello significa que la protección que el artículo 39, asegura a la familia, es un principio cuyo reconocimiento y respeto, a tenor del art. 53.3 de la Constitución “ *informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”.

Respecto al concepto de “familia”, ni el Código civil ni la Constitución definen que ha de entenderse por familia.

En cualquier caso, **puede afirmarse que la familia protegida en el texto constitucional es tanto la familia matrimonial como la no matrimonial.**

La protección integral de los hijos con independencia de su filiación matrimonial o no matrimonial ( art. 39, 2 y 3 Constitución), la prohibición de discriminación por razón de nacimiento ( art. 14 de la Constitución ) y los Convenios internacionales que vinculan a España <sup>8</sup>, apoyan dicha tesis.

---

directa le venga de la vieja Constitución de Weimar (art. 119), a través del art. 43 de la Constitución Republicana de 1931.

<sup>8</sup> Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (art. 1<sup>a</sup>), 4.b), 16.1.d), 21.1, 24). Convención de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.1<sup>o</sup>, 9.1<sup>o</sup>, 9.3<sup>o</sup>, 18.1<sup>o</sup>, 21, 37.c) y 40).

Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño. 8 de julio de 1992. Punto 8.14

Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea. 12 de diciembre de 1996.

Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores. 5 de octubre de 1961 (art. 4).

Convenio de La Haya núm. XXIV sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973 (arts. 5 y 6).

Convenio de La Haya núm. XXVIII sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (Preámbulo).

Recomendación del Consejo de Europa 1121(1990) sobre los derechos del niño. 1 de febrero de 1990.

Recomendación del Consejo de Europa 1286(1996) relativa a una estrategia europea para los niños de 24 de febrero de 1996.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han pronunciado en torno a la protección constitucional de la familia.

Frente a la doctrina sentada en anteriores sentencias, a partir de la STC 222/1992 de 11 de diciembre, el Tribunal Constitucional se orienta de forma indubitada afirmando que la familia protegida en la Constitución no es solo la que tiene su origen en el matrimonio sino también la familia no matrimonial.

En punto a la inclusión de las uniones de hecho homosexuales en el ámbito de protección del art. 39 Constitución, el Auto del TC 222/1994, afirmó que: *“al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una unión jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento: todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera ope legis una pluralidad de derechos y obligaciones”*. Sin embargo, también señala que: *“ello no obsta a que el legislador pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse del matrimonio tal como propugna el Parlamento Europeo”*.

En dicho sentido, algunos autores<sup>9</sup> sostienen que si bien es razonable tratar más favorablemente a los cónyuges que a los convivientes de hecho, lo que ya no parece admisible es tratar desigualmente a los convivientes *more uxorio* por razón de su orientación sexual. En la referida línea, puede invocarse los arts. 9.2 y 10 de la Constitución, II 81 in fine de la Constitución Europea que prohíbe toda discriminación por razón de la orientación sexual, y la Resolución A3 0028/1994, del

---

9

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Pons 2004, pág. 127

DE VERDA Y BEAMONTE: *Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii* (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994) RDP, 1998, pág. 728

Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994<sup>10</sup>, sobre "igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Unión Europea"<sup>11</sup>.

### III. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

#### **Art. 32 de la Constitución.**

El art. 32 de la Constitución, ubicado dentro del Capítulo 2º, Sección 1ª, Título I, sanciona el "*ius connubii*" en los siguientes términos:

- 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*
- 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*

#### Redacción anterior del Código Civil

##### **Art. 44 CC**

*"El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código"*

#### Redacción actual. Ley 13/2005 de 1 de julio.

##### **Art. 44 CC**

*"El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código."*

---

<sup>10</sup> Texto íntegro de la Resolución de 8 de febrero de 1994. Vid PÉREZ CANOVAS, N.: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho Español*, Ed. Comares, Granada, 1996, págs. 42-47.

<sup>11</sup> A dicha Resolución han seguido las Resoluciones 17/12/1998; 29/12/2000 y 15/1/2003. En concreto la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003 (DOCE de 12 de febrero de 2004) insiste en la lucha contra la discriminación de los homosexuales, recomienda a los Estados miembros "*que reconozcan las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distintos sexo como entre personas del mismo sexo, y que conceda a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio*", e insta a la Unión Europea "*a que incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas concretas al respecto*".

***"El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo".***

La cuestión fundamental que se plantea a raíz de la reciente reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (Ley 13/2005, de 1 de julio), es si a la luz del art. 32 Constitución y demás preceptos que constituyen el punto de partida del sistema matrimonial español, **es admisible el reconocimiento del matrimonio homosexual por el legislador y su correspondiente sanción en el Código Civil español.**

Durante siglos la clásica definición de MODESTINO ha mantenido –en lo fundamental- su vigencia: "*nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humani rerum communicatio*" (D. 23-2.1)

Ciertamente, el legislador español al admitir el matrimonio homosexual ha introducido una solución revolucionaria respecto a nuestra tradición secular. Dicho reconocimiento legal responde esencialmente a razones de política jurídica que trascienden del ámbito jurídico y tienen un componente ideológico indudable. En todo caso, los elementos jurídicos tienen que brindar un abanico de soluciones a los temas que la realidad social ofrece, y que podrían tener dos vías. Así, en el tema de los convivientes homosexuales, una sería la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, y otra, la regulación de las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales o exclusivamente homosexuales (v.gr. Alemania, Ley de parejas registradas de 26 de febrero de 2001, en vigor 1 de agosto, que se limita a las parejas de personas del mismo sexo)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> El 17 de julio de 2002, el Bundesverfassungsgericht declaró constitucional la ley, afirmando que la "*protección que al matrimonio brinda el art. 6, apdo. 1, GG no impide al legislador atribuir a las parejas derechos y deberes parecidos a análogos a los que se derivan del matrimonio*

En mi opinión como he mantenido en diversos trabajos, puede concluirse que los textos legales vigentes del máximo nivel en la pirámide jurídica, tanto de rango internacional como de rango constitucional, no impiden en orden técnico la admisión del matrimonio homosexual<sup>13</sup>, lo que unido a la fuerza de las corrientes de opinión, a los medios de comunicación o al influjo electoral, avocará a que probablemente los Estados acaben admitiéndolo.

En efecto, la Constitución no es literal ni técnicamente opuesta al matrimonio homosexual, ciertamente en la mente del legislador no se contemplaba dicho matrimonio, pero la Constitución no constituye un obstáculo, ni debe considerarse expresamente prohibido por ella. Cuestión distinta es el juicio que merezca su reciente regulación por el legislador español, por cuanto se trata de un tema con un marcado carácter ideológico.

Asimismo, y frente a otras interpretaciones<sup>14</sup> absolutamente respetables, estimo que la exégesis del art 32 de la Constitución no solo no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que vendría a dar cobertura a matrimonios de este tipo, aunque probablemente dicha previsión nunca debió estar presente en la mente del legislador constitucional.

---

<sup>13</sup> El informe del Consejo General del Poder Judicial, aunque rechaza el matrimonio homosexual, llega a decir literalmente *“aún cuando la iniciativa informada fuese constitucional y se tratase de una cuestión de pura legalidad ordinaria, hay razones que desaconsejan seguir con esa iniciativa... Lo que es constitucional no implica, per se, que sea conveniente”*.

<sup>14</sup>

*Prima facie*, el carácter heterosexual del matrimonio se deduciría aparentemente del tenor literal del art. 32 de la Constitución, que refiere el derecho a contraer matrimonio no a la persona humana “en general” (no emplea las fórmulas impersonales “todos”, “toda persona”, “los españoles”..), sino expresamente al “hombre y mujer”. En dicho sentido, y según expresa la R.DGRN<sup>14</sup>, de 21 de enero de 1988, es el único precepto de la Constitución dedicado a “los derechos y libertades fundamentales” (Capítulo II, Título I) que se preocupa de precisar que el “hombre y la mujer” son los titulares del “ius connubii” frente a los demás preceptos que utilizan expresiones como “todos”, “toda persona”, “los españoles”<sup>14</sup>. Sin embargo, también es cierto que la letra del art. 32 Constitución no es absolutamente clara en este punto, por cuanto después de reconocer que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” no añade “entre sí”, o “entre ellos” lo que permite interpretaciones diversas

En efecto, la letra del art. 32 de la Constitución al proclamar la igualdad de derechos del hombre y la mujer al contraer matrimonio, parece prejuzgar que necesariamente el matrimonio es entre personas de distinto sexo, y ello como exponente reactivo frente a la tradicional inferioridad jurídica que la mujer sufría por el matrimonio<sup>15</sup>. Sin embargo, lo cierto es que tal como se produce realmente el texto del artículo “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*” podría entenderse que dicha expresión no va referida exclusivamente a la mencionada hipótesis (matrimonio entre personas de distinto sexo), sino que también puede entenderse referida a las distintas hipótesis en que el matrimonio sea posible (matrimonio entre hombre y mujer, pero también matrimonios entre dos hombres o entre dos mujeres), lo cual reforzaría la conclusión contraria.

Es decir, la plena igualdad jurídica a la que alude el art. 32 Constitución vale tanto para garantizar la igualdad jurídica entre los cónyuges en el seno del matrimonio tradicional, como en el marco de las formas de matrimonio entre homosexuales.

En cualquier caso, el rechazo al matrimonio homosexual es criterio prácticamente unánime de nuestra doctrina<sup>16</sup>, jurisprudencia constitucional<sup>17</sup> y del Tribunal

---

<sup>15</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: *¿Es constitucional, hoy el matrimonio “!homosexual”?*... Ob.cit. pág. 44

Dictamen del Consejo de Estado de 16-12-2004, nº 2628/2004, señala: “*De acuerdo con los términos del artículo 32.1 de la Constitución, el hombre y la mujer tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio, lo que no se predica de las parejas del mismo sexo. La referencia expresa al “hombre y la mujer” tiene, al menos, un doble alcance: por un parte, al referir la plena igualdad jurídica al hombre y la mujer, evita de forma terminante que el legislador incluya desigualdades entre uno y otra que pudieran superar el juicio de razonabilidad derivado de la aplicación del artículo 14, a la vista de las concepciones sociales dominantes o en alguna medida vigentes hasta la época en que se aprobó la Constitución. Por otra parte, introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto derecho fundamental, lo que supone que la aplicación del artículo 14 de la Constitución en relación con ese concreto derecho habrá de partir, en todo caso, de dicha mención expresa*”.

<sup>16</sup> ALBALADEJO: *Derecho Civil IV*, Ob.cit., pág. 31, afirma: “*El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda una familia*”.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil IV*, considera que “*el art. 32 de la Constitución española explicita el carácter heterosexual del matrimonio*”.

Supremo<sup>18</sup>, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>19</sup>, invocándose en su favor el texto de los arts. 12 del Convenio de Roma<sup>20</sup> y 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>21</sup>,

---

LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil IV*, 1997, pág.63, define el matrimonio como “*unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida*”.

O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho Civil IV*, Ob.cit.: “*El matrimonio es un negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena*”.

LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil IV*, Pons, 2002, pág 21, afirma: “*La unión matrimonial comporta la unión de un hombre y una mujer, sin que otras posibles relaciones de pareja que se encuentren compuestas por personas del mismo sexo quepa considerarlas matrimonio*”.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Las parejas de hecho*, en *Aranzadi Civil*, septiembre 1992, núm 1, págs. 1823 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Diagnóstico sobre el derecho de Familia*, Madrid, 1996.

NAVARRO VALLS, R.: *Matrimonio y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1995

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Convivencia more uxorio: estipulaciones y presunciones*, en *Centenario del Código Civil*, Madrid, Ceura, tomo I, 1990, págs. 1061 y ss.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: *La familia, el Derecho y la libertad*. Córdoba. Caja de Ahorros de Córdoba, 1987

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H.: *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, en *La Ley*, 1983-2, págs. 1829 y ss

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 50-54

<sup>17</sup> Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, de 11 de julio (Sala Primera, Sección primera), recurso de amparo núm. 1101/1993, jurisprudencia constitucional, t XXXIX (mayo-agosto, 1994), págs. 1414-1416. En dicho Auto, el Tribunal Constitucional señala que: “*al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personal del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente garantizada. Ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, todo lo contrario que el matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes*”, ello no obsta a que el legislador pueda establecer “*un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal y como propugna el Parlamento Europeo*”.

<sup>18</sup> SSTs 2 de julio 1987, 15 de julio 1988, 3 de marzo 1989, 14 de abril 1999 y 6 de septiembre 2002, se pronuncian en el sentido de que el transexual no tiene capacidad para contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico, aunque de distinto psicológico y social, porque se razona que la diferencia de sexo es esencial y en otro caso el matrimonio sería nulo por ausencia de verdadero consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73).

<sup>19</sup> SS.TEDH de 17 de octubre 1986 (caso Rees vs. Reino Unido, sobre una mujer con apariencia de hombre), 27 de septiembre 1990 (caso Cossey vs. Reino Unido), 25 de marzo 1992 (caso Botella vs. Francia), 30 de julio 1998 (caso Sheffield y Horsham vs. Reino Unido)

Sin embargo, también es cierto que existe un sector doctrinal, todavía minoritario, que considera admisible la regulación en nuestro ordenamiento jurídico del “matrimonio homosexual<sup>22</sup>” o, en su caso, la institucionalización de las uniones homosexuales<sup>23</sup>

Los argumentos frecuentemente utilizados para posibilitar el matrimonio homosexual (algunos referidos en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005)<sup>24</sup>, son esencialmente los siguientes:

- Diversos preceptos constitucionales que consagran de forma genérica la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 Constitución)
- La promoción de la igualdad efectiva de todos los ciudadanos (art. 9.2 Constitución)
- La preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 Constitución)

---

<sup>20</sup> El artículo 12 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979): “*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*”.

<sup>21</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Resolución de la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, dispone en su artículo 16.1: “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo*...Ob.cit., págs. 128-129, sostiene que “La garantía constitucional del matrimonio sólo se refiere a la unión heterosexual, pero ello no impediría al legislador ordinario introducir el matrimonio homosexual, si así lo estima oportuno

GAVIDIA SÁNCHEZ: *Uniones homosexuales y concepto constitucional del matrimonio*. Revista española de Derecho Constitucional, 20012, pág. 46

PÉREZ CANOVAS: “*Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho Español*”. Comares, Granada, 1996.

<sup>23</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: *La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España*. La Ley, 2001-4, págs. 1519-1532.

<sup>24</sup> VALLADARES RASCÓN, E.: *El derecho a contraer matrimonio y la Constitución*. Aranzadi Civil, 2005, pág. 36

- La no discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 Constitución)
- La libertad sexual e intimidad personal (arts. 16 y 18 Constitución)
- La desaparición del impedimento de impotencia (antiguo art. 83.3 CC.) en la reforma de 7 de julio de 1981.
- La no inclusión en los arts. 46 y 47 CC de la igualdad de sexo entre los impedimentos matrimoniales

A lo anterior puede añadirse el expreso reconocimiento de la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual (arts. 21.1 in fine de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y II 81 in fine de la Constitución Europea).

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aún siendo prevalente la consideración de que el derecho a contraer matrimonio del art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos solo incluye al matrimonio entre hombre y mujer, existen algunas sentencias que suponen cambios importantes respecto a decisiones anteriores, al menos por lo que respecta a los transexuales, cuyo derecho a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico guarda relación con el matrimonio homosexual.<sup>25</sup>.

En la misma línea, y anticipándose al TEDH, las Resoluciones DGRN de 8 de enero de 2001 y 31 de enero 2001, en contra de la jurisprudencia anterior (SSTS 2 de julio

---

<sup>25</sup> Sentencia 11 de julio de 2002 Acta núm. 25680/1994, caso I contra Reino Unido: “**DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: Alcance:** derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia, sin que el segundo sea condición del primero; la incapacidad para una pareja de concebir o criar un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión; **Transexuales:** consideración legal del sexo registrado al nacer; imposibilidad en la práctica de contraer matrimonio; limitación que vulnera la sustancia misma del derecho a casarse excediendo el margen de apreciación de los Estados; violación existente”

Dichas sentencias incluso llegan a afirmar que el art. 12 del Convenio de Roma, no exige en su literalidad la diversidad de sexo cromosómico, entre otras razones, porque el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni siquiera hace referencia al hombre y la mujer

1987, 3 de marzo 1989, 14 de abril 1991 y R.DGRN 2 de octubre de 1991 que niegan el matrimonio transexual por la exigencia de intersexualidad en el matrimonio), admiten el matrimonio de transexuales con personas del mismo sexo biológico aunque distinto legal<sup>26</sup>.

En orden a los efectos jurídicos del cambio de sexo, algunas sentencias del Tribunal Supremo únicamente autorizaban la rectificación del sexo y del nombre en el Registro Civil. Sin embargo, estas sentencias, en principio, se pronunciaban en el sentido de que el transexual no tiene capacidad para contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico (los cromosomas no varían) aunque de distinto sexo psicológico y social, porque se razona que la diferencia de sexo biológico es esencial y que en otro caso el matrimonio sería nulo por ausencia de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. artículos 45 y 73.1 del Código Civil).

Como ya sostuve en trabajos anteriores, con independencia de valoraciones morales o sociales, desde el punto de vista jurídico, el hecho de que los efectos

---

<sup>26</sup> La Dirección General de los Registros y del Notariado emitió con fecha 21 de marzo de 2001 una nota doctrinal del Centro Directivo sobre el posible matrimonio de un transexual.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos en la citada nota (Vid. BIMJ 1 de abril de 2000, págs. 1203-1204), la Dirección General de los Registros y del Notariado en tres Resoluciones recientes (dos de 8 de enero y otra de 31 de enero de 2001) autorizó el matrimonio entre personas de distinto sexo legal, aunque no biológico, siendo una de ellas un transexual operado quirúrgicamente y cuyo cambio de sexo había sido autorizado judicialmente.

**Resolución de 8 de marzo de 2001, sobre matrimonio de transexual.**

*El transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincida el sexo biológico.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

VI. No puede defenderse que el matrimonio entre un varón y un transexual que ha pasado a ser mujer sea, por este solo motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar consentimiento ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si ese matrimonio pudiera ser declarado nulo por error en las calidades personales esenciales del contrayente (cfr. Art. 73.4º CC), no ocurre así en este caso, en el que el varón conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (cfr. art. 76 CC).

jurídicos del cambio de sexo no sean plenos puede producir consecuencias perturbadoras.

Y así, si siendo varón permitimos el cambio a mujer (o viceversa), o bien se autoriza plenamente y a todos los efectos se pasa a ser mujer (o varón) o, de lo contrario, los transexuales -como sucede en el estado actual de la cuestión- integraran un especie de tercer género (ficción de hombre o ficción de mujer), con un *status* ciertamente ambiguo.

En dicho sentido, se ha aprobado la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas ( BOE 16-3-2007), cuyo objeto es regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género.

Recientemente, la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo ( BOE núm. 188, 8 de agosto), resuelve la consulta en torno a si la permisión de la ley española respecto a los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también en presencia de elementos personales de extranjería, esto es, cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en una elaborada Resolución, y ante la existencia de una laguna en nuestro Derecho Internacional Privado, en base a distintos argumentos<sup>27</sup>, concluye que: *“el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del*

---

<sup>27</sup> Uno de dichos argumentos fue la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la ley del divorcio de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución ( vid. Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935).

*extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia a que se refiere el siguiente apartado'.*

Por lo que respecta a **los textos legales internacionales**, frente a la literalidad de los arts. 12 del Convenio de Roma y 16.1 de la Declaración de Derechos Humanos, que refieren expresamente el "*ius connubii*" al hombre y la mujer; el art. II 69 de la Constitución de la Unión Europea<sup>28</sup> (Título II – Libertades), bajo el epígrafe "*derecho a contraer matrimonio y fundar una familia*", garantiza el derecho a contraer matrimonio sin hacer referencia al sexo de los contrayentes, en los siguientes términos: "*Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*".

Como explica el informe del Praesidium de la Convención: "*Este artículo no prohíbe ni impone el que se conceda el derecho matrimonial a la unión de personas del mismo sexo*". **En definitiva, dicho precepto "ni abre ni cierra la puerta al matrimonio homosexual", dejando que sea el Derecho interno de cada Estado Miembro el que la abra o mantenga cerrada.**<sup>29</sup>

Hasta la fecha en Europa únicamente han equiparado el matrimonio heterosexual y homosexual Holanda y Bélgica, y más recientemente España, en Leyes 1 de abril 2001, 30 de enero 2003 y 1 de julio 2005, respectivamente. Otros ordenamientos como Dinamarca (que fue pionero, Ley 1 de octubre 1989), Noruega (ley 30 de abril 1993), Suecia (Ley 23 de junio 1994), Islandia (Ley 12 de junio 1996) y Finlandia (marzo 2002), disponen leyes de cohabitación o convivencia registrada.

Francia introdujo en el *Code* (art. 515.1) el pacto civil de solidaridad (15 de noviembre 1999); Alemania aprobó la Ley sobre parejas registradas de personas del

---

<sup>28</sup> El art. II 69 C. Europea reproduce casi literalmente el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>29</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: ob.cit. pág. 45

mismo sexo, el 16 de febrero 2001, en vigor el 1 de agosto, y Portugal, la Ley núm. 7/2001, de 11 de mayo, que adopta medidas de protección de las uniones de hecho.

En definitiva, la ley que regula el matrimonio homosexual, introduce una idea "revolucionaria" que quiebra y erosiona la concepción tradicional del matrimonio.

El Tribunal Constitucional, tiene la última palabra.

### **III. MODIFICACIONES DE LA LEGISLACIÓN DEL REGISTRO CIVIL, POR LAS LEYES 13/2005, DE 1 DE JULIO Y 15/ 2005, DE 8 DE JULIO.**

#### **1. Modificación de los artículos 46, 48 y 53 de la Ley del Registro Civil. Especial referencia al orden de apellidos de los hijos en el caso de padres del mismo sexo.**

Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio ( B.O.E, núm. 157, 2 de julio).

Disposición Adicional Segunda. Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

Uno. El artículo 46 queda redactado en los siguientes términos:

*" Artículo 46 Ley del Registro Civil:*

*La adopción, las modificaciones judiciales de la capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás hechos inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.*

*Cuantos hechos afecten a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores<sup>30</sup>, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.”*

Dos. El artículo 48 queda redactado en los siguientes términos:

*“ Artículo 48 Ley del Registro Civil:*

*La filiación paterna o materna<sup>31</sup> constará en la inscripción de nacimiento o a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.”*

Tres. El artículo 53 queda redactado en los siguientes términos:

*“ Artículo 53 Ley del Registro Civil:*

*Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores<sup>32</sup>, que la ley ampara frente a todos”*

La reforma de los artículos 46, 48 y 53 L.R.C. por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>33</sup>, obedece a una imprescindible adaptación terminológica de determinados artículos de la legislación Registral Civil, como consecuencia de la admisión en nuestro ordenamiento del matrimonio de personas del mismo sexo.

---

<sup>30</sup> **Art. 46.2 L.R.C.** Redacción anterior a la reforma por Ley 13/2005, de 1 de julio.

“ Cuantos hechos afecten a la patria potestad, salvo la muerte de los **padres**, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.”

<sup>31</sup> **Art. 48 L.R.C.** Redacción anterior a la reforma por Ley 13/2005, de 1 de julio.

“ La filiación paterna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.”

<sup>32</sup> **Art. 53 L.R.C.** Redacción anterior a la reforma por Ley 13/2005, de 1 de julio.

“ Las personas son designadas por su nombre y apellidos, **paterno y materno**, que la ley ampara frente a todos.”

<sup>33</sup> Dicha modificación de los arts 46,48 y 53 L.R.C. no se recogía inicialmente en el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, siendo consecuencia de la aceptación parcial de la Enmienda núm 2 del Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana ( E.R.C.) que proponía la adición a la disposición adicional segunda de la modificación de los arts 46,48,49 y 53 L.R.C ( B.O.C.G Congreso de los Diputados, serie A, núm. 18-5, de 15-3-2005)

La referida ley 13/2005 permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición.

En dicho sentido, y en consonancia con la reforma de diversos artículos del Código civil ubicados en el ámbito de "las relaciones paterno-filiales" ( arts. 154,160,1º,164,2º C.C.) y de "la adopción" ( arts. 175,4º y 178,2º C.C.), en los que se sustituyen los términos " padre y madre" ( o en su caso, filiación paterna y materna) por la expresión "progenitores", el legislador ha reformado diversos artículos de la Ley del Registro Civil.

En la nueva redacción de los artículos 46,2º y 53 L.R.C. se sustituyen los términos "*padres*" y "*paterno y materno*", respectivamente, por la expresión "*progenitores*"; y en el artículo 48 L.R.C. se completa la anterior alusión exclusivamente a la filiación "*paterna*", por la referencia a ambas filiaciones "*paterna y materna*".

En relación a la modificación de los citados arts 46,2º, 48 y 53 L.R.C. por la ley 13/2005, de 1 de julio, en íntima conexión con la reforma de los correspondientes preceptos del Código civil, pueden apuntarse las siguientes consideraciones:

#### PRIMERA.

La terminología empleada "*progenitores*" que sustituye a las anteriores referencias a "*padre y madre*", "*paterno y materno*" o "*padres*", no parece correcta habida cuenta de la etimología de "*progenitor*" que significa: nacer, venir, salir.., y la imposibilidad de los cónyuges del mismo sexo de engendrar hijos.

En dicho sentido, la ley 3/2005, de 8 de abril, de Cataluña ( D.O.G.C. núm. 4366 de 19-4-2005), que elimina la restricción legal a la adopción por parejas homosexuales, añade un nuevo apdo 2º al art. 132 de la ley 9/1998, del Código de Familia de Cataluña, con el siguiente texto:

2. " Si las personas a quienes se ha asignado la potestad sobre los hijos menores son del mismo sexo, se denominan madres, si son mujeres, y padres, si son hombres".

### SEGUNDA.

Sorprende que el legislador haya modificado únicamente determinados artículos del Código civil y de la Ley del Registro Civil, omitiendo numerosos preceptos de ambos cuerpos legales en los que se siguen empleando los términos "padre y madre" o "padres" ( vgr. artículos 156,2º, 163, 170, 808,1º, 823 Código civil; artículos 43, 48,1º in fine, 49 Ley del Registro Civil, 186,1º Reglamento del Registro Civil....).

### TERCERA.

En punto a la modificación del art. 53 L.R.C., debería haberse previsto el orden de apellidos en el caso de que ambos progenitores sean del mismo sexo.

En efecto, el nuevo artículo 109 del Código civil ( modificado por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre), permite que los padres puedan, de común acuerdo, decidir el orden de apellidos de sus hijos en la inscripción de nacimiento, si bien, en caso de no ejercitarse dicha opción tendrá preferencia el apellido del varón.<sup>34</sup>.

En consecuencia, cabría plantear que sucederá si por ejemplo, el matrimonio de varones homosexuales adopta conjuntamente un menor, ¿cuál será el orden de apellidos del hijo en caso de desacuerdo de los padres?.

De *lege ferenda* propuse en el libro Derecho del Registro Civil<sup>35</sup>, la absoluta equiparación de sexos en el orden de transmisión de apellidos.

---

<sup>34</sup> Vid. Derecho del Registro civil. 19.2 Filiación determinada respecto de ambos progenitores. Orden de transmisión de apellidos ( artículo 109 del Código civil), págs 165-166 ; 20.7. Cambio de apellidos por mera declaración de voluntad. A) y B), págs.177-179.

<sup>35</sup> Vid. Derecho del Registro civil. 19.2 Filiación determinada respecto de ambos progenitores. Orden de transmisión de apellidos ( artículo 109 del Código civil), pág. 166.

Dicha equiparación solventaría las posibles discrepancias en el orden de apellidos de los hijos, sin dar preferencia a ninguno de los progenitores, por razón de su condición de varón o mujer y, lógicamente, sería la única solución posible cuando ambos padres o madres sean del mismo sexo.

Recientemente, la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Cataluña, modificó el apdo1 del art. 128 de la ley 9/1998, del Código de Familia, en los siguientes términos:

*“ 1. La persona que es adoptada conjuntamente lleva los apellidos de los adoptantes en el orden que establece la ley o en el orden que estos acuerden en la inscripción del primer hijo o hija que tengan en común. Si los adoptantes son del mismo sexo, el orden de apellidos es el que elijan de común acuerdo. Si no hay acuerdo, el orden lo decide el juez o jueza e primera instancia, dentro el procedimiento de adopción”*

El legislador podría haber aprovechado la reforma en lo atinente a la legislación del Registro Civil, para modificar los arts 201-204 .R.R.C que regulan los apellidos de los hijos adoptivos (con terminología y categorías ya derogadas por Ley de 11 de noviembre de 1987).<sup>36</sup>

## **2. Modificación del artículo 20,1º de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro civil.**

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio ( B.O.E. núm. 163, 9 de julio).

Disposición final segunda. Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil.

El párrafo 1 del artículo 20 de la ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, queda redactado del siguiente modo:

---

<sup>36</sup> Vid. Derecho del Registro civil. 19. La atribución de apellidos. 4 Filiación adoptiva, págs. 167-168.

*“1º Las de nacimiento, al Registro del domicilio del nacido o de sus representantes legales. En caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16”.*<sup>37</sup>

- Instrucción de 1 de julio de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción ( B.O.E núm 161, de 5 de julio).

La modificación del citado art. 20.1º L.R.C, por la Ley 15/2005, de 8 de julio, es consecuencia de la Instrucción de 1 de julio de 2004 D.G.R.N. que modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción, mediante la adición de un segundo párrafo, quedando redactada dicha regla en los siguientes términos:

*“Una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, podrá establecerse en el folio que entonces corresponda , una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos.*

*En los casos de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo pueden solicitar que en la nueva inscripción, conste su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado”.*<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Art. 20.2º L.R.C. redacción anterior a la reforma por ley 15/ 2005, de 8 de julio.

“1º Las de nacimiento, al Registro del domicilio del nacido o de sus representantes legales”

<sup>38</sup> Según la Exposición de Motivos de la Instrucción de 1 de julio de 2004 D.G.R.N.:

“ La Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre constancia registral de la adopción ( B.O.E nº 52/1999, de 2 de marzo), supuso un importante avance en la protección de la intimidad personal y

Los artículos 20 de la Ley del Registro Civil, 76-78 del Reglamento del Registro Civil y la Circular D.G.R.N de 11 de mayo de 1988, regulan el traslado de inscripciones.

Las reglas de competencia (de carácter territorial) pueden dar lugar a que las inscripciones de un determinado hecho se practiquen en un Registro Civil lejano al domicilio de los interesados.

Para acercar la inscripción al Registro Civil del domicilio, puede utilizarse el mecanismo del traslado de inscripciones a petición de personas que tengan interés cualificado en ello. Dicho mecanismo está configurado por el legislador con carácter excepcional.

Pues bien, una de las excepciones más importantes al criterio territorial fue la introducida por la Ley 4/1991, de 10 de enero, que añadió un apartado núm. 2 en el artículo 16 de la Ley del Registro Civil, con la finalidad de permitir que *“ los nacimientos acaecidos en territorio español, cuando su inscripción se solicite dentro del plazo, puedan ser inscritos ( además del Registro del lugar de nacimiento) en el Registro Municipal del domicilio del progenitor o progenitores legalmente conocidos”*

---

familiar, al establecer una serie de medidas tendentes a evitar la publicidad de las filiaciones adoptivas.

Dicha Instrucción tiene su causa en el artículo 21 del Reglamento del Registro Civil que no permite, sin autorización especial, la publicidad de la filiación adoptiva o de las circunstancias que puedan descubrir este carácter. Se trata de preservar, en interés del menor, que se conozca dicha filiación o cualquier circunstancia de la que ésta pueda deducirse.

Una de las circunstancias reveladoras de una filiación adoptiva puede ser la relativa al lugar del nacimiento, especialmente, cuando éste ha acaecido en un país remoto. Por ello, es conveniente quede limitada y sujeta a la autorización especial que el citado art. 21 del Reglamento establece, y, a tal efecto, procede que se permita que no conste en la inscripción de la adopción el lugar real del nacimiento del adoptado y que en sustitución pueda solicitarse que conste el correspondiente al domicilio del adoptante o adoptantes, por atribución a estos de la facultad similar que el apdo 2 del art. 16 de la Ley del Registro Civil otorga a los padres biológicos.

La Instrucción citada no previó este supuesto, pero el notable incremento experimentado por las denominadas adopciones internacionales, que han pasado a ser, con diferencia, mayoritarias respecto de las nacionales, aconseja que sea ahora contemplado para que la finalidad perseguida por dicha Instrucción continúe siendo efectiva”.

A la vista de lo expuesto, acaso hubiera sido más correcta la ubicación de la previsión que permite que el adoptante o los adoptantes, en el caso de adopciones internacionales, soliciten que en la nueva inscripción coste su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado, precisamente en el art 16 L.R.C. y no en el art. 20 L.R.C. relativo al traslado de inscripciones.

En todo caso, el nuevo art. 20. 1º in fine L.R.C. dispone que: *“A las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16”*.

A tenor del art. 16 último párrafo L.R.C.:

*“ En las inscripciones de nacimiento extendidas como consecuencia de lo establecido en este apartado, se considerará a todos los efectos legales que el lugar del nacimiento del inscrito es el municipio en el que se haya practicado el asiento. Las certificaciones en extracto solo harán mención de este término municipal”*

#### **IV. PAREJAS DE HECHO. ANÁLISIS SOCIAL Y JURÍDICO.**

En los últimos años, se ha producido en todos los países miembros de la Unión Europea un descenso de la nupcialidad y paralelamente, un aumento de las uniones consensuales y del número de niños nacidos fuera del matrimonio.

En España, las uniones de hecho, entendidas como una especie de matrimonio a prueba, o como alternativa a la familia tradicional, también han aumentado, básicamente debido al cambio de mentalidad de los españoles en relación con la concepción de la familia.

En el ordenamiento jurídico español – al margen de algunos efectos jurídicos sectoriales- el camino seguido en relación a las uniones de hecho, ha sido su regulación por el legislador autonómico<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Ley 10/1998, de 15 de julio. de Uniones Estables de Pareja, de Cataluña  
Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua, de Cataluña  
Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, de Aragón

El problema estriba en que mientras algunas leyes autonómicas contienen una regulación completa de dichas uniones que las aproxima al matrimonio, otras leyes, sin embargo, tienen un contenido muy limitado, lo que avoca a un régimen de protección diverso de las uniones de hecho en función de la legislación autonómica aplicable.

En todo caso, frente a la opinión de algunos autores que sostienen que el art. 39 de la Constitución protege exclusivamente a la familia matrimonial<sup>40</sup>, la posición mayoritaria admite que la Constitución ampara también las uniones de hecho<sup>41</sup>.

---

LF 6/2000, de 3 de julio, de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables  
Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas de hecho, de Islas Baleares  
Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho, de la Comunidad de Madrid  
Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, del Principado de Asturias  
Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Andalucía  
Ley 5/2003, de 6 de marzo, Reguladora de las Parejas de Hecho, de Canarias  
Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho, de Extremadura  
Ley 2/2003, de 7 de mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho, del País Vasco  
Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, de Cantabria

<sup>40</sup> PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: *La subrogación en la vivienda arrendada y las parejas de hecho*. Madrid, 1995, págs. 54 y ss. En la página 69 afirma: “Y es que, quiérase o no, matrimonio y unión de hecho son realidades distintas. Vivir en una unión de hecho no concede la cualidad de cónyuges a los que así unidos, aunque en ocasiones pueda ser un modo mejor de realización personal, o de lograr el libre desarrollo de la propia personalidad”... “Si decidieron excluir en su relación el entramado institucional de derechos y deberes que el matrimonio conlleva, es decir, si no desearon vinculación jurídica, lógicamente ellos mismos deberían excluir que se les aplicasen después, en sus propias relaciones o frente a terceros, las consecuencias que la Ley establece para el matrimonio”.

DE LOS MOZOS *Familia y Derecho de nuevo sobre las parejas no casadas*, “La ley”, nº 5162, octubre 2000, pág. 1 y ss.; “hay que partir de la afirmación de que las uniones de hecho no constituyen familia, bien se trate de uniones more uxorio, uniones entre homosexuales, concubinato, menaje à tríos, comuna, o cualquier otra forma de poligamia o poliandria, aunque socialmente se hallaren muy extendidas”

GARCÍA CANTERO. *Familia y Constitución*. Zaragoza, 1982, pág. 207

GARRIDO DE PALMA y REGOJO OTERO: *La familia no matrimonial*. RGLJ, 5 (1986), pág. 617

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho de familia*. Madrid, 1986, págs. 394 y ss.

<sup>41</sup> ROCA Y TRÍAS: “*Familia, familias y derecho de la familia*”, en A.D.C., 1990, pág. 1067, sostiene que “al utilizar la Constitución un concepto abierto y no primar en ningún momento a la familia matrimonial, debe afirmarse que la protección ofrecida en el artículo 39 de la Constitución Española no puede limitarse a las familias constituidas a partir del matrimonio”.

Ahora bien, el hecho de que el art. 39 de la Constitución permita colegir la protección de la familia (matrimonial y no matrimonial), no significa que su tratamiento jurídico deba ser idéntico. La doctrina y la jurisprudencia han manifestado categóricamente que matrimonio y unión de hecho "no son realidades equivalentes".

No obstante, el panorama legislativo y jurisprudencial en punto al régimen jurídico de las uniones de hecho en el ordenamiento español es, cuanto menos, confuso.

Baste, como constatación de lo anterior, algún pronunciamiento jurisprudencial, así, v.gr. STS 5 de julio 2001 (cuya doctrina confirma la posterior STS de 16 de julio de 2002), que aplica analógicamente el art. 97 CC pensando para el matrimonio, al caso concreto de ruptura de unión de hecho. Más recientemente, y después de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, la STS 12 de septiembre de 2005, emplea como argumento para solicitar indemnización por ruptura de una unión de hecho, la doctrina del enriquecimiento injusto.

El legislador español amén de la abundante legislación autonómica sobre la materia, ha venido reconociendo progresivamente determinados efectos jurídicos en favor de las uniones de hecho ( v. gr arts 12,4º y 16,1º de la LAU de 24 de noviembre de 1994, art. 831 del Código civil reformado por la Ley 41/2003, o la pensión de viudedad a favor del conviviente).

- 
- LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil IV*, Dykinson, 2002, págs. 10-12  
O'CALLAGHAN, X.; *Compendio de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, 3ª ed., Madrid, 1991, pág. 50  
GAVIDIA SÁNCHEZ: *La unión libre*. Valencia, 1995, págs. 43 y ss.  
MERINO GUTIÉRREZ, L.: *Las uniones libres y su perspectiva actual*. La Ley, 1998-1, pág. 1006  
AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Unión de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 23-24  
TORRENT, A.: *Las uniones de hecho. Nueva tipología de la familia*. En Libro Homenaje al Prof. Albaladejo, T. II. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2004, pág. 4794

En mi opinión, y a pesar del argumento de que *“quienes no se casan es que no desean vincularse jurídicamente”*, en aras de una mayor seguridad jurídica y por razones de equidad (en atención al conviviente más débil y a los hijos), acaso sería conveniente una ley general de parejas de hecho

Dicha propuesta mitigaría el diferente régimen jurídico aplicable entre parejas de hecho sujetas a una u otra legislación autonómica.

Enlazando con lo anterior, una cuestión controvertida es la posible entrega del Libro de Familia<sup>42</sup> a las parejas de hecho que podríamos llamar *“típicas”*.

---

<sup>42</sup> El libro de familia consiste en un conjunto de certificaciones extractadas relativas a situaciones familiares, regulado en los arts. 8 L.R.C. y 36-40 R.R.C.

El modelo oficial actual del libro de familia ha sido aprobado por la Orden Ministerial de 20 de julio de 1989, con redacción bilingüe para los territorios españoles con modelo oficial propio además del castellano (art. 4 de la Orden Ministerial).

En la actualidad, existe un único libro de familia. En efecto, se ha suprimido el llamado *“libro de filiación”* destinado a reflejar los nacimientos de hijos adoptivos y naturales reconocidos, que resultaba inadmisibles a la luz de los artículos 14 y 39 de la Constitución (en dicho sentido, Circular D.G.R.N. 2 de junio de 1981, Apartado IV).

¿En qué casos debe entregarse el Libro de Familia?

La familia a efectos registrales, es tanto la matrimonial como la no matrimonial (art. 39.1 Constitución). En consecuencia, la expedición del libro de familia es obligatoria en los siguientes supuestos:

1. Inscripción de matrimonio en el Registro.
2. Inscripción de filiación no matrimonial.
3. Inscripción de filiación adoptiva.

A los tres casos indicados, cabría agregar otros supuestos, así, cuando el nacimiento de un hijo matrimonial ha acaecido en España y el matrimonio de sus progenitores extranjeros ha tenido lugar en el extranjero (Rs. D.G.R.N. de 18 de junio de 1992), y la expedición del libro de familia a refugiados políticos que han anotado sus nacimientos y matrimonios en el Registro Central (Rs. D.G.R.N. 2 de junio de 1995).

El contenido del Libro de familia, está regulado en el art. 36 R.R.C.:

*“ El Libro de Familia se abre con la certificación del matrimonio no secreto y contiene sucesivas hojas destinadas a certificar las indicaciones registrales sobre el régimen económico de la sociedad conyugal, el nacimiento de los hijos comunes y de*

Obviamente, uno de los datos constitutivos de una unión de hecho para que produzca, en su caso, efectos jurídicos (básicamente, patrimoniales), es la notoriedad o publicidad de la relación.

En el matrimonio dicha publicidad se produce mediante la inscripción en el Registro Civil y posterior entrega del Libro de Familia. En el caso de las parejas no casadas es predecible que se generalice la inscripción y expedición del Libro de Familia.

Aunque se trata de un tema con numerosas implicaciones, no debemos olvidar que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han señalado reiteradamente (Sentencias del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1992, 18 de enero y 8 de febrero de 1993 ; Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 22 de julio de 1993..), que las relaciones entabladas entre las parejas de hecho, con independencia de la existencia de hijos, son relaciones de familia.

En cualquier caso, no creo que la vía oportuna para clarificar esta cuestión, sea la creación de Registros Administrativos de Uniones de hecho como sucede en determinadas municipios, ya que amén de su posible inconstitucionalidad (art. 149.1º, regla 8ª de la Constitución), conduce a la dispersión y caos normativo.

A mi entender, cabrían dos planteamientos:

---

los adoptados conjuntamente por ambos contrayentes, el fallecimiento de los cónyuges y la nulidad, divorcio o separación del matrimonio.

También se entregará Libro de Familia al progenitor o progenitores de un hijo no matrimonial y a la persona o personas que adopten a un menor. Se hará constar, en su caso, el matrimonio que posteriormente contraigan entre sí los titulares del Libro.

En el Libro se asentará con valor de certificaciones cualquier hecho que afecte a la patria potestad y la defunción de los hijos, si ocurre antes de la emancipación.

*Los asientos-certificaciones son en extracto, sin transcripción de notas y en los nacimientos no se expresará la clase de filiación. Puede rectificarse en virtud de ulterior asiento-certificación”.*

1. Si se regulan de modo general las uniones de hecho con un "*status*" particular de efectos personales y patrimoniales (vgr. Leyes de uniones de hecho de Cataluña 10/1998 de 15 de julio; Aragón 6/1999, de 26 de marzo), debería introducirse una nueva Sección en el Registro Civil de uniones no matrimoniales, y posterior entrega del Libro de Familia (con independencia de si existen o no hijos).

2. Por el contrario, si como sucede actualmente, los efectos jurídicos de las uniones de hecho se regulan de forma sectorial (arrendamientos, arts. 12, 16, 24 y Disposición Transitoria 2.ª L.A.U.; adopción, Disposición Adicional tercera Ley 21/1987, de 11 de noviembre; art 831.6 Código civil...), no creo que deba introducirse una nueva Sección en el Registro. Sin embargo, en todo caso, habría que articular un medio de prueba de tales uniones, en la medida en que aquellos efectos se vayan ampliando (vivienda común, pensión de viudedad, compensación económica, pensión periódica, indemnización por acto ilícito ...). Por ello, no debe descartarse la entrega a los convivientes de un Libro de Familia.

## SEGUNDA PARTE

# MENORES

### **I. LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DEL MENOR.**

#### **DERECHOS Y DEBERES DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA**

##### **Introducción.**

La protección de la infancia y adolescencia es siempre un tema apasionante que debe abordarse, desde cualquier perspectiva (jurídica, social, política, psicológica, educacional...), con la generosidad y la profundidad que necesariamente demanda.

En los últimos tiempos asistimos al incremento de la sensibilidad social hacia los problemas de la infancia.

En todo caso, en los aledaños del siglo XXI como nos encontramos, aunque las violaciones de los derechos de los menores se denuncien incesantemente y a pesar de que las declaraciones legales relativas a dichos derechos sean abundantes y encomiables en sus propósitos, lo cierto es que la situación real sigue siendo, en algunos casos, dramática.

Para tomar conciencia de la desprotección infantil no es preciso remontarse a tiempos pretéritos; basta comprobar la cruda realidad de la infancia en la actualidad, especialmente en los países del Tercer Mundo, víctima de la pobreza, la enfermedad, la violencia y la injusticia social. Es más, incluso en las sociedades más avanzadas han aparecido nuevas situaciones de maltrato infantil ( v. gr. tráfico de estupefacientes, exhibiciones públicas de la violencia, pornografía infantil, malos tratos físicos o psíquicos, situaciones de desamparo, explotación laboral del menor, conflictos en el régimen de custodia y visitas etc.).

Desde el punto de vista normativo, un hito fundamental en materia de protección de menores, ha sido la Convención de las Naciones Unidas, sobre los derechos del niño de 1989 ( ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), que cumplió su mayoría de edad, el 20 de noviembre de 2008.

Consecuentemente con el artículo 39 de la Constitución, y con los instrumentos internacionales ratificados por España, se ha llevado a cabo en los últimos años un proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en sede de menores (Ley 11/1981, de 13 de mayo; Ley 13/1983, de 24 de octubre; Ley 21/1987, de 11 de noviembre ; Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores ; Ley de 12 de julio de 1994, que incorpora la Directiva 89/522/CEE, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE, de 30 de junio de 1997).

Sin embargo, dicho marco jurídico resultaba parcial o insuficiente, la pirámide normativa surgida en torno al menor exigía como rubrica una Ley general de defensa de la infancia.

En dicho sentido, y especialmente desde la ratificación de la citada Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (BOE, 31 de diciembre de 1990) y más aún, desde el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre adopción internacional (BOE, 1 de agosto de 1995), desde numerosas instancias públicas y privadas, se exigía con urgencia una ley específica de protección jurídica del menor.

Haciéndose eco de tales demandas, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, ha pretendido crear una especie de derecho estatutario del menor, ciertamente imperfecto, ha reformado –con mayor o menor acierto– determinadas instituciones de protección del menor (básicamente tutela, guarda administrativa y acogimiento), y ha modificado determinados preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, la rúbrica de la Ley 1/1996 excede de su contenido. No puede hablarse en puridad de una ley de protección jurídica del menor dado su carácter parcial y reiterativo.

En efecto, la citada Ley Orgánica de 1996 pretende –según su Exposición de Motivos– “*abordar una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código civil*”, así como “*construir un amplio marco de protección del menor que vincule a todos los poderes públicos*”, extremos ambos que al analizar la Ley comprobaremos que no se cumplen.

La doctrina<sup>43</sup> que ha comentado la Ley 1/1996 coincide –en términos generales– en una valoración no demasiado optimista.

En el *desideratum* de un estudio unitario del régimen jurídico de protección del menor, pueden reflejarse varias etapas fundamentales del iter en la tutela de aquél:

- Constitución de 1978.
  
- Las leyes reformadoras del Derecho de la persona y de la familia a partir de 1981 (Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción, fundamentalmente).
  
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, amén de la rica normativa tuitiva de los menores en las Comunidades Autónomas. En los últimos tiempos asistimos a una incesante legislación autonómica de protección del

---

<sup>43</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, Año XVII, núm. 3970, febrero 1996, págs. 1-4.

ALONSO PÉREZ, ob.cit., pág. 23.

RIVERA FERNÁNDEZ, M.: “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, *RGD*, junio 1996, págs. 6504-6505.

GISBERT JORDÁ, T.: “Ley de Protección Jurídica del Menor”, *BIMJ*, junio 1996, nº 1776, pág. 2586. Mantiene, sin embargo, que “la Ley se configura como una Carta Magna de los Menores”

menor, sin embargo, bajo la misma rúbrica dichas leyes ofrecen contenidos muy diversos, y así, en algunos casos pretenden construir un marco jurídico completo de atención a la infancia (salud, educación, medios de comunicación, publicidad y consumo, protección social y jurídica...), y en otros, por el contrario, se limitan básicamente a las instituciones típicamente civiles de protección del menor (tutela, guarda, acogimiento...).

- A las tres etapas anteriores, deben añadirse, las últimas reformas del Derecho de Familia, especialmente, las Leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Dichas leyes permiten afirmar que estamos asistiendo a una auténtica redefinición del Derecho de Familia, que, en algunos aspectos esenciales, se asienta sobre bases que implican una quiebra o ruptura con el sistema anterior (vg. el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción conjunta o sucesiva por "cónyuges homosexuales", la facultad de ejercitar el derecho a no estar casado sin previa concurrencia de causa alguna, el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad, la previsión expresa de la custodia compartida o el recurso a la mediación familiar).

En una obra anterior sobre protección jurídica del menor, destacaba el carácter redundante y parcial de la citada Ley de 15 de enero de 1996, especialmente, en el cuadro de los derechos del niño. Dicho estado de la cuestión me llevo a sugerir la conveniencia de una nueva ley de la infancia y adolescencia de ámbito nacional, completa y rigurosa, cuyo ámbito excedería del Derecho Privado.

Desde este punto de vista, adquieren especial relevancia sendas cuestiones que resultan esenciales en la elaboración de una nueva Ley del menor de ámbito nacional:

1. El principio rector del interés superior del niño.

2. Un nuevo enunciado de los derechos del menor siguiendo las directrices de diversos instrumentos internacionales, especialmente, la Convención de las Naciones Unidas de los derechos del niño.

## **1. El principio del interés superior del niño.**

1. El principio prevalente "del interés superior del niño"<sup>44</sup> se consagra como directriz básica en toda la legislación de menores (Art. 39.4 de la Constitución<sup>45</sup>, textos internacionales<sup>46</sup>, numerosos preceptos del Código civil después de las reformas de 1981<sup>47</sup>, Derecho comparado<sup>48</sup> y leyes autonómicas de atención a la

---

<sup>44</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, "El principio de protección integral de los hijos" (*Tout pour l'enfant*) en la obra colectiva *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1991, págs. 194-195.

<sup>45</sup> Art. 39.4 Constitución:

"Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

<sup>46</sup>

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (art. 1<sup>a</sup>), 4.b), 16.1.d), 21.1, 24). Convención de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.1<sup>o</sup>, 9.1<sup>o</sup>, 9.3<sup>o</sup>, 18.1<sup>o</sup>, 21, 37.c) y 40).

Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño. 8 de julio de 1992. Punto 8.14

Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea. 12 de diciembre de 1996.

Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores. 5 de octubre de 1961 (art. 4).

Convenio de La Haya núm. XXIV sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973 (arts. 5 y 6).

Convenio de La Haya núm. XXVIII sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (Preámbulo).

Recomendación del Consejo de Europa 1121(1990) sobre los derechos del niño. 1 de febrero de 1990.

Recomendación del Consejo de Europa 1286(1996) relativa a una estrategia europea para los niños de 24 de febrero de 1996.

<sup>47</sup> Así, entre otros, arts. 92.2, 154.2<sup>o</sup>, 156.5<sup>o</sup>, 159, 161, 170.2<sup>o</sup>, 172.4<sup>o</sup>, 176.1<sup>o</sup>, 180, 216 y 224 del Código civil.

<sup>48</sup> Derecho comparado.

### **Francia.**

Loi n° 2002-305 de 4 de marzo, relative à l'autorité parentale.

Loi n° 75-617, 11 juill 1975 portant réforme du divorce.

Loi 87-570, 22 juill 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale.

infancia<sup>49</sup>), y se refleja incesantemente en la jurisprudencia<sup>50</sup>, por tanto, no sorprende que la Ley 1/1996 lo erija en principio rector (arts. 2.1 y 11.2, a).

---

Loi 93-22, 8 janv. 1993 Etat civil famille et droits de l'enfant, juge aux affaires familiales.

Loi 96-604, 5 juill 1996. Adoption.

#### **Gran Bretaña.**

- Children Act 1989

#### **Italia.**

- Ley 1 de diciembre de 1970, nº 898, procedimiento de disolución del matrimonio (modificada por leyes 1 agosto 1978, nº 436 y Ley 6 marzo 1987, nº 74).

Ley 19 mayo 1975, nº 151 de reforma del Derecho de familia.

Con carácter ejemplificativo, STANZIONE, P.: "Interesse del minore e statuto dei suoi diritti", Guiffre, Ed. 1994, pg. 1776, cita los siguientes preceptos del Código Civil italiano y leyes especiales: arts. 155.1, 158.2, 250.4, 251.2, 252, 268, 284.1, 316.5, 317 bis. 2, art. 4, 8 y 6, 2 ss 17 diciembre 1970, nº 898, modificada por la Ley 6 marzo 1987, nº 74.

Ley 4 mayo 1983, nº 184 Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori.

#### **Alemania**

Primera Ley de reforma del matrimonio y la familia 14 junio 76 y la Ley de reforma de 18 julio 1979.

El 1 de julio de 1998 entraron en vigor una serie de leyes que han cambiado sustancialmente el derecho de familia en Alemana: Ley de reforma del Derecho de la infancia, Ley de manutención de los hijos, Ley de compensación del derecho a la herencia (en vigor desde 1 abril 1998), Ley de limitación de responsabilidad de los menores, Ley sobre prestaciones (Beistandsschaftsgesetz).

#### **Portugal.**

Novo regime jurídico da adopção (Dec-Lei nº 185/93, de 22/05). C. Civil arts. 1973-2002

#### **Suiza.**

Ley sobre filiación 25 junio 76 que reformó el Código Civil suizo.

#### **Austria.**

Ley sobre filiación 30 junio 1972

#### **Bélgica.**

Leyes 1 julio 1974 y 14 julio 1976 que dan nueva redacción al Título IX del Libro I del Código civil denominado "De la puissance paternelle".

Leyes de 26 enero, 27 abril y 20 mayo 1987 en materia de adopción.

#### **Canadá.**

Ley sobre la protección de la juventud de 1 marzo 87.

<sup>49</sup> Art. 2 de la Ley 10/1989, de Aragón; art. 3 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Extremadura; art. 3 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de Valencia; art. 4 de la Ley 7/1995, de las Islas Baleares; art. 4 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de Murcia; art. 3 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Madrid; art. 6.2,b de la Ley 1/1995, de 27 de enero, del Principado de Asturias; art. 3 de la Ley 5/1995, de 27 de julio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, art. 4.2º de la Ley 1/1997, de 7 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias., art. 3.1 Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega, de la familia, de la infancia y de la adolescencia, art. 3.1 Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y atención al menor, de Andalucía, art. 4.a) Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor de Castilla-La Mancha.

Admitida la supremacía del "favor minoris" sobre cualquier interés legítimo., sin embargo, la dificultad principal estriba en determinar qué significa dicho concepto abstracto e indeterminado.

Como señala DAGNINO: "*Qué debe entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podría hacerlo satisfactoriamente habida cuenta de que toda precisión a priori podría pecar por exceso o por defecto...*"<sup>51</sup>.

Por su parte, AUTORINO STANZIONE<sup>52</sup> manifiesta: "*Per quanto concerne la nozione di interesse del minore, se ne è piú volte discorso, nei termini che valgono a maggior ragione per la materia che qui si tratta. Esso si profil come nozione a contenuto variabile, la cui valutazione deve tenere conto della concreta situazione del minore, soggettiva ed oggettiva*".

Evidentemente, su fijación vendrá dada por las circunstancias de hecho de cada caso concreto, teniendo en cuenta asimismo "*la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia*" (ATC 127/1986, de 12 de febrero)<sup>53</sup>.

No obstante, podría resultar orientativo establecer unos criterios esclarecedores del interés del menor en la línea del art. 3 in fine de la Ley 8/1995 del Parlamento de

---

<sup>50</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 17-5-86, 18 marzo, 20 abril y 5 noviembre 1987, 19 febrero, 8 marzo y 10 noviembre 1988, 9 marzo 1989, 30 abril y 11 noviembre 1991, 12 febrero 1992, 21 mayo y 22 junio 1993, 17 julio 1995, 11 junio 1996, 5 marzo 1998, 11 junio 1998, 22 junio 1998, 6 mayo 1998, 27 enero 1998 y 10 febrero 1999, 27 de marzo 2000, 27 abril 2000, 9 julio 2003.

Sentencias del Tribunal Constitucional 4 diciembre 1985, 3 octubre 1994, 24 mayo 2000, 26 mayo, 6 y 9 junio 2005.

SSTEDH ( Sección 2ª) de 8 de octubre de 2002, ( Sección 1ª) de 23 de junio de 2005

<sup>51</sup> DAGNINO: "Potesta parentale e diritto di visita", Dir Fam. E Per., 1975, pág. 1.525

<sup>52</sup> AUTORINO STANZIONE, G.: Diritto di familia. G. Giappichelli. Editore Torino 1997, p. 280.

<sup>53</sup> MARIANO AGUILAR BENITEZ DE LUGO: El ATC 127/1986, de 12 de febrero, señala la "amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia, teniendo en cuenta" como criterio básico y preferente el interés de los hijos" (Estudios del Ministerio de Justicia. Boletín de información núm. 1766 de 15 de enero de 1996)

Cataluña: *"Para la determinación de dicho interés debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y adolescentes, y también su individualidad en el marco social y familiar"*.

En definitiva se trata de dar contenido a dicho principio de modo que no se considere como una mera declaración programática, y en este sentido, la doctrina ha propuesto distintas aproximaciones<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> RIVERO HERNANDEZ, F.: El derecho de visita, ob.cit., pág. 157.

CASTÁN VÁZQUEZ: "Comentarios a los arts. 154-171", en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, T.III, Vol. 2º, Ed. RDP, 1982, págs. 72-77 nos ilustra cumplidamente sobre la concepción de la patria potestad como "una función del padre en beneficio de los hijos".

DIEZ-PICAZO: "El principio de protección integral de los hijos, tout pour l'enfant" en la Tutela de los derechos del menor, Córdoba, 1984, págs. 127 y ss. Incide en que "el interés del menor" es un concepto jurídico con un amplio "halo de indeterminación". Para precisarlo el juzgador debe atender a la edad, las condiciones económicas y las relaciones afectivas del menor. Unas y otras habrán de ser evaluadas y recurrirse a los usos sociales generalizados sobre lo que se considera más beneficioso".

LASARTE ÁLVAREZ, C: Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI, Pons, Barcelona 2005, págs 379-380.

IGLESIAS REDONDO: Guarda asistencial, ob.cit., págs. 65-66, señala que en términos un tanto abstractos "el concepto de "interés del menor" lejos de cualquier arbitrio o capricho del mismo, estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección hacia el futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal...".

VARELA GARCÍA, C.: "Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto", AC, nº 12, marzo 1997, pág. 264: "Para su determinación podría citarse: la realidad social, las exigencias del bien común, los derechos individuales y colectivos y la condición peculiar del niño o adolescente como persona humana en proceso de desarrollo".

BORRAS RODRÍGUEZ, A.: Revista jurídica de Cataluña, 1994, pág. 92: "es el interés del menor un concepto jurídico abstracto, indeterminado, cuya concreción supone un margen de discrecionalidad de apreciación judicial que, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, aconseja la adopción de soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas".

RIVERA FERNANDEZ, M.: Anotaciones a la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor", RDG, junio 1996, pág. 6503 señala: "En todo caso, la noción del interés del menor, se configura como guía, incluso obligación, a seguir en los comportamientos por las personas, instituciones u organismos que, en cada caso concreto, adopten medidas en relación con los menores con un único fin: el desarrollo integral del menor (art. 3, párrafo 2º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño)

Llegados a este punto, y como he sostenido en diversas publicaciones, admitiendo que sólo la casuística puede perfilar el concepto indeterminado del "interés del menor", mi opinión sobre el particular es la siguiente:

1º. La noción del interés del menor –partiendo de su carácter abstracto y genérico– debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989 (derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; derecho a no ser separado de sus padres salvo que sea necesario al interés del menor; derecho del niño impedido física o mentalmente a recibir cuidados especiales...)⁵⁵

Se trata de que *le notion magique* (CARBONNIER) del "interés del menor" ("*tout pour l'enfant*", "*child's best interest*", "*interesse del minore*") se materialice tomando como guía el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce al niño el Derecho Internacional.

---

⁵⁵ STANZIONE, P.: "Interesse del minore e statuto dei suoi diritti". Studi in memoria di Gino Gorla, Tomo II, Guiffré editore, 1994, pág. 1767 señala: "L'apprezzamento dell'interesse del minore dev'essere lasciato alla valutazione casistica delle circostanze presenti nell'ipotesi concreta, sì da individuare di volta in volta l'effettiva tensione di sviluppo. E mi sembra che sia la strada imboccata da tempo dalla giurisprudenza italiana.

Aumentano quindi le perplessità nei confronti della definizione di cui all'art. 5 dis. legge e da un duplice punto di vista. Innanzitutto, l'interesse del minore fuoriesce sicuramente dall'ambito in cui l'identificazione con la sola relazione parentale vuole restringerlo. Il rilievo è tanto più fondato in quanto si consideri che è lo stesso disegno di legge a prevedere specifici e interessanti ambiti di tutela per il minore, anche sulla scorta delle disposizioni della Convenzione di New York: si pensi all'interno titolo II, dal diritto alla salute specialmente con riferimento ai servizi socio-sanitari obbligatori, dal diritto alla formazione culturale e professionale con i richiami ai doveri delle istituzioni scolastiche, dal diritto all'educazione fisica ai rapporti con i mezzi di comunicazione, dove è contenuto (art. 13.1) un espresso riconoscimento della riservatezza del minore. E alla fin fine, la pretesa definizione in positivo dell'interesse del minore si risolve anch'essa —sia pure nei limiti appena denunciati— in una clausola generale, l'unica a consentire flessibilità e necessario adattamento ad una personalità in formazione com'è quella del minore".

2º En todo caso, aunque la valoración judicial del “interés del menor” sea discrecional ello no justifica resoluciones arbitrarias.

La discrecionalidad del juzgador debe tener como límite a) la racionalidad en la apreciación de los hechos, b) Evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual (*son besoin de paix de tranquillité c’est son equilibre psiquique qu’el faut metre au premier rang...*) y material del menor; y c) La protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional.

## **2. Derechos del menor.**

### **2.1 Planteamiento General.**

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, rubrica su Título I “De los derechos de los menores”, regulando dicha materia en el Capítulo II (arts. 3-9).

El art. 3 de la citada Ley remite genéricamente a los derechos reconocidos al menor en la Constitución y Tratados Internacionales, en los siguientes términos:

*“Referencia a Instrumentos Internacionales.*

*Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.*

*La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte<sup>56</sup> y, especialmente, de*

---

<sup>56</sup> DERECHOS DEL NIÑO. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL. NACIONES UNIDAS.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Convenio de la OIT (nº 79), relativo a la limitación del trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales, de 9 de octubre de 1946.

---

Convenio de la OIT (nº 90) relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria, de 10 de julio de 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Convención sobre el Estatuto de Refugiados, de 28 de julio de 1951.

Convenio número 103 de la OIT, relativo a la Protección de la Maternidad, de 28 de junio de 1952.

Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.

Convenio de las Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956.

Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos, de 7 de diciembre de 1965.

Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 10 de diciembre de 1962.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, de 11 de diciembre de 1969.

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, de 20 de diciembre de 1971.

Convenio número 138 de la OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 26 de junio de 1973. Recomendación, número 146 de la OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 26 de junio de 1973.

Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición de 17 de diciembre de 1974.

Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, de 14 de febrero de 1974.

Declaración de los Derechos de los Impedidos, de 10 de noviembre de 1975.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing).

Declaración de los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, de 3 de diciembre de 1986.

Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, de 30 de septiembre de 1990.

Diretrizes de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, de 14 de diciembre de 1990. 68ª sesión plenaria de las Naciones Unidas (Resolución 45/113)

Diretrizes de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Diretrizes de Riad), 14 de diciembre de 1990. 68ª sesión plenaria (Resolución 45/112).

Declaración de Estocolmo contra la explotación sexual infantil con fines comerciales, de 31 de agosto de 1996.

#### CONVENIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Convenio de La Haya número X, sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961.

---

Convenio de La Haya número XXIII, sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias respecto a menores, de 2 de octubre de 1973. Instrumento de ratificación de 28 de mayo de 1987 (BOE nº 192. De 12 de agosto de 1987).

Convenio de La Haya número XXIV, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, de 2 de octubre de 1973.

Convenio de La Haya número XXVIII, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. Instrumento de ratificación de 28 mayo 1987 (BOE nº 202, de 24 de agosto de 1987).

Convenio de La Haya número XXXIII, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993.

#### DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

Convenio de Ginebra (IV), relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.

Protocolo Adicional (I) a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977.

Protocolo Adicional (II) a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977.

#### ORGANIZACIONES EUROPEAS.

##### **Consejo de Europa.**

Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961.

Convención europea en materia de adopción de niños, de 24 de abril de 1967.

Resolución del Consejo de Europa (76)6, sobre recomendaciones a los Gobiernos para la prevención de los accidentes que sobrevienen a los niños, de 18 de febrero de 1976.

Resolución del Consejo de Europa (77)3, sobre el acogimiento de menores, de 3 de noviembre de 1977.

Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa (78)62, sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978.

Recomendación del Consejo de Europa (79)17, sobre protección de los niños contra los malos tratos, de 13 de septiembre de 1979.

Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el establecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980. Instrumento de ratificación de 9 mayo 1984 (BOE nº 210, de 1 de septiembre de 1984).

Recomendación del Consejo de Europa (81)3, relativa a la recogida y a la educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años, de 23 de enero de 1981.

Recomendación del Consejo de Europa 107(1988), relativa a la protección de la infancia, de 23 de marzo de 1988.

Recomendación del Consejo de Europa 1121(1990), sobre los derechos del niño, de 1 de febrero de 1990.

Recomendación del Consejo de Europa 1286(1996), relativa a una estrategia europea para los niños, de 24 de enero de 1996.

##### **Unión Europea.**

Directiva del Consejo de Europa 77/486/CEE, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes, de 25 de julio de 1977.

*acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.*

*Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional".*

---

Resolución del Parlamento Europeo número C 148/37, sobre una Carta Europea de los niños hospitalizados, de 16 de junio de 1986.

Recomendaciones de la Comisión Hospitalaria de la CEE, respecto al tratamiento de los niños hospitalizados, de 3 de julio de 1987.

Directiva del Consejo 88/378/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros, sobre la seguridad de los juguetes, de 3 de mayo de 1988.

Resolución del Consejo y de los Ministros de Educación, relativa a la educación en pro de la salud en las escuelas, de 23 de noviembre de 1988.

Directiva del Consejo 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, de 3 de octubre de 1989.

Resolución del Parlamento Europeo A3-314/92, sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea, de 31 de diciembre de 1991.

Recomendación del Consejo 92/241/CEE, sobre el cuidado de los niños y niñas, de 31 de marzo de 1992.

Resolución el Parlamento Europeo A3-0172/92, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992.

Directiva del Consejo 94/33/CEE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, de 22 de junio de 1994.

Resolución del Parlamento Europeo A4-0392/96, sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados Miembros en materia de adopción de menores, de 12 de diciembre de 1996.

Resolución del Parlamento Europeo A4-0393/96, sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 12 de diciembre de 1996.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

Declaración Americana sobre derechos y deberes del hombre, de 2 de mayo de 1948.

Convención Americana sobre derechos del hombre, de 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica).

Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, de 24 de mayo de 1984.

Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, de 15 de julio de 1989.

Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, de 20 de noviembre de 1989.

Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, de 18 de marzo de 1994.

Código de la niñez y la adolescencia. Ley n° 7739. Costa Rica. 3 diciembre 1977.

Publicado en la Gaceta el 6 de febrero de 1998.

ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA.

Declaración sobre los derechos y bienestar del niño africano, de 20 de julio de 1979.

Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño, de 11 de julio de 1990.

Los preceptos sucesivos (arts. 4-9 de la Ley Orgánica 1/1996)<sup>57</sup> regulan determinados derechos de los menores de edad (derecho al honor, intimidad y propia imagen, derecho a la información, libertad ideológica, derecho de participación, asociación y reunión, derecho a la libertad de expresión y derecho a ser oído).

Lógicamente, si la pretensión del legislador de 1996 según la Exposición de Motivos de la citada ley era "*construir un amplio marco jurídico de protección de la infancia*", el capítulo relativo a los derechos del menor habría de regular el nuevo estatuto jurídico de la infancia en España.

Pues bien, a mi juicio, dicho capítulo como derecho estatutario del menor es sumamente imperfecto.

La enumeración legal de los derechos del menor es 1º redundante, 2º parcial y 3º defectuosa por las siguientes razones:

En primer lugar, es redundante puesto que el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996 se remite a la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, y demás Tratados Internacionales ratificados por España, amén del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales (arts. 14 y ss Constitución).

En segundo lugar, es parcial.

En efecto, si la Ley 1/1996 (no obstante la remisión a los tratados internacionales y a la Constitución) ha optado por ofrecernos un elenco de los derechos del menor,

---

<sup>57</sup> En la elaboración parlamentaria de la Ley Orgánica de 1996 se puede observar como el proyecto de ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil de 16 de mayo de 1995, no contenía referencia alguna a los derechos del menor.

Dicho Proyecto únicamente regulaba en once preceptos (que se corresponden con el Título II de la ley actual), actuaciones de situación en desprotección del menor y subsiguiente tutela, guarda, acogimiento y adopción, para modificar posteriormente el articulado del Código civil relativo a dichas figuras. El Título I (Derecho de los menores) se añade en el Dictamen de la Comisión.

resulta llamativo que omita algunos de los derechos fundamentales más importantes (v.gr. derecho a la vida y a la protección de su integridad física y psíquica, derecho a la educación<sup>58</sup>, derecho a la identidad y a la nacionalidad...) <sup>59</sup>

Como contrapunto, y a título ejemplificativo, el art. 8 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia de Galicia enumera con exhaustividad los derechos de la infancia y adolescencia de especial protección<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Derecho a la educación.

Vid. - Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio reguladora del Derecho a la Educación.

- Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

- Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la Participación, la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes.

- Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, sobre Derechos y Deberes de los Alumnos y normas de convivencia.

<sup>59</sup> La Enmienda nº 52 del Grupo Federal IU-IC al Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil, finalmente rechazada, contemplaba los siguientes derechos del menor (arts. 3-16): Derecho a la identidad y la nacionalidad, derecho a la protección de la salud, derecho a la intimidad y a la propia imagen, derecho a la educación, derecho a la información, libertad de pensamiento, derecho a la asociación, derecho de reunión, derecho al juego y al tiempo libre, derecho a la libertad de expresión, derecho al medio ambiente, derecho a ser oído, derecho a la protección social y jurídica, y derecho a la identidad cultural).

<sup>60</sup> “Artículo 8.

Derechos de la infancia y de la adolescencia de especial protección.

A los efectos de la presente ley se considerarán como derechos de la infancia y de la adolescencia sujetos a una especial protección y tutela por los poderes públicos de Galicia los siguientes:

a) El derecho a la vida y a la protección de su integridad física, psíquica y moral, debiendo ser protegidos contra toda forma de maltrato, violencia, manipulación o abuso sexual.

b) El derecho a ser protegido contra cualquier clase de explotación laboral, incluida la práctica de la mendicidad.

c) El derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad. Los poderes públicos habrán de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para velar por el cumplimiento de este derecho y para garantizar al niño o a la niña o al adolescente la preservación de su identidad.

En este sentido, los centros sanitarios, públicos o privados, en que se produzcan nacimientos o se operen técnicas de reproducción asistida dispondrán de las garantías suficientes para asegurar la inequívoca identificación de los nacidos o concebidos.

d) El derecho a una adecuada atención por parte de sus padres, tutores o guardadores en el ejercicio de sus facultades o deberes, habiendo de adoptar los poderes públicos las medidas necesarias para garantizar la efectividad del mismo.

e) El derecho a la educación con arreglo a lo establecido en la Constitución y en la normativa vigente, así como a recibir una formación integral. Las administraciones públicas colaborarán con la familia en el proceso educativo del niño o de la niña y del

---

adolescente o de la adolescente y emprenderán las acciones necesarias para evitar el absentismo escolar y conseguir su integración en el sistema educativo.

Los niños y las niñas y los adolescentes y las adolescentes con necesidades educativas especiales o que presenten dificultades de inserción en la vida social por condiciones personales o circunstancias familiares tendrán derecho a la asistencia y formación necesarias que les permitan su adecuado desarrollo y realización personales.

Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias que garanticen dicho derecho.

f) El derecho a expresarse libremente en los términos constitucionalmente previstos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor.

En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende:

A la publicación y difusión de sus opiniones.

A la edición y producción de medidas de difusión.

Al acceso a las ayudas que las administraciones públicas establezcan a tal fin.

El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que contemple la ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, de la salud, de la moral o del orden público.

g) El derecho a expresarse en su lengua propia, de origen o de libre elección, sin discriminaciones por razón de la misma.

h) El derecho a la protección y promoción de su salud y a la atención sanitaria de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente.

i) El derecho a que se respete su vida privada, familiar y social, y a que se proteja la misma de toda injerencia arbitraria o ilegal, así como todo ataque en su honra o a su imagen.

Se prohíbe la difusión o la utilización de imágenes o nombres de los niños o de las niñas y de los adolescentes o de las adolescentes en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, aunque presten su consentimiento ellos mismos o sus representantes legales.

La Junta de Galicia promoverá la difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores que respeten los criterios enunciados, a la vez que faciliten el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales.

De manera especial velará porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a los menores promuevan mensajes de valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, evitando imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen trato degradante o sexista.

j) El derecho a ser informado de forma comprensible para su edad de sus derechos y su situación personal, así como de las medidas que pretendan adoptarse en su interés y para su protección. Se le reconoce asimismo el derecho a ser escuchado en todas las actuaciones que se promuevan para la protección y tutela de sus derechos, tanto administrativos como judiciales, todo ello sin perjuicio de los casos en que el menor deba prestar su consentimiento cuando legalmente proceda. En caso de no disponer de suficiente juicio, podrá acordarse la audiencia a través de su representante legal.

k) El derecho a la asistencia pública en casos de abandono, marginación, malos tratos o necesidad. Se prestará una especial atención a la defensa de los derechos de la infancia y de la adolescencia frente a todo tipo de actuaciones que atenten contra su

Finalmente, el régimen jurídico de derechos del menor es defectuoso.

Y así, resulta notoria la superioridad técnica de los preceptos de la Convención de los derechos del niño, respecto a los derechos regulados expresamente en los artículos 4-9 de la Ley Orgánica 1/1996.

**En definitiva, dada la ambigüedad y generalidad del primer bloque de preceptos, en puridad, la Ley Orgánica 1/1996 no apunta prácticamente novedad alguna al sistema jurídico de protección del menor.**

Por ello, de *lege ferenda* sería deseable la construcción de un marco jurídico de protección del menor a través de una ley de atención a la infancia y adolescencia completa y rigurosa, cuya técnica jurídica excedería del ámbito del Derecho privado.

De lo contrario, el capítulo relativo a los derechos del menor no dejará de ser un "parche" añadido por el legislador a las modificaciones puntuales del Código civil, como acredita la génesis parlamentaria de la Ley Orgánica del menor.

En todo caso, una adecuada interpretación del art. 162.1 CC en relación con los arts. 2.2 y 3-9 de la Ley Orgánica 1/1996, potencia y legitima la intervención de los menores de 18 años en el ejercicio de los derechos de la personalidad.

Por tanto, será el niño quien a partir de una concreta edad y grado de discernimiento decidirá profesar o no una confesión religiosa o ser ateo, recibir o no un determinado tratamiento médico, constituir una asociación, cambiar su nombre y apellidos..., siempre que ello no sea contrario al interés superior del propio menor (por ejemplo, negativa a recibir atención médica en casos de anorexia) y a su formación integral, y que respete los derechos de los demás<sup>61</sup>.

---

integridad física y moral (v. arts. 10-20 Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y adolescencia, de Cantabria).

<sup>61</sup> El art. 2.1º de la Ley Orgánica 1/1996 que proclama la primacía del interés superior del niño, y el art. 158 CC que permite adoptar al juez cualquier medida o disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios,

## **2.2 Propuesta de lege ferenda. Derechos y deberes del niño y adolescente.**

Los derechos del menor se regulan en la Ley Orgánica 1/1996 de forma parcial, reiterativa y defectuosa.

Con el propósito de una cierta exhaustividad en la enumeración de los derechos del niño y adolescente, propongo de *lege ferenda* ( en la línea de un trabajo anterior), el siguiente texto legal:

### **Derechos del niño y adolescente.**

*Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del niño.*

*Derecho a la integridad física, psíquica y moral.*

*Derecho a la identidad. Derecho a un nombre y a una nacionalidad.*

*Derecho a la igualdad ante la Ley. Los niños y adolescentes no pueden ser objeto de discriminación por razón de raza, sexo, religión, opinión, condiciones físicas, psíquicas o sensoriales, nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

*Derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria.*

*Derecho a la educación y a recibir una formación integral.*

*Derecho a la protección del honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

*Derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.*

*Derecho de participación, asociación y reunión.*

*Derecho a la libertad de expresión.*

*Derecho a la producción y creación artística, literaria, científica y técnica.*

*Derecho a la información y a la protección contra toda programación y publicidad que pueda perjudicar su desarrollo y bienestar físico, psíquico y moral.*

---

constituyen un límite en el ejercicio de los derechos de la personalidad por al menos cuando dicho ejercicio sea contrario a sus intereses.

*Derecho a la protección de los niños y adolescentes como consumidores dignos de tutela específica, limitándose o prohibiéndose el acceso de determinados productos o servicios (vgr. alcohol, tabaco).*

*Derecho contra la explotación económica incluida la práctica de la mendicidad, y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación y desarrollo integral.*

*Derecho a la asistencia pública en casos de abandono, malos tratos o explotación, negligencia, manipulación o en general de desamparo material y/o moral.*

*Derecho a un sistema de justicia de menores que respete sus derechos y fomente su bienestar físico y moral.*

*Derecho al descanso, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad.*

*Derecho a conocer y disfrutar de un medio ambiente adecuado y a ser informado para realizar un uso positivo del mismo.*

*Derecho a ser oído en cualquier ámbito y procedimiento que le afecte en su esfera personal, familiar, social o patrimonial, cuidando especialmente de preservar su intimidad.<sup>62</sup>*

No quiero concluir sin destacar la ausencia en la Ley 1/1996 de cualquier referencia a los posibles deberes del niño y adolescente.

La aprobación de leyes de atención a la infancia no resulta incompatible con la inclusión de un capítulo dedicado a los deberes de los menores o de los hijos "in potestate", siguiendo la tradición de nuestro Derecho histórico "*Los hijos tenudos son generalmente de amar e temer a sus padres e de fazerles honra e servicio, e ayuda, en todas aquellas maneras que lo pudiesen fazer*" (Partida 4, 19 poemio).

En dicho sentido, los artículos 155 del Código civil, con carácter general<sup>63</sup>, y 165, en el ámbito patrimonial<sup>64</sup> regulan los deberes de los hijos, utilizando fórmulas similares

---

<sup>62</sup> Recientemente en la reforma del art. 92 del Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se suprime la obligatoriedad de la audiencia de los hijos mayores de 12 años antes de acordar el régimen de guarda y custodia.

<sup>63</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: Comentario al artículo 155 del Código Civil en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, T. III, vol. 2º, Edersa, 1982,

a otros ordenamientos europeos (arts. 315 Código civil italiano, 371 Código civil belga, 371 Código civil francés, 1874 y 1878.2 Código civil portugués, y 1649 BGB)<sup>65</sup>, que encontramos asimismo, en el Código de Familia de Cataluña (arts. 144 y 146)<sup>66</sup>.

---

págs. 133-139 y en Comentario del Código civil, I, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 548-549. Comentario a los arts. 164 y 165 del C. Civil, Comentarios al CC y Compilaciones forales, ob.cit., págs. 203-223.

<sup>64</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.A.: Contribución de los hijos al levantamiento de las cargas familiares, págs. 301-341.

<sup>65</sup>Art. 315 Código civil italiano:

“El hijo debe respetar a sus padres y contribuir, en proporción a sus bienes propios y a sus ingresos, al mantenimiento de la familia mientras conviva con ella”.

D’AMICO D’ASCOLE y otros: Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia. Dott. A. Guiffré, ed. Milano, 1980.

FERRI, G.B.: “Diritto al mantenimento e doveri dei figli” en Diritto di famiglia. Guiffré, Milán, 1982.

AUTORINO STANZIONE, G.: Diritto di famiglia, Torino, 1997.

M. GIORGANNI: Della potestà dei genitori, in Commentario al diritto italiano della famiglia a cura di G.Cian. Goppo e A. Trabucchi IV, Padova, 1992, pág. 316 y ss.

F. RUSCELLO: La potestà dei genitori in Il codice civile commentario, arts. 315-316, Guiffre ed. 1996, págs. 90-125

Art. 371 C. Civil belga: “El hijo, cualquiera que sea su edad, debe honrar y respetar a sus padres”.

Art. 371 C. Civil francés: “El hijo, cualquiera que sea su edad, debe honrar y respetar a su padre y a su madre”.

“L’enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère”.

\* Sur la mesure des exigences de la piété filiale. V. Civ. 1<sup>o</sup>, 12 juill 1994. D. 1995.623, note Tehendjov; JPC 1995. 11. 22425, note Sériaux; Defrénois 1994.1511, note X. Savatier; RTD Civ. 1995 373, obs Mestre et 408, obs Patarin (demande d’indemnité, sur le fondement de d’enrichissement sans cause, poru l’aide et l’assistance apportées par l’un des enfants a ses parents dans le dernières années de leur existence) \*Gelot, Defrénois 1996. 842 (règlement de la créance compensatrice d’assistance aux parent agés).

Art. 1874 Código civil portugués

“1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxilio e assistência.

2. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir durante a vida em comun, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar”.

Art. 1878 Código civil portugués.

“2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconectar-lhes autonomia na organização da própria vida”.

Vid. Art. 1896 (Rendimento dos bens do filho).

Parágrafo. 1649 BGB. *Aplicación de las rentas del patrimonio del hijo.*

“2. Los padres pueden aplicar las rentas del patrimonio, que no se necesiten para la ordenada administración del mismo ni para la alimentación del hijo, a su propia alimentación y a la alimentación de los hermanos menores y solteros del hijo, siempre

En el caso de menores sujetos a tutela (artículos 268 del Código Civil y 214 del Código de Familia de Cataluña).

Siguiendo el citado criterio, algunas leyes autonómicas de protección del menor contemplan expresamente los deberes del niño<sup>67</sup>.

En consonancia con lo expuesto, de *lege ferenda*, propongo el siguiente texto legal:

---

*que ello resulte equitativo teniendo en cuenta las relaciones entre los patrimonios y las ganancias de los interesados. Esta facultad se extingue con el matrimonio del hijo”.*

<sup>66</sup> Código de Familia de Cataluña

“Artículo 144. *Deberes del hijo o hija.*

*Los hijos, mientras están bajo la potestad del padre y de la madre, deben obedecerles, salvo que intenten imponerles conductas indignas o delictivas, y todos deben respetarse mutuamente”.*

“Artículo 146. *Contribución a los gastos familiares.*

*1. Los hijos tienen el deber de contribuir equitativamente a los gastos familiares, mientras convivan con la familia, con los ingresos que obtengan de su actividad, con el rendimiento de sus bienes y derechos y con su trabajo en interés de la familia. Por lo tanto, el padre y la madre pueden destinar los frutos de los bienes y derechos que administran al mantenimiento de los gastos familiares en la parte que equitativamente corresponda.*

*2. Si hay bienes y derechos de los hijos no administrados por el padre y la madre, la persona que los administra debe entregar a aquéllos, o a aquél de los dos que tenga el ejercicio de la potestad, en la parte que corresponda, los frutos y rendimientos de los bienes y derechos afectados. Se exceptúan los frutos procedentes de bienes y derechos atribuidos especialmente a la educación o formación del hijo o hija, que sólo deben entregarse en la parte sobrante o, si el padre y la madre no disponen de otros medios, en la parte que, según la equidad, la autoridad judicial determine”*

<sup>67</sup> Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia.

“Artículo 10. *Deberes de los hijos.*

*Los hijos deberán respetar a sus padres y obedecerles cuando éstos actúen en el ejercicio de sus deberes y responsabilidades parentales. Asimismo, los hijos contribuirán al desarrollo de la vida familiar colaborando en las actividades domésticas sin distinción de sexo, conforme a su edad, madurez y circunstancias”.*

Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor de Castilla – La Mancha.

“Artículo 21. *Deberes de los menores.*

*2. Los menores deberán mantener un comportamiento cívico acorde con las exigencias mínimas de la convivencia de la sociedad, basadas en la tolerancia y en el respeto a los derechos de los demás”.*

### **“Deberes de los menores.**

1. *Obedecer a sus padres o tutores en el ejercicio de la patria potestad o tutela salvo que intenten imponerles conductas contrarias al interés del menor. Los padres o tutores, de acuerdo con la madurez del niño, deberán tener en cuenta su opinión en asuntos familiares importantes.*
2. *Respetar a sus padres siempre y, en su caso, a sus tutores o guardadores.*
3. *Contribuir equitativamente, con sus recursos económicos y/o personales, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”.*

## **II. MENORES ESPECIALMENTE DESFAVORECIDOS.**

### **1. Menores en situación de desamparo.**

El art. 18 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero regula las Actuaciones en situación de desamparo de un menor, en los siguientes términos:

*“1. Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

*2. Cada entidad pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento.”*

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, en las situaciones de desamparo, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, concretándose la intervención de la Administración en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

El citado art. 18 de la Ley Orgánica 1/1996 se remite a lo dispuesto en el artículo. 172.1 del Código Civil.

El art. 172.1 CC redactado conforme a la Ley 21/1987 atribuye la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo a la entidad pública<sup>68</sup> a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> En el Derecho comparado se construye la tutela asistencial nombrando tutor al Estado u organismo competente en la materia.

ITALIA. Ley 4 maggio 1983

“3. [1] L’instituto di assistenza pubblico o privato esercita i poteri tutelari sul minore ricoverato o assistito, secondo le norme del capo 1 del titolo X de libro I del codice civile (343 ss c.c.), fino a quando non si provveda alla nomina di un tutore, ed in tutti i casi nei quali l’esercizio della potestà dei genitori o della tutela sia impedito. All’istituto di assistenza spettano i poteri e gli obblighi dell’affidatario di cui all’articolo 5”

Nel caso in cui i genitori riprendano l’esercizio della potestà, l’istituto deve chiedere al giudice tutelare di fissare eventualmente limiti o condizioni a tale esercizio”. Arts. 343-389 Codice Civile “Della tutela dei minori”.

Cfr. FINOCCHIARO, A., FINOCCHIARO, M: Disciplina dell’adozione e dell’afidamento dei minori, Milano, 1983, págs. 26 y ss.

ALEMANIA

*Parágrafo 1791b BGB (Tutela administrativa del centro de asistencia a la juventud).*

*1. En caso de no existir persona física idónea para ser tutor el centro de asistencia a la juventud podrá ser nombrado como tal. El centro no podrá ser nombrado ni excluido por los padres del pupilo.*

*2. El nombramiento se llevará a cabo por disposición escrita del Tribunal tutelar; no serán de aplicación los Parágrafos 1789 y 1791.*

*Parágrafo 1791c BGB (Tutela administrativa del centro de asistencia a la juventud por nombramiento judicial).*

*1. Con el nacimiento de un hijo cuyos padres no estén casados y que necesite un tutor el centro de asistencia será nombrado como tal cuando el hijo tenga su residencia habitual en el ámbito de aplicación de esta ley; ello no será de aplicación cuando ya antes del nacimiento del hijo se le hubiera nombrado un tutor. En caso de que la paternidad del hijo fuere eliminada mediante su impugnación según los números 1 o 2 del § 1592, y si el hijo necesitare un tutor, el centro de asistencia será nombrado como tal en el momento en que adquiera firmeza la decisión.*

*2. En caso de que el centro de asistencia fuera curador del hijo cuyos padres no están casados entre sí la curatela terminará por imperativo legal, y si el hijo necesitare un tutor, lo será el centro de asistencia que hasta ese momento fuera su curador.*

*3. El Tribunal tutelar remitirá de forma inmediata al centro de asistencia a la juventud un certificado sobre el comienzo de la tutela. El § 1791 no será de aplicación.*

FRANCIA

Arts. 60 y ss. Código de la Familia y de la Ayuda Social.

La inmatriculación de los llamados pupilos del Estado (art. 347.2 Código francés) tiene naturaleza administrativa, v. Trib civ, 2 abril 1973, D., 1973, 767, Note Moderne; JCP73, 174 67, Note Fournié.

Asimismo define la situación de desamparo como la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Ambas notas de la tutela ex lege o asistencial, y en concreto, la introducción de un tipo especial de tutela de corte no judicialista en la que el protagonismo corresponde a las entidades públicas autonómicas<sup>70</sup> y la definición genérica y de contornos imprecisos de la situación de desamparo, se mantienen y ratifican en la LO 1/1996.

La Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 que modifica el citado art. 172 del Código Civil reitera el concepto de desamparo de su redacción anterior, inspirado en el art. 8 de la ley italiana de 4 de mayo de 1983, nº 184 del disciplina *dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, que también tiene connotaciones comunes con los llamados "*pupilles del l'Etat*" (art. 347.2 del Código Civil francés) o con los menores declarados en estado de abandono del Derecho portugués (art. 1978 del Código Civil portugués y art. 4 del Decreto Ley nº 185/93, de 22 de mayo).

---

#### PORTUGAL.

Nuevo régimen jurídico de la adopción. Decreto Ley nº 185/93, de 22/05.

Capítulo III. Intervenção dos organismos de segurança social (arts. 3-14).

V. art. 1978. Código civil portugués. "Estado de abandono"

<sup>69</sup> Según la disposición final 22ª de la L.O. 1/1996 (que deroga y sustituye el párrafo 1º de la disposición adicional 1ª de la Ley de 1987) "*Las Entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización*".

<sup>70</sup> IGLESIAS REDONDO: Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 80. Señala: "En suma, la Ley de 1987 introdujo y la Orgánica de 1996 vino a ratificar lo que algún autor llamó burocratización de la protección del menor, presentada como una consecuencia necesaria de la 'desjudicialización de los escalones primarios de la protección' con la que pretende subsanar tanto 'la excesiva lentitud en sede judicial' como la 'importante desconexión institucional entre el juez que tenía que resolver y los trabajadores sociales', cuyo éxito o fracaso trataremos de enjuiciar".

La definición de “la situación de desamparo de un menor” del art. 172.1 del Código Civil es excesivamente genérica y de contornos imprecisos.

A mi juicio, hubiera sido preferible en el nuevo art. 172.1 del C.C. una enumeración amplia y detallada de supuestos concretos de desamparo, recogiendo finalmente una fórmula genérica que permitiera la inclusión de posibles casos de desamparo no previstos expresamente.

De “*lege ferenda*” la fórmula del citado precepto podría ser la siguiente:

*“Se considerará que un menor se encuentra en situación de desamparo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

- Malos tratos físicos o psíquicos.*
- Abusos sexuales por parte de familiares o de terceros con consentimiento de aquellos.*
- Abandono voluntario del menor.*
- Consumo de alcohol o sustancias tóxicas o psicotrópicas por los padres, tutores o guardadores, o en general, por personas que convivan con el menor.*
- Inducción al menor a la mendicidad, la delincuencia, la prostitución o situaciones de explotación.*
- Ausencia de escolarización habitual del menor.*
- Trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores que imposibiliten el ejercicio de la patria potestad o la guarda o lo ejerzan con grave peligro para el menor.*
- Cualesquiera otras situaciones en las que quede privado el menor de la necesaria asistencia moral o material a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores.*

El criterio expuesto “de lege ferenda” es el adoptado mayoritariamente por las leyes autonómicas de atención a la infancia <sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Art. 2 de la Ley 37/1991 de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

“1. El organismo competente a que se refiere el artículo 1º, tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados y, preventivamente, antes de nacer, cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro bebé.

2. Se considera que el menor está desamparado:

a) Cuando faltan las personas a las cuales por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave peligro para el menor.

b) Cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.

c) Cuando el menor presenta signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga.

3. A los efectos de lo que establece el apartado 2, toda persona, y en especial, quien por razón de su profesión tenga conocimiento de la existencia de cualquier maltrato a menores, lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial o del organismo competente, el cual garantizará la reserva absoluta y el anonimato del comunicante.”.

Art. 31 de la Ley 1/1995, de 27 de marzo, de Protección del Menor, de Asturias.

“1. La determinación de la situación de desamparo, a lo efectos de la presente Ley, se hará de conformidad con lo establecido en el artículo 172.1 del Código Civil.

2. La Administración del Principado de Asturias, a través del órgano que resulte competente, incoará expediente informativo en orden a la determinación de la posible situación de desamparo en que pueda encontrarse un menor, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

*Abandono voluntario del menor por parte de la familia.*

*Ausencia de escolarización habitual del menor.*

*Malos tratos físicos o psíquicos al menor.*

*Trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores, siempre que impida o limite gravemente el adecuado ejercicio de los deberes que tales instituciones conlleven.*

*Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.*

*Abusos sexuales por parte de familiares o terceros en la unidad familiar del menor.*

*Inducción al menor a la mendicidad, la delincuencia, la prostitución o cualquiera otra explotación económica del menor de análoga naturaleza.*

*Cualesquiera otra situación que traiga causa del incumplimiento o del inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda sobre el menor”.*

Art. 46 Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias

“1. De conformidad con el Código Civil, se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material.

---

2. *Específicamente, se considerará que el menor se encuentra en situación de desamparo:*

*a) Cuando sea objeto de malos tratos físicos o psíquicos, o de abusos sexuales, por parte de familiares o de terceros, producidos en el ambiente familiar del menor.*

*b) Cuando no asista de forma reiterada y sin justificación al centro escolar donde se halla matriculado, debido a la conducta negligente de los padres, tutores o guardadores, o se aprecie la ausencia de escolarización del menor, estando en edad para ello.*

*c) Cuando sea utilizado por las personas bajo cuyo cuidado se encuentra para la mendicidad, prostitución, trabajo infantil, esporádico o estable, o cualquier otra explotación económica de naturaleza análoga.*

*d) Cuando las personas que integran la unidad de convivencia del menor, y, especialmente, sus padres, tutores o guardadores, se dediquen, habitualmente, al consumo de alcohol o sustancias tóxicas o psicotrópicas, perjudicando con su conducta gravemente el desarrollo y bienestar del menor.*

*e) Cuando falten las personas a las que por ley les corresponda el ejercicio de las funciones de guarda o cuando las mismas, por perturbaciones o trastornos mentales u otras circunstancias, se encuentren imposibilitadas para su ejercicio o las ejerzan con grave peligro para el menor.*

*f) Cuando sus padres o tutores no soliciten la recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la Administración.*

*g) Cualesquiera otras en las que quede privado de la necesaria asistencia moral y material a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos.”*

Artículo 5. Ley 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores de Baleares.

Situación de desamparo.

*Un menor se halla en situación de desamparo, a los efectos de esta ley, cuando concurra cualquiera de las siguientes situaciones:*

*a) Malos tratos de orden físico o psíquico, en cualquiera de sus manifestaciones. También tienen tal consideración los abusos sexuales, las situaciones de explotación y cualesquiera otras de naturaleza análoga.*

*b) Inexistencia de las personas a las que legalmente corresponden las funciones de guarda.*

*c) Incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad o tutela.*

*d) Ejercicio deficiente o inadecuado, voluntario o involuntario, de las funciones de guarda inherentes a la patria potestad o tutela, generador de graves peligros para el menor en el orden moral o material.*

*La situación de desamparo será apreciada por la Conselleria de Governación, vistos los informes técnicos pertinentes”*

Artículo 23. Ley 1/1998, de 20 de abril de los derechos y atención al menor de Andalucía.

Desamparo y tutela.

1. *Corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente, asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de las competencias que sobre estos últimos pudiesen tener otras Administraciones Públicas.*

---

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes:*

- a) El abandono voluntario del menor por parte de su familia.*
- b) Ausencia de escolarización habitual del menor.*
- c) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas.*
- d) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza.*
- e) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores.*
- f) El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda.*
- g) Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.*
- h) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.*
- i) La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor.*

*Art. 56. Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección de la Infancia de Castilla y León.*

*Situaciones de desamparo.* Para apreciar las situaciones de desamparo se consideran las circunstancias que teniendo su origen en las causas establecidas en el artículo 172, 1º párrafo, segundo, del Código Civil, determinen, por su entidad, intensidad, persistencia o repetición, la privación a los menores de la necesaria asistencia moral y material, y especialmente las siguientes:

- a) La falta de las personas a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda del menor.*
- b) La ausencia de reconocimiento de la filiación materna y paterna del menor, así como la renuncia de ambos progenitores a mantener cualquier derecho sobre él.*
- c) La imposibilidad de ejercer los deberes de protección, cualquiera que sea la causa.*
- d) El abandono voluntario o gravemente negligente del menor.*
- e) Los malos tratos, físicos o psíquicos, y los abusos sexuales, cometidos por familiares o responsables del menor, o por terceros si aquellos los consienten u omiten activar los medios a su alcance para impedirlos.*
- f) La inducción a la delincuencia o a las conductas antisociales o desviadas, así como el consentimiento de su desarrollo por el menor.*
- g) El ejercicio inadecuado de los deberes de protección por los responsables del menor con peligro grave para éste.*
- h) La drogadicción o el alcoholismo del menor inducidos, consentidos o tolerados por los responsables de su guarda.*
- i) La obstaculización por los responsables del menor de las actuaciones acordadas para la averiguación o comprobación de las situaciones de desprotección, cuando se ponga en riesgo la seguridad de éste, o la falta de colaboración en la ejecución de las medidas acordadas en situaciones de riesgo que propicie su persistencia, cronificación o agravamiento.*
- j) La explotación económica del menor, así como el consentimiento de la misma.*

## 2. Menores en situación de riesgo

De innovadora califica la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, la distinción dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo (art. 17) y situaciones de desamparo (art. 18), que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública.

Ciertamente, dicha distinción puede tildarse de innovadora por lo que respecta a la legislación de ámbito nacional, sin embargo, ya estaba prevista en algunas disposiciones autonómicas de atención a la familia (vg. Arts. 2 Ley 7/1994, de 5 de diciembre de la infancia de Valencia y 22 Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de Murcia).

Las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, limitándose la intervención de la Administración a intentar eliminar, dentro del grupo familiar, las situaciones de riesgo<sup>72</sup>

---

k) La negativa de los padres o tutores a la recuperación de la guarda del menor, una vez desaparecidas las circunstancias que fundamentaron su asunción por la Administración.

l) La desatención física o psíquica del menor grave o cronificada.

m) La existencia de circunstancias en el hogar o en el entorno sociofamiliar del menor que deterioren gravemente o perjudiquen seriamente su desarrollo o el ejercicio de sus derechos.

n) Las situaciones de riesgo que, al persistir o agravarse, determinan la privación al menor de la necesaria asistencia moral o material.

o) Cualesquiera otras situaciones de desprotección que conlleven una privación de la necesaria asistencia al menor y tengan su origen en el incumplimiento o en el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de guarda, supongan la inexistencia de la colaboración mínima por parte de los padres o tutores para garantizar la seguridad del mismo.

(Cfr arts. 6 Ley 4/1994, de Extremadura, 45 Ley 4/1998, de La Rioja, 29 Ley 7/1999, de Cantabria, 46 Ley 1/1997 de Canarias, 5 Ley 7/1995, de 21 de marzo de Baleares...).

<sup>72</sup> El art. 17 de la Ley Orgánica 1/1996 tiene su origen en las Enmiendas nº 98 y 99 del Grupo Socialista al Proyecto de Ley 22 septiembre 1995.

“Enmienda nº 98.

Al artículo 5, párrafo primero.

En las situaciones de desamparo, sin embargo, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de su familia, y la asunción por la entidad pública de la tutela del menor, con la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria<sup>73</sup>.

Las situaciones de riesgo responden a uno de los principios rectores de la acción administrativa, en concreto, el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen, a través de medidas como el apoyo a la familia previsto en numerosas leyes autonómicas. (Art. 15.a) Ley 7/1995, de 21 de marzo, de

---

De modificación.

Se propone el siguiente texto:

“En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso, los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia”.

Motivación.

Conviene precisar que los factores citados incidan en su esfera personal y social, ya que la dificultad social no incluye todas las situaciones, como la de maltrato.

Además de éste, existen otros que afectan a todos los sectores de la sociedad, como es el abuso sexual.

Por otra parte, la actuación tiene una doble vertiente, disminuir factores de riesgo y potenciar factores de protección, para lograr la superación de la situación de riesgo.”.

“Enmienda nº 99

Al artículo 5, párrafo segundo.

De modificación.

Se propone la siguiente redacción:

“Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia”.

Motivación.

Mejora técnica. Parece conveniente aclarar y precisar que, una vez apreciada la situación de riesgo por parte de la Administración, se deben arbitrar las medidas oportunas a que alude el apartado anterior así como el seguimiento”.

<sup>73</sup> “Artículo 18. Actuaciones en situación de desamparo.

1. Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. Cada entidad pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento.”

Vid. infra. Segunda Parte, IV, 1. Tutela automática o ex lege (Art. 172.1 Código Civil).

Baleares; arts. 24-30 Ley 1/1995, de 27 de enero, de Asturias, art. 14 Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Extremadura; art. 21.1.a) Ley 3/1997, de 9 de junio, de Galicia; art. 5.1 primera Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de Cataluña. Art. 16 Ley 1/1997, de 7 febrero, de Canarias; arts. 10-11 Ley 10/1989, de 14 diciembre, de Aragón; art. 22 Ley 1/1998, de 20 de abril, de Andalucía; art. 4, Ley 4/1998, de 18 de marzo, de la Rioja; arts. 27-33 Ley 3/1999, de 31 de marzo, de Castilla – La Mancha<sup>74</sup>; arts. 25-27 Ley 7/1999, de 28 de abril, de Cantabria).

El Código civil no regula las citadas situaciones de riesgo básicamente por dos razones: 1º) Por su naturaleza administrativa y asistencial (que también es predicable de las situaciones de desamparo), y 2º) por la desconexión existente entre los 25 artículos de la Ley Orgánica 1/1996 y la reforma del articulado del Código civil por la citada ley<sup>75</sup>.

Los preceptos sucesivos del Título II correspondientes a los Capítulos I (arts. 18-22) y Capítulo II (art. 23), contemplan conforme a sus rúbricas, cuestiones cuya ubicación sistemática y contenido resultan totalmente desafortunados (Art. 19 "Guarda de menores". Art. 20 "Acogimiento familiar". Art. 21 "Servicios especializados". Art. 22 "Información a los familiares". Art. 23 "Índice de tutelas").

---

<sup>74</sup> La Ley del menor de Castilla – La Mancha ofrece una regulación completa de las llamadas "situaciones de riesgo".

<sup>75</sup> PANTOJA GARCÍA, F.: "Unas notas a las instituciones de protección de menores modificadas por la Ley Orgánica 1/1996", en *El menor en la legislación actual*, Universidad Antonio de Nebrija, 1998, señala al respecto: "La falta de regulación del riesgo en el CC priva por lo tanto de virtualidad civil a esta figura al no regular sus efectos jurídicos para con el menor, los padres o tutores, y la propia Entidad pública, de tal modo que estos efectos no pueden tratarse de la misma forma que los derivados de la declaración de desamparo, ni la actuación del fiscal puede encontrar el mismo cauce que en el caso del desamparo. Por ello, se echa en falta su regulación en la ley procesal civil. Bien es cierto, que las innovaciones genéricas (por ejemplo, en el art. 10.b) a la protección por el Fiscal de los intereses del menor, permite un cauce para actuar en estas situaciones".

En todo caso, las situaciones de riesgo definidas en el art. 17 de la Ley Orgánica 1/1996 constituyen una importante aportación en la línea de permitir la actuación de la Administración en la familia sin que ello implique una separación del niño de su entorno habitual.

Sin embargo, se ha perdido la oportunidad de una regulación más completa de la materia, bien en la citada Ley Orgánica 1/1996, o bien dentro de las instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil (sin perjuicio de su regulación en algunas leyes de ámbito autonómico).

No obstante, a pesar de que el Código Civil no regula expresamente "las situaciones de riesgo" (a diferencia de lo que sucede con "las situaciones de desamparo" art. 172.1. CC), cabría admitir al amparo de lo previsto en art. 172.2 del Código Civil<sup>76</sup>, una modalidad de guarda administrativa (voluntaria o judicial) que permitiera mantener al menor en su familia de origen ( art. 11 b/ Ley Orgánica 1/1996).

En efecto, se trataría de una guarda asistencial atípica en situaciones de riesgo (art. 172.2 del Código Civil), que se realizaría mediante la prestación a los padres, tutores o guardadores del menor, de las ayudas adecuadas (prestaciones económicas, asistencia sanitaria, programas formativos, medidas educativas...), cuando aquellos "por circunstancias graves" (imputables a los padres, tutores o guardadores o a los propios hijos) no puedan cuidar al menor.

A mayor abundamiento, los amplios términos del art. 158 del Código civil legitiman la intervención judicial cuando exista una situación de riesgo para el menor.

---

<sup>76</sup> Art. 172.2 Código Civil

La entidad pública asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor, lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

En efecto, la fórmula genérica del actual art. 158.4 C.C. (recientemente modificado por la Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre (BOE nº 296, de 11 de diciembre) <sup>77</sup> "apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios" permitiría la intervención judicial en aquellos casos que impliquen un peligro para la persona del menor (salud, educación o formación moral, seguridad, sustracción...), y que no tengan la gravedad suficiente para privar o suspender de la patria potestad y separar al menor de su grupo familiar.

Obviamente, los amplios términos y la imprecisión del citado art. 158 CC, legitiman también la intervención judicial en los supuestos en que sea conveniente para el interés del niño su separación del núcleo familiar.

En dicho sentido, pueden citarse los antecedentes del artículo 158 del Código Civil, y en concreto, la propuesta presentada por DIEZ-PICAZO en los trabajos prelegislativos del grupo de trabajo de la Comisión General de Codificación (1978), que incluía un artículo con el nº 159 que disponía: *"Cuando la seguridad, la salud, la formación moral o la educación de un menor se encuentran en grave peligro y no se dan los requisitos necesarios para la privación de la patria potestad, podrá el juez a requerimiento del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor dictar las disposiciones que considere más adecuadas o confiar al menor a una persona o a un establecimiento de educación y asistencia"*.

Los citados términos son muy similares a los previstos en los arts. 375 Code francés (*"Cuando la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado estén en peligro, o las condiciones de su educación gravemente comprometidas..."*), 1918 Código Civil portugués (*"Cuando la seguridad, la salud, la formación moral o la educación del menor se encuentren en peligro..."*) y parágrafo 1666 BGB (*"En caso de puesta en peligro del bienestar corporal, espiritual o psíquico del hijo"*)

En dicha línea, puede citarse el art 9 de la Convención de los derechos del niño:

---

<sup>77</sup> Art. 158 Código Civil (modificado por las leyes Orgánicas 1/1996, de 15 de enero, y 9/2002, de 10 de diciembre).

*"Los Estados partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, exceptuando la reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

*2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

*3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

*4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas".*

### III. PROTECCIÓN DE LOS HIJOS EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA.

#### 1. Guarda y custodia.

##### 1.1 Principios generales y Régimen legal.

La guarda y custodia de los hijos menores constituye un deber y facultad de los padres en la esfera personal que lleva implícito el instituto de la patria potestad.<sup>78</sup>

El art. 154 del Código Civil dispone:

*"Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres..*

*La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.*

*Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:*

*1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral."*

De lo anterior se deriva que los progenitores tienen la función (derecho-deber) de velar por los hijos y tenerlos en su compañía. La compañía presupone no sólo una inmediación física y el mismo techo, sino también una comunicación de afectividad y cariño unido al deber de velar por los hijos que requiere estar atento a sus estudios, vocaciones o aficiones, amistades, alimentación, salud...

El deber-facultad de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, se encuentra íntimamente relacionado con la guarda y custodia de los hijos.

---

<sup>78</sup> CASTAN PEREZ-GOMEZ,: Instituciones de Derecho Privado tomo IV, Vol 1º, Tema 5, Civitas, 2001, pág 623, afirma "la nueva concepción de la infancia abandona la idea del niño como objeto de protección... y lo contempla como persona, como sujeto, como titular de derechos para cuyo ejercicio va a desarrollar una progresiva capacidad"

En los supuestos de crisis matrimonial (nulidad, separación y divorcio) o de pareja, habitualmente uno de los progenitores se ve privado de tener a los hijos en su compañía y, por lo tanto, de la guarda y custodia del menor.<sup>79</sup>

El tratamiento legal de la materia (guarda y custodia en los supuestos de crisis matrimonial o de pareja), ofrece una dificultad previa al ser objeto de una doble regulación. De una parte, los artículos 156.5º, 158, 159 y 161 del Código Civil (Título VII, Libro I) en sede de relaciones paterno-filiales; y de otra, los artículos 90, 92, 93 y 103 del Código Civil (Título V, libro I) dentro de los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio.

A lo anterior, debe añadirse la regulación de la materia en las distintas leyes autonómicas de parejas de hecho (Art. 8 Ley 6/1999 de 26 de marzo de las Cortes de Aragón, relativa a parejas estables no casadas; art. 10 Ley 6/2000 de 3 de julio de Navarra de parejas estables<sup>80</sup>, art. 15 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña de uniones estables de pareja..)

---

<sup>79</sup> Bibliografía:

GARCIA GIL: “La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial”, La Ley, 1989-3, págs. 859 y ss.

GARCIA PASTOR: “La situación jurídica de los padres cuyos hijos no conviven: Aspectos personales”. Madrid, 1997.

RIVERO HERNÁNDEZ, F: “Convenios reguladores en las crisis matrimoniales” Ed. Un. De Navarra, 1989, 2ª ed. ; “Matrimonio y Divorcio, comentarios al Título IV Libro I del Código Civil”, Civitas, 1994 y Comentarios al Código Civil II, vol 1º, Bosch, Barcelona 2000.

ZANON MASDEU: “Guarda y Custodia de los hijos”. Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ.EZNARRIAGA; y otros autores: Procesos de familia. Aspectos dudosos: Soluciones e interpretaciones. Madrid, 2003. 218 págs.

<sup>80</sup> Art. 10 de la Ley 6/2000 de igualdad jurídica de parejas estables, de Navarra: Guarda y régimen de visitas de los hijos.

1. En caso de cese de la pareja estable en vida de ambos miembros, éstos podrán acordar lo que estimen oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes y al régimen de visitas, comunicación y estancia. No obstante, el Juez podrá moderar equitativamente lo acordado, cuando a su juicio sea lesivo para cualquiera de los miembros o para los hijos e hijas comunes.
2. El Juez acordará lo que estime procedente respecto a los hijos e hijas comunes, en beneficio de éstos y previa audiencia de los mismos, si tuvieran suficiente juicio o fueran mayores de doce años.

Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, destaca el I "Reglamento CE/ nº 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes L.160, de 30 de junio de 2000 (en vigor 1 marzo 2001).

## **1.2 Criterios de atribución de la guarda y custodia.**

**El principio prevalente del interés del menor** debe interpretarse y armonizarse con otros criterios supletorios que orienten la decisión de los tribunales al atribuir la guarda y custodia a uno de los progenitores o, en su caso, alternativamente a ambos padres.

Dichos principios o postulados, previstos en la legislación civil y acogidos por la doctrina y la jurisprudencia, son los siguientes:

### **1. Acuerdos propuestos por los cónyuges o progenitores no casados, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los padres (arts. 90, 92, 159 CC).**

En dicho sentido, el fortalecimiento de la libertad de decisión de los padres, en el ejercicio de la patria potestad y, en particular, en la custodia de los hijos, constituye uno de los postulados de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

En esta línea, se sitúa la mediación familiar como recurso voluntario alternativo de resolución de conflictos, cuya finalidad es facilitar a las partes la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio, mediante la intervención de una tercera persona "el mediador", imparcial, neutral, experta y que actúa con carácter confidencial, sea a instancia de las partes o del mismo juez que derive a éstas a un proceso de mediación para llegar a acuerdos que solucionen su conflicto.

Le Recomendación nº R (98) de 21 de enero de 1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de los Estados Miembros sobre mediación familiar, así como las Leyes Autonómicas sobre mediación familiar (v.gr. arts. 1.2 Ley Mediación Familiar de Galicia, art. 13.2 Ley Mediación Familiar de Valencia, art. 2 Ley Mediación Familiar de Canarias)<sup>81</sup>, admiten la posibilidad de que la mediación familiar tenga lugar antes, durante y/o después de un proceso de separación de divorcio.

## **2. La voluntad del menor expresada a través de su derecho de audiencia** (arts. 92, 154, 159 CC, y 9 LO 1/0996, de 15 de enero).

Nuestros tribunales con ocasión de procesos matrimoniales, en determinados casos atribuyen o modifican la custodia atendiendo a la voluntad del menor, mientras que en otras hipótesis (considerando también otros factores) deciden contra los deseos del niño<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Ley 1/2001, de 14 de enero, de Mediación Familiar de Cataluña, cuyo desarrollo reglamentario se ha llevada a cabo mediante el Decreto 139/2002, de 14 de mayo.

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar (Galicia), cuyo desarrollo reglamentario se ha dado mediante el Decreto 159/2003, de 31 de enero.

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana.

Lley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (Islas Canarias).

Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Castilla-La Mancha.

### **<sup>82</sup> I Fallos coincidentes con la voluntad del menor.**

#### **A.- Procedimientos de cambio de guarda y custodia.**

Sentencias AP Murcia 12 enero 1990 y 21 de septiembre 1999, AP Mallorca 10 junio 1991, AP Madrid 3 diciembre 1992, AP Cádiz, 21 diciembre 1992, AP Pontevedra 17 febrero 1993, AP Córdoba 18 mayo 1993, AP Castellón 26 julio 1993, AP Tarragona 16 diciembre 1993, AP Valladolid 28 octubre 1997, AP Huesca 13 febrero 1998 AP Córdoba 26 junio de 2000, AP Cáceres 5 de febrero 2001

AP Granada 4 marzo 1998. Se confirma la sentencia de instancia sobre modificación de medidas de separación matrimonial, en la cual, como extremo esencial de la misma, consta el de la situación de la hija menor de los litigantes, lo que ha de ser determinante de la resolución que se adopte atendido el texto del art. 92 CC y de la LO 1/96 de 10 de Enero de Protección Jurídica del menor. Desde la prioridad que significa los intereses del menor se ha de examinar la modificación solicitada por la madre, siendo que en este contexto se advierte por las manifestaciones de la menor (de 14 años de edad), su preferencia a seguir viviendo con el padre. Así se desprende de la prueba que consta en autos y así ha de manifestarse.

AP Girona Sentencia 9 febrero 2000.

Fundamento de Derecho Tercero.

En cualquier caso, estamos ante una materia en que es desaconsejable adoptar posturas rígidas o formales.<sup>83</sup>

En definitiva, los deseos, preferencias, y opiniones manifestadas por los menores (en cualquier ámbito o procedimiento) son expresión de unos sentimientos y personalidad que habrán de tenerse en consideración, y en muchos casos, especialmente a partir de determinada edad (14-16 años) serán esenciales para adoptar una decisión.

---

“ Dicho lo anterior, lo único que queda por decidir es aquel de los progenitores a quien ha de atribuirse la guarda y custodia, para lo cual ha de tenerse en cuenta la previsión legal que el Código Civil establece en su art. 92, en el sentido de que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran juicio suficiente y siempre a los mayores de doce años.

Precisamente la voluntad de los hijos comunes es clara en cuanto manifiestan su deseo de convivir con su padre destacando además la juzgadora “a quo” como resultado de su examen directo de los niños a través de la diligencia de exploración, la plena conciencia que tiene de la situación objeto de discusión, su deseo de que se ponga fin al conflicto, su madurez y entereza, de manera que su manifestación a favor de la guarda paterna no resulta dudosa o sospechosa de haber sido inducida, sino que es valorada como esencialmente consciente y libre, lo que dota de particular relevancia a la voluntad expresada por los hijos”.

## **II. Fallos no coincidentes con la voluntad del menor.**

### **A.- Procedimientos de cambio de guarda y custodia**

Sentencias AP Salamanca 4 noviembre 1992, AP Granada 15 marzo 1993, AP Orense 18 mayo 1993, AP Badajoz 28 junio 1994, AP Barcelona 3 de mayo 1999, AP Madrid 3 de marzo 1998.

La SAP de Toledo (Secc. 1ª), de 11 de noviembre 1999 no otorga relevancia alguna al deseo de la menor –de 14 años- de querer vivir con su padre, en base al carácter “endeble” de la razón que alega para justificar dicha preferencia, cual es “que su madre no la deja salir apenas con sus amigos, mientras que su padres confía más en ella y la deja más libertad”. Califica la Audiencia de “endeble” el motivo expresado ya que “parece responder más bien a una inclinación pasajera de la menor, propia de su edad adolescente y del ansia de libertad hacia los progenitores que suele acompañarla”

<sup>83</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *Nulidad, separación y divorcio*, ob. cit., pág. 100 “los tribunales suelen repetir que la voluntad del hijo al manifestar el deseo de vivir con uno de los progenitores es un factor importante, pero no decisivo o excluyente de todos los demás factores que puedan confluír. Es trascendente que el hijo conviva con aquel progenitor con el que se sienta más a gusto, pero aún tiene más relevancia que el progenitor elegido garantice mejor que el otro el desarrollo físico y mental del hijo (Sentencias AAPP Madrid 3 de marzo 1998, Illes Balears 29 de junio 1998, Toledo 17 de septiembre 1998 y 11 de noviembre 1999 y Córdoba 26 de junio 2000)”<sup>83</sup>.

**3. Informe del Ministerio Fiscal** (previsto expresamente en el art. 92, 6 y 8 CC, modificado por Ley 15/2005).

El art. 92. 6º y 8º CC refuerza la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la patria potestad en los procesos matrimoniales ampliando los cauces de actuación de dicha institución, en la línea de los arts. 749 LEC 1/2000<sup>84</sup>; 9.3 y 10.2, apdo. b, LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor; 158 y 174 CC, y 6 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

**4. Dictamen de especialistas debidamente cualificados** relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de menores (art. 92.9 CC)

**5. Conveniencia de que los hermanos no se separen** (art. 92.5 CC).

**6. Riesgos para la integridad, formación y bienestar físico y psíquico del niño (art. 92.7 CC).**

A mayor abundamiento, la jurisprudencia (especialmente la llamada "jurisprudencia menor" de las Audiencias), maneja otros criterios para decidir la atribución de la custodia de los hijos, entre las que destacan:

- La estabilidad del menor, y su mantenimiento en su entorno social, escolar y residencia habituales (SS AA.PP. Barcelona 5 de enero 1988, Ourense 3 de mayo 1999, Cáceres 1 de febrero 2000, Málaga 20 de julio 2000).

---

<sup>84</sup> Artículo 749 Intervención del Ministerio Fiscal.

1. En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal.

2. En los demás procesos a que se refiere este Título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

- Mayor disponibilidad de tiempo de uno de los progenitores para atender al cuidado del hijo (SS AA.PP. Badajoz (Sección 2ª) de 19 de abril 1999, Guipúzcoa (Sección 1ª) de 20 de mayo y 29 de julio 1999, Girona (Sección 2ª) de 9 de febrero 2000).

- En cuanto al dato de la percepción de ingresos o tenencia de recursos económicos superiores por parte de uno de los progenitores, como explica BERMÚDEZ BALLESTEROS: *“si bien en algunos supuestos es un factor decisivo en la solución que adopte el tribunal, en otros casos no, ya que ese déficit de ingresos puede ser paliado o compensado, por ejemplo, con la concesión de las correspondientes pensiones alimenticias para los menores”*<sup>85</sup>.

- La edad del menor, en muchos casos, conectando el dato de la corta edad de los hijos, con la atribución de la guarda y custodia a la madre<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S.: *Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial*, AC, 2001, págs. 1880-1881.

La SAP de Palencia de 14 de enero 1998 (AC 1998, 3192) es un claro ejemplo de los pronunciamientos que consideran el hecho de que uno de los progenitores perciba mayores ingresos –es esta ocasión, el padre- no decisivo o contundente de cara a la atribución al mismo de la guarda y custodia, con la consiguiente privación al otro progenitor de la misma. Concretamente se establece que “el hecho de que el mayor nivel de vida de convivir con el padre, dados los ingresos de éste, puede ser más satisfactorio para la menor dada sus mayores posibilidades en el ámbito educativo y médico, pero ello no es argumento para la concesión de la custodia a don Luis Ángel, dado que independientemente para la menor debe de considerarse prioritario la mayor o menor bondad que puede preverse para el desarrollo de la personalidad de la menor y de las relaciones paterno-filiales, es lo cierto que aun existiendo un desnivel en los ingresos, el mismo queda compensado suficientemente con la concesión de una pensión alimenticia a la menor”.

<sup>86</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.P.: *nulidad, separación y divorcio*, ob.cit., págs. 103-104, analiza con abundante cita jurisprudencia la atribución de la guarda y custodia a la madre en caso de duda.

Según dicho autor: *“en muchas ocasiones, los tribunales suelen manifestar que ambos progenitores están plenamente capacitados para atender a sus hijos menores, pero que, al igual que sucede con la solución salomónica, es imposible que la guarda y custodia corresponda a ambos (Sentencia AP Castellón de 14 de julio 1998) por lo que se atribuye a la madre, generalmente por razones de la corta edad de los pequeños (Sentencias de la AT Barcelona 8 de julio 1988 y AP Ourense de 3 mayo 1999) o por haber convivido con ella hasta el momento de la decisión judicial (Sentencia AP Illes Balears de 28 de septiembre 2002)”*.

Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S.: *Criterios para la atribución y modificación de la guarda...*, ob.cit., págs. 1872-1873.

En nuestro ordenamiento, la anterior redacción del art. 159 CC (aplicable a todo tipo de separación), disponía, como regla general, la atribución a la madre el cuidado de los hijos menores de 7 años<sup>87</sup>.

Sin embargo, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, modificó dicho precepto suprimiendo la preferente atribución de la custodia a la madre<sup>88</sup>.

Aunque en un trabajo anterior defendí la constitucionalidad del referido precepto invocando diversos argumentos, tesis sustentada asimismo por ALBALADEJO<sup>89</sup>, también reconocía que si “la realidad social cambiase de forma que ambos progenitores, hombre y mujer, se repartiesen equitativamente la crianza de los hijos pequeños, podría justificarse la alteración de la norma”.

En la actualidad, ciertamente podemos hablar de una mayor corresponsabilidad de ambos progenitores en el ejercicio de las responsabilidades domésticas y, en concreto, en el cuidado de los hijos, lo que ha motivado que el legislador ante la imposibilidad de inclinar la balanza a favor del padre o de la madre (o, en su caso, 2 padres o 2 madres) por cuanto sería tachado de inconstitucional, haya previsto expresamente la custodia compartida o guarda alterna siempre que dicha medida no sea contraria al interés del menor.

---

ZANON MASDEU. *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, 1996, pág. 46.

<sup>87</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.A.: *Acerca de la posible inconstitucionalidad del art. 159 CC*, RDP, 1990. Antecedentes, págs. 562-567,

<sup>88</sup> ROGEL VIDE, C.: *Comentario al art. 159 CC*, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, 1993, págs. 587-609. Refiriéndose al argumento de la lactancia cita al mismísimo ALONSO MARTÍNEZ quien decía ya en 1873 lo siguiente: “*nace el niño y, con él, la necesidad de la lactancia, primer deber que limita a la madre... Sigamos adelante. Pasa un año y cesa la lactancia*”. ¿Cómo justificar con la lactancia el que las madres tengan la custodia de hijos mayores de 1 aunque menores de 3?

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *De las relaciones paterno filiales* en *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo I, págs. 544 y ss.

<sup>89</sup> ALBALADEJO: *Sobre la Ley 15 de octubre de 1990*, ob.cit., págs. 34 y 35.

Finalmente, debe destacarse que la doctrina y la jurisprudencia coinciden mayoritariamente en relación a la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, en que el juez prescindirá, en principio, de aspectos de culpabilidad ancestralmente tenidos en cuenta en las causas de separación y divorcio (por ejemplo, infidelidad conyugal).

En la actualidad, dicho planteamiento se ve reforzado por la ampliación de la libertad de los cónyuges para solicitar la separación y el divorcio, sin previa concurrencia de causa alguna (arts. 81y 86 CC), y la consiguiente eliminación de todo vestigio del antiguo modelo de la separación-sanción.

En cualquier caso, lo que el juzgador debe valorar no son los motivos o causas de la separación o divorcio, sino la idoneidad de los padres para el ejercicio de la patria potestad y, dentro del mismo, de la función de guarda y custodia.

## **2. Custodia de menores. Art. 92 del Código Civil. Ley 15/2005 de 8 de julio de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio. Novedades introducidas en el art. 92 del Código Civil.**

### Redacción anterior del Código Civil

#### Artículo 92

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

En la sentencia se acordará privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida totalmente o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.

El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas

### Redacción actual. Ley 15/2005, de 8 de julio

#### Artículo 92.

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. **El Juez cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.**

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, si existe mutuo acuerdo, o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquier de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Las modificaciones introducidas en el art. 92 CC por la Ley 15/2005. de 8 de julio, se enmarcan dentro del espíritu que impregna la reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, y, en concreto, de una mayor libertad de decisión de los padres en el ejercicio de la patria potestad.

Las innovaciones del art. 92 CC afectan esencialmente a los siguientes aspectos:

### **1. Reconocimiento expreso de la guarda conjunta o compartida.**

Aunque el tenor del anterior art. 92 CC (Vg. arts. 90, 103, 156 y 159 CC), no excluía la posibilidad de custodia compartida, el nuevo art. 92 CC dispone expresamente el ejercicio conjunto o compartido de la custodia del hijo en los procedimientos matrimoniales, no solo cuando lo soliciten ambos progenitores, sino también por disposición judicial, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal (art. 92.5 y 8 CC).

**2. La exclusión de guarda conjunta en determinadas situaciones que impliquen riesgo por la vida, la integridad o la libertad de uno de los cónyuges o de los hijos que convivan en el hogar familiar (art. 92. CC, vid. Art. 65 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género).**

El punto 7 del art. 92 CC (modificado por la Ley 15/2005) supone la exclusión de la guarda conjunta en determinadas situaciones de riesgo para la vida, integridad y libertad de uno de los cónyuges o de los hijos que convivan con ambos, en los siguientes términos:

*“7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.*

*Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las artes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.*

Aunque sin duda el propósito del legislador al redactar el citado precepto es ciertamente loable por responder a la sensibilidad de la sociedad y al rechazo colectivo de determinadas conductas delictivas, especialmente, las referentes a la violencia doméstica, la norma es criticable, por cuanto el legislador se limita a excluir la guarda conjunta en dichas situaciones de riesgo.

Acaso lo que debería haberse previsto sería la no exclusión de la guarda (conjunta o no conjunta) o, en su caso, su suspensión, cuando concurren las circunstancias previstas en el referido art. 92.7 CC.

En dicha línea, puede invocarse el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género que dispone:

De las medidas de suspensión de la patria potestad o custodia de menores,

*“El Juez podría suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda o custodia, respecto de los menores a que se refiera?”<sup>90</sup>.*

Una de las novedades de la Ley 01/2004, de 28 de diciembre, es la atribución de competencia en el orden civil sobre determinados asuntos, de forma exclusiva y excluyente a los Juzgados de violencia sobre la mujer (art. 44 LO 1/2004)<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Art. 66, LO 1/2004, de 28 de diciembre, dispone:

*“El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes”*

<sup>91</sup> Art. 44 LO 1/2004

2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
- d) Los que tenga por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijas e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

5. En todos estos casos está vedada la mediación.

En dicho sentido resulta necesaria una armonización de la legislación civil (a la que parece responder el texto de los artículos 92.6 y 81.2 CC), con la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género<sup>92</sup>.

En todo caso, y por lo que aquí importa, los amplios términos del art. 158 CC legitiman la intervención judicial cuando exista situación de riesgo para el menor (vid. Art. 17 LO 1/1996, 172.2 CC)<sup>93</sup>

### **3. Previsiones y cautelas expresas antes de que el Juez acuerde el régimen de guarda y custodia, en los términos del art. 92.6 CC (vid. Art. 158 CC).**

Frente al silencio anterior, el nuevo art. 92.6 CC dispone una serie de previsiones (Vg. informe Ministerio Fiscal, audiencia del menor (en este caso en términos distintos al régimen anterior), valoración de las alegaciones de las partes, relación de los padres entre sí y con sus hijos...) orientadas a determinar la idoneidad de los padres con el régimen de guarda.

### **4. El relevante protagonismo del Ministerio Fiscal para la fijación del régimen de guarda, en los procesos de nulidad, separación y divorcio (arts. 92.6 y 8 C.C.).**

### **5. Las modificaciones sustanciales en torno al derecho de audiencia del menor.**

---

<sup>92</sup> Art. 1.3 LO 1/2004, de 28 de diciembre.

*“La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad”.*

<sup>93</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica de personas con discapacidad, menores desfavorecidos y personas mayores*. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. UCM, 2004, págs. 121-126.

En efecto, el art. 92.2 CC preceptúa que el Juez antes de adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

Sin embargo, el referido art. 92.2 CC en su redacción anterior disponía, con carácter imperativo, el derecho a ser oídos siempre de los hijos mayores de 12 años, y por debajo de dicha edad "si tuvieran suficiente juicio".

En mi opinión, la supresión de la obligación de oír a los mayores de 12 años antes de acordar el régimen de guarda y custodia, resulta cuanto menos sorprendente, además de contraria a la reciente legislación de menores y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SS TC 22/2002, de 25 de noviembre y 152/2005, de 6 de junio).

Dicha supresión tiene su origen en la Enmienda númº1 al Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio<sup>94</sup>, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (D<sup>a</sup> Begoña Lasagabaster Olazábal, diputado de Eusko Alkartasuna), cuya justificación es la siguiente:

"Enmienda nº 1 (Grupo Parlamentario Mixto) al Punto 5 del art. 1, por el que se modifica el art. 92 CC:

De modificación.

*En la propuesta de convenio regulador... tras oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, que la guarda de éstos sea ejercida por uno ellos o conjuntamente.*<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> BOCG Congreso de los Diputados. 15 de marzo 2005. Serie A, n-um. 16-8, págs. 19-20.

<sup>95</sup> JUSTIFICACIÓN

La presencia y correspondiente exploración judicial de forma sistemática de los menores en un Juzgado, salvo cuando sea imprescindible para forma criterio (lo cual es poco frecuente en los procesos de mutuo acuerdo) sobre la custodia o el régimen de visitas, produce unos efectos negativos en el menor como argumentan perfectamente los especialistas en psicología infantil y los propios prácticos del derecho de familia. Por tanto, esta exploración debe

Por tanto, y conforme a la nueva redacción del art. 92, párrafos 2º y 6º CC, las medidas sobre el cuidado, custodia y educación de los hijos, serán adoptadas escuchando a los menores que tengan suficiente juicio, únicamente, cuando dicha audiencia se estime necesaria.

A mi entender dicha conclusión es contraria a la regulación del derecho de audiencia en la legislación específica de menores y en el propio Código Civil (arg. arts. 9 LO 1/1996, de protección jurídica del menor<sup>96</sup>, 12 Convención de los derechos del Niño<sup>97</sup>; 154.2; 156.2; 159; 231 y 248 del Código Civil).

---

reservarse para los casos en que exista una necesidad real de conocer su testimonio por existir un Acuerdo entre los cónyuges que claramente se aprecia que puede perjudicar al menor, resulte extravagante o se disponga de información que justifique tal intervención. En el resto de los casos, no aporta nada a la causa y general efectos negativos sobre el menor. Por tanto, la previsión legal ha de establecer esa citación con carácter potestativo en función de las circunstancias, pero no de forma innecesariamente universal”.

<sup>96</sup> Artículo 9. Derecho a ser oído.

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

<sup>97</sup> Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño

“1. Los Estados Partes garantizarán, al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a 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.

2. Con tal fin, 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

En efecto, la intervención del menor en aquellos asuntos que le afecten (bien mediante el derecho de audiencia, prestación de consentimiento, facultad de instar determinadas medidas...), viene siendo reconocida progresivamente en nuestro ordenamiento en distintos ámbitos jurídicos<sup>98</sup>.

En dicho sentido, la jurisprudencia y la doctrina, así como las sucesivas reformas del Derecho de Familia preconizan un mayor grado de autonomía de los menores y, por tanto, coinciden en otorgar relevancia jurídica a las opiniones de aquellos a partir de una determinada edad o grado de madurez.

---

medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

- <sup>98</sup> - En el marco de las relaciones paterno-filiales (arts. 154.2º, 156.2º, 157, 158, 159, 162, 164.3º, 166.3º, 167 CC)
- Acogimiento familiar (art. 173.2 CC).
  - Adopción (arts. 177.1º y 3º nº 3)
  - Procedimientos matrimoniales (arts. 92.2 y 159 CC).
  - Tutela ordinaria (arts. 231, 248, 273 CC).
  - Emancipación (arts. 317, 320 y 321 CC).
  - Filiación (art. 121 CC)
  - Asuntos de índole patrimonial: otorgar a partir de los 14 años, testamento, salvo ológrafo (arts. 663.1º y 688.1º CC), adquirir la posesión (art. 443 CC), aceptar donaciones salvo que sea condicionales u onerosas (arts. 625 y 626 CC), consentir si hubiese cumplido 16 años en documento público determinados actos en relación con su patrimonio que requieren autorización judicial (art. 166.3º CC), administración ordinaria de los bienes del hijo mayor de 16 años adquiridos con su trabajo o industria (art. 164.3º).
  - Actos relativos a derechos de la personalidad (art. 162.1º CC) u otros que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo.
  - Contratos que obliguen al menor a realizar prestaciones de carácter personal (art. 162.3 CC)
  - Alteración del orden de apellidos (Disposición transitoria única. Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos y Disposición transitoria única Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos).
  - Procesos matrimoniales y de menores (arts. 770,4º y 777,5º LEC)

No debe olvidarse que si hemos construido el edificio de los derechos del menor sustentándole en el principio del “interés superior del niño”, la audiencia del menor será un elemento fundamental para averiguar dicho interés.

## **6. El reconocimiento de la mediación familiar.**

El acuerdo de ambos padres de ejercicio compartido de la custodia de los hijos, puede tener lugar –en los términos del citado art. 92.5 CC- en la propuesta del convenio regulador o en el transcurso del procedimiento.

Para la obtención de dicho acuerdo de guarda conjunta puede adquirir especial protagonismo el recurso a la mediación familiar, dado que la *ratio* de dicho figura es ayudar a las partes y facilitarles la obtención “por ellas mismas” de un acuerdo satisfactorio.

Precisamente el informe emitido por la Ponencia sobre el Proyecto de Ley por el que se modificaba el Código Civil en materia de separación y divorcio<sup>99</sup>, expresa que la Enmienda nº 48 (finalmente aceptada)<sup>100</sup>, en la modificación que hace del art. 92.5 del Código Civil pretende acoger el espíritu de la mediación familiar.

En definitiva, la Ley 15/2005 potencia la institución de la mediación familiar, con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo y en especial, garantizar la protección del interés superior del menor<sup>101</sup>.

En dicha línea, la regla 7º del art. 770 LEC (añadida por la Ley 15/2005) dispone:

---

<sup>99</sup> Informe de la Ponencia. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A. 12 de abril 2005, núm 16-10.

<sup>100</sup> Enmienda nº 48. Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, de modificación del art. 92 CC (BOCG. Serie A 15 de marzo 2005, núm 16-8, 36-37).

<sup>101</sup> Vid. Exposición de Motivos Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

*“7. Las partes de común acuerdo podrían solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”.*

Por tanto, y a tenor del referido precepto, durante el proceso las partes pueden tomar la iniciativa y proponer al juez la posibilidad de acudir a la mediación.

Como señala GARCÍA VILLALUENGA *“el principio del interés del menor en el sentido que le atribuyen tanto los instrumentos internacionales, como nuestro Derecho interno, será uno de los ejes esenciales en torno al cual ha de girar el proceso de mediación”*<sup>102</sup>

### **3. La custodia compartida.**

Como ha quedado expuesto, aunque el tenor del anterior art. 92 CC (Vg. 90, 103, 156 y 159) no excluía la custodia compartida, la ley 15/2005 introduce en nuestro ordenamiento jurídico (art. 92 CC), la previsión expresa de custodia compartida o guarda conjunta.

Respecto a la terminología empleada para referirse a los supuestos de ejercicio compartido de la guarda y custodia, habitualmente denominada “custodia compartida”, ROGEL VIDE<sup>103</sup> sostiene (al margen de la opinión que dicha custodia pueda merecer) que ha de hablarse de “custodia alterna o repartida”. Aunque en efecto y como señala dicho autor, la citada modalidad de custodia, conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, ello no impide que se denomine a dicha figura custodia compartida o guarda conjunta.

---

<sup>102</sup> GARCÍA VILLALUENGA. Los menores en protección, grupo difusión, 2007, pág 572

<sup>103</sup> ROGEL VIDE, C.: *En torno a la custodia...* ob.cit., pág. 82

En efecto, del mismo modo que la regla general en nuestro ordenamiento es el ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 156.1 CC), lo cual no excluye la posibilidad lógica de que uno de los progenitores actúe con consentimiento expreso o tácito del otro, ya que continúan actuando ambos progenitores; la atribución compartida de la custodia, implica una guarda atribuida conjuntamente a ambos progenitores, si bien, repartida materialmente en períodos alternos, es decir, ejercicio conjunto de la custodia en períodos alternos.

La denominada custodia compartida se fundamenta en los principios de libertad de decisión de los padres en el ejercicio de la patria potestad (Exposición de Motivos Ley 15/2005) y corresponsabilidad de los progenitores en el ejercicio de la misma (art. 68 CC, modificado por Ley 15/2005).

Respecto de esta medida se han subrayado sus peligros llegando a calificarla como un sistema salomónico que satisface los intereses de los padres sacrificando al hijo, repartido entre ambos como si de un bien ganancial se tratara. Ahora bien, aun admitiendo que dicha medida sea en principio y, en la generalidad de los casos, desaconsejable para la necesaria dirección educativa, estabilidad y seguridad del menor, ello no significa que deba rechazarse siempre. Toda generalidad en Derecho de familia puede resultar desafortunada dada la gran diversidad de situaciones que pueden producirse. Y así, es forzoso presumir que el grado de afecto de los progenitores hacia sus hijos es idéntico. Por tanto, no hay argumento esencialmente válido para que la balanza pueda inclinarse hacia un lado y otro. Solo la imposibilidad fáctica de que ambos tengan la custodia del hijo, obliga a la forzosa decisión de elegir a uno, marginando al otro.

Y en efecto, cuando ambos padres están de acuerdo en aquellas cuestiones de mayor relevancia para la vida del niño, mantengan sus residencias en lugares relativamente próximos y se haya escuchado al menor, la guarda alternativa permitiría al hijo disfrutar del cuidado de ambos padres, sin sentirse dramáticamente apartado de uno de ellos.

Como ventajas de la custodia compartida se señalan las siguientes:

- Quedaría respetado el derecho natural de ambos padres de asistir a las distintas fases de desarrollo de sus hijos.
- Se podría eliminar el sistema de visitas, fuente inagotable de conflictos y violencia.
- Los propios hijos resultarían beneficiados por la convivencia normalizada, aunque alternativa, entre ambos progenitores.
- Evitarían procesos de custodia.
- Se impediría el chantaje afectivo prevaleciéndose de los hijos.

Con todo, se han apuntado inconvenientes que la custodia compartida puede tener para el bienestar moral y material del menor<sup>104</sup>. En dicho sentido, habitualmente el criterio que venía siguiéndose por las Audiencias era la no concesión de la guarda y custodia compartida, invocándose diversos argumentos relacionados con la situación afectiva del hijo y su estabilidad emocional en evitación de situaciones de desorden y confusión que hasta los propios niños reprueban. Dichos argumentos se veían refrendados por la falta de precisión expresa de la custodia compartida en el tenor del anterior art. 92 CC (v. art. 90 CC) (SS AA.PP. de Madrid de 17 de febrero 1998,

---

<sup>104</sup> ROGEL VIDE, C.: *En torno a la custodia compartida... ob.cit.*, pág. 85-86. alega como argumento en contra de la custodia compartida lo siguiente: “*Antes, con todo, de entrar en la consideración de los argumentos esgrimidos por los colectivos en cuestión, quiero recordar que existe una Ley orgánica de protección jurídica del menor. Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, que establece, como principios rectores de la actuación de los poderes públicos, la supremacía del interés del menor y el mantenimiento de éste –siempre que sea posible– en el medio familiar de origen. Dicha ley recuerda, por otra parte y como es lógico, la necesidad de respetar los instrumentos internacionales suscritos en defensa del menor, instrumentos entre los que destacan la Declaración de los derechos del niño de 1959 y la Convención de los derechos del niño de 1989. Ello sabido y en contra de la bondad indiscriminada de la custodia compartida, decir, en primer lugar, que la separación y el divorcio implican, potencialmente al menor, modos diversos de ver la vida de los progenitores en tales trances; modos distintos de ver las cosas, de relacionarse; modos diversos de ver el hogar, de llevar las cosas cotidianas. Si, en tales circunstancias, la custodia se comparte, el menor no tendría un hogar, sino dos: no tendría un modo de vida, sino dos, no tendría una monotonía, sino dos, siendo ello –en principio– potencialmente dramático para el menor en cuestión*”.

Jaén 20 de febrero 1998, Guipúzcoa de 30 de mayo de 1998, Palencia de 10 de febrero de 1999, Badajoz de 19 de abril de 1999, Girona 9 de diciembre 2000)<sup>105</sup>.

Sin embargo, -como refleja RAGEL SÁNCHEZ<sup>106</sup>- nuestros tribunales van reconociendo poco a poco la conveniencia de establecer la guarda y custodia compartida (SS AA.PP. Valencia 1 septiembre 1997<sup>107</sup>, 22 abril y 30 julio 1999, Baleares 19 de abril 1999<sup>108</sup>, Girona 25 de febrero 2001). Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de octubre de 2006.

En el marco del Derecho Comparado ( Francia, Alemania, Bélgica..), en los últimos 15 años se observa una tendencia a la conservación del ejercicio conjunto de la patria potestad a pesar de la separación de los padres ( Vgr. Ley francesa de 4 de marzo de 2002, de reforma de la patria potestad).

Finalmente, y teniendo en cuenta las dificultades y el perjuicio para la estabilidad del menor que pudiera comportar el ejercicio compartido de la custodia, podrían acogerse soluciones alternativas que permitan –en la medida de lo posible- conciliar

---

<sup>105</sup> SAP Jaén, 20 de febrero 1998: *“No parece recomendable forzar al hijo a que durante seis meses al año permanezca en la compañía de su padre, para otros seis meses permanecer con su madre. Quizás esa solución fuera la mejor para compaginar los lógicos y comprensibles deseos y derechos de ambos progenitores, pero la situación afectiva del hijo y su estabilidad emocional que precisa de seguridad, hábitos y costumbres que no se alteren, debe llevarnos a considerar que or ahora es mejor para él que la guarda y custodia se confiera a la madre”*.

<sup>106</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Nulidad...* ob.cit., pág. 108, opina, sin embargo, que *“la guarda y custodia compartida solo ser eficaz durante una primera etapa de vida del niño, hasta el comienzo de la enseñanza primaria aproximadamente, en la que el protagonismo de los padres es casi total”*.

<sup>107</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *Nulidad...* ob.cit., págs. 107-108, explica dicha sentencia.

<sup>108</sup> SAP Baleares (Sección 5ª) de 19 de abril de 1999, atribuye la guarda y custodia por períodos quinquenales destacando que *“si bien en abstracto, la doctrina y la jurisprudencia son poco partidarias de soluciones como las que nos ocupa por estimar que favorecen la deseada y necesaria estabilidad de los menores afectados por situaciones de crisis matrimonial, la gran diversidad de situaciones que pueden producirse pueden aconsejar la aludida solución en supuestos excepcionales, y en el caso que nos ocupa, con independencia de que en un principio se pactase entre los cónyuges que la guarda y custodia correspondería a la madre, el seguimiento de dicho régimen ha sido aceptado sin ningún problema por los dos menores”*.

los intereses en juego en los conflictos matrimoniales (o de pareja). Entre dichos remedios pueden citarse los siguientes:

- La ampliación del régimen de visitas, estancias o comunicación<sup>109</sup>
- El reconocimiento expreso de la función del progenitor no guardador de información y control.<sup>110</sup>

La anterior función, que bien podría denominarse, más que derecho de vigilancia (por el significado peyorativo que pudiera tener) "función de información y control", no debería limitarse al mantenimiento y educación del menor (en los términos del art. 288 del Código Civil francés), sino que debería extenderse a todas las actividades que afectasen a la vida y desarrollo del menor, si bien únicamente cuando hubiera que tomar respecto de ellas decisiones de cierta trascendencia.

Como posible formulación del derecho-deber de información y control se podría adoptar la siguiente:

*"El progenitor al que no se ha confiado la guarda de los hijos, tendrá el derecho y deber de información y control de las actividades del menor, debiendo adaptarse por ambos progenitores las decisiones de mayor trascendencia para la vida y formación de aquél. En caso de incumplimiento reiterado, el progenitor excluido de la guarda podrá recurrir al juez que adoptará las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la citada función".*

---

<sup>109</sup> En dicho sentido, el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, dispone: *"Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"*.

<sup>110</sup> Podría considerarse el reconocimiento legal de un nuevo derecho-deber del progenitor no guardador, se trataría de la función de información y control, recogida en términos parecidos en los Códigos Civiles francés (art. 288 Code) italiano (art. 155.3 Codice) y alemán (parágrafo 1.643), e incluso en la ley de divorcio española de 1932, y en el art. 140 del Código de Familia de Cataluña

## TERCERA PARTE

# PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### **Introducción.**

El art. 49 de la Constitución dispone la promoción de una política de integración, prevención, tratamiento y rehabilitación de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales.<sup>111</sup>

En los últimos años, el legislador español dando cumplimiento al mandato constitucional, ha realizado un notable esfuerzo por dotar de un marco legal adecuado que favorezca la protección de las personas con discapacidad.

El elevado número de personas que padecen una discapacidad y la creciente sensibilización de la sociedad española hacia la población que sufre algún tipo de minusvalía, exigen que a los poderes públicos la previsión de nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad.

Hasta época relativamente reciente el Código civil español se refería a los discapacitados con los términos peyorativos de "locos o dementes" (recogiendo la terminología del Derecho Romano "*cura furiosi*" guarda para locos y desmemoriados), términos que incluso se han mantenido en el tenor literal del art. 1263 CC hasta su reforma por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero.

Afortunadamente el Derecho Civil, cuyo eje es la protección de la persona en el Derecho privado, ha desterrado de su literatura jurídica tan despectivos términos.

Asimismo, amén del referido artículo 49 de la Constitución, existen otros preceptos constitucionales en los que debe fundamentarse la legislación protectora de los discapacitados

Art. 9,2 de la Constitución:

*"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".*

El art. 10.1 de la Constitución que reconoce como derecho fundamental *"la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad"*.

En la misma línea, puede invocarse el art. 14 de la Constitución que garantiza *la igualdad de los españoles ante la ley, sin discriminación por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social*.

En este contexto, resulta especialmente útil sintetizar la legislación nacional, internacional y autonómica en materia de discapacidad.

## **I. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.**

- Declaración de las Naciones Unidas de los derechos del deficiente mental de 20 de diciembre de 1971 (Resolución 2856 / XXVI)<sup>112</sup>.

---

112

---

Ruta: [Legislación](#) > [Internacional](#) > Derechos de la persona con retraso mental.

### **DERECHOS DE LA PERSONA CON RETRASO MENTAL**

La persona con retardo mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos.

El retraso mental tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes.

El retrasado mental tiene derecho a la seguridad económica y aun nivel de vida decoroso. Tiene derecho en la medida de sus posibilidades a desempeñar un empleo productivo o alguna ocupación útil.

Se ser posible, el retrasado mental debe residir con su familia o en un hogar que reemplace el propio, y participar en las distintas formas de la vida de la comunidad. El hogar en que viva debe recibir asistencia. En caso de que sea necesario internarlo en un establecimiento especializado, el ambiente y las condiciones de vida dentro de tal

El empleo del término "**deficiente o retrasado mental**", no parece acorde con la sensibilidad actual y sobre todo, **causa daño moral y sufrimiento**, a quienes son llamados con vocablos tan despectivos.

En dicho sentido, y aunque de ámbito nacional, el Real Decreto 348/1986, de 10 de febrero, extirpa cualquier denominación de esa índole, y sustituye los términos de "subnormalidad" y "subnormal", contenidos en las Disposiciones Reglamentarias vigentes, por "minusvalía" y "persona con minusvalía".

- Declaración de las Naciones Unidas de los derechos de las personas minusválidas de 9 de diciembre de 1975 (Resolución 3447 (XXX)).
- El artículo 23 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, regula "*la protección del niño mental o físicamente impedido*"

---

institución deberán asemejarse en la mayor medida posible a los niveles de la vida normal.

El retrasado mental debe poder contar con la atención de un tutor calificado, cuando esto resulte indispensable para la protección de su persona y sus bienes.

El retrasado mental debe ser protegido contra toda explotación y todo abuso o trato degradante. En caso de que sea objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un proceso justo en que se tenga plenamente en cuenta su grado de responsabilidad, atendidas sus facultades mentales.

Si algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan el retrasado mental contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores.

Compilado por [Carlos Egea García](#).

Dirección de esta página: <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/lex/derprm.htm>

- Programa de acción mundial para las personas con discapacidad. Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.(Documento A/37/51)

*" El propósito del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad es promover medidas eficaces para la prevención de la discapacidad y para la rehabilitación y la realización de los objetivos de igualdad y de plena participación de las personas con discapacidad en la vida social y el desarrollo. Esto significa oportunidades iguales a las de toda la población y una participación equitativa en el mejoramiento de las condiciones de vida resultante del desarrollo social y económico. Estos principios deben aplicarse con el mismo alcance y con la misma urgencia en todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo. <sup>113</sup>*

---

<sup>113</sup> ÍNDICE:

I. OBJETIVOS, ANTECEDENTES Y PRINCIPIOS.

- A) Objetivos.
- B) Antecedentes.
- C) Definiciones.
- D) Prevención.
- E) Rehabilitación.
- F) Equiparación de oportunidades.
- G) Principios adoptados dentro del Sistema de las Naciones Unidas.

II. SITUACIÓN ACTUAL.

- A) Generalidades.
  - 1.- Las discapacidades en los países en desarrollo.
  - 2.- Grupos especiales.
- B) Prevención.
- C) Rehabilitación.
- D) Equiparación de oportunidades.
  - 1.- Educación.
  - 2.- Empleo.
  - 3.- Cuestiones sociales.
- E) Nuevo orden económico internacional y discapacidad.
- F) Consecuencias del desarrollo económico y social.

- Como colofón de lo anterior, un hito fundamental en la materia es la reciente aprobación de la **Convención de los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.**

- En el ámbito europeo pueden citarse: La Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de Minusválidos en la Comunidad; Resolución del Consejo y de los Ministros de Educación de 31 de mayo de 1990 relativa a la integración de los niños y jóvenes minusválidos en los sistemas de educación ordinarios; El Programa Horizon que se puso en marcha el 18 de diciembre de

---

### III. PROPUESTAS PARA LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

A) Introducción.

B) Medidas nacionales.

1.- Participación de las personas con discapacidad en la adopción de decisiones.

2.- Prevención de la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía.

3.- Rehabilitación.

4.- Equiparación de oportunidades.

a) Legislación.

b) Medio ambiente.

c) Mantenimiento del ingreso económico y seguridad social.

d) Educación y formación.

e) Empleo.

f) Recreo.

g) Cultura.

h) Religión.

i) Deporte.

5.- Acción comunitaria.

6.- Formación de personal.

7.- Información y educación del público.

C) Acción de ámbito internacional.

1.- Aspectos generales.

2.- Derechos humanos.

3.- Cooperación técnica y económica.

a) Asistencia interregional.

b) Asistencia regional y bilateral.

4.- Información y educación del público.

D) Investigación.

E) Control y evaluación.

1990 dirigido a los que se han llamado "desfavorecidos" (minusválidos, personas con dificultades de integración económica y social)<sup>114</sup>.

Parece especialmente relevante a los fines del presente trabajo, la enunciación a título meramente orientativo de los derechos de las personas con discapacidad que podemos encontrar en la legislación internacional.

---

<sup>114</sup>El Parlamento Europeo (DC. A3.175/90 de 13 de septiembre de 1990) presenta el siguiente texto:

“Minusválidos.

Insiste en que se favorezca la movilidad de los minusválidos de tal modo que puedan desarrollar una vida activa y lo más independiente posible mediante la mejora de condiciones de desplazamiento existentes en los lugares de trabajo (rampas inclinadas, pasos especiales, etc.), en los transportes (vehículos equipados), en los accesos a edificios y servicios públicos (ventanillas a la altura adecuada), en las viviendas (instalaciones, asistencia a domicilio) o en todos los lugares de encuentro o de paso; los medios de comunicación deberán considerarse también como favorecedores de la movilidad. Además, deberán garantizarse a los minusválidos los ejercicios fisioterapéuticos de mantenimiento para que puedan conservar su movilidad; los instrumentos necesarios para ello se pondrán a disposición de los minusválidos de forma gratuita...

Considera que deben desarrollarse las formas de trabajo atípicas particularmente favorables a los minusválidos, como el trabajo a domicilio (ante pantalla, experiencia en teletrabajo), trabajo a distancia, trabajo a tiempo parcial con horarios flexibles; su protección social deberá ser la misma que para los demás trabajadores asalariados;

Solicita a la Comisión que presente de forma periódica un informe sobre la participación de los minusválidos en el mundo del trabajo, concretamente con datos precisos sobre la tasa de desempleo y los salarios...

Manifiesta su deseo de que se realice un mayor esfuerzo encaminado a fomentar la cooperación entre organizaciones de minusválidos a nivel comunitario; además, pide que las organizaciones de minusválidos sean consultadas y oídas sistemáticamente en todas las decisiones acerca de la situación de los minusválidos en las instituciones comunitarias...”

La Comisión (COM (91) 228 Final) propone a su vez adoptar las siguientes medidas:

- Conceder a todas las personas disminuidas o inválidas que residan, con arreglo a las disposiciones nacionales y comunitarias, en el territorio del Estado miembro, así como a las personas a su cargo, una cobertura social que les garantice unos ingresos mínimos y les asegure el acceso a la asistencia sanitaria.
- Favorecer la integración social de inválidos y disminuidos, así como favorecer en la medida de lo posible su inserción económica.
- Conceder a los trabajadores, independientemente de cual haya sido su estatuto, que se vean obligados a interrumpir o reducir su trabajo por invalidez, sin perjuicio de las disposiciones necesarias.

## **DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

1. *El término "personas con discapacidad" significa cualquier persona imposibilitada de asegurarse total o parcialmente por sí misma las necesidades de un individuo normal y/o una vida social, como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en su capacidad física o mental.*
2. *Las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos establecidos en esta declaración. Estos derechos deben ser dados a todas las personas con discapacidad sin ninguna excepción, sea cual fuere, y sin distinción o discriminación en base a raza, color, sexo, idioma, religión, política y otros motivos, origen social o nacional, situación económica, nacimiento o cualquier otra situación aplicada, ya sea a la persona discapacitada o a su familia.*
3. *Las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos inherentes al respeto por su dignidad humana. Los discapacitados, cualesquiera que sean su origen, naturaleza y seriedad de su impedimento e incapacidad, tienen los mismos derechos fundamentales como sus conciudadanos de su misma edad, lo cual implica primero y sobre todo, el derecho a una vida decente, tan normal y plena hasta donde sea posible.*
4. *Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos civiles y políticos que otros seres humanos; el artículo 7 de la Declaración de los Derechos de las Personas Retrasadas Mentales se aplica a cualquier posible limitación o supresión de esos derechos a personas mentalmente discapacitadas.*
5. *Las personas con discapacidad están sujetas a las medidas concebidas para permitirles llegar a ser tan suficientes como sea posible.*
6. *Las personas con discapacidad tienen derecho a tratamiento médico, psicológico y a ejercicios, incluyendo aparatos ortopédicos y prótesis, a rehabilitación médica y social, educación, educación vocacional, entrenamiento y rehabilitación, ayuda, conserjería, servicios de colocación y otros servicios, los cuales lo capacitarán para desarrollar el máximo su aptitud y destreza y apresurará el proceso de su integración o reintegración social.*
7. *Las personas con discapacidad tienen derecho al seguro social, económico y a un nivel decente de vida. Tienen derecho de acuerdo a su capacidad, a conseguir trabajo y retenerlo, a comprometerse en una ocupación útil, productiva y remunerativa, y a asociarse en gremios o sindicatos.*
8. *Las personas con discapacidad tienen derecho a que sus necesidades especiales sean tomadas en consideración a todos los niveles de planteamiento económico y social.*
9. *Las personas con discapacidad tienen el derecho a vivir con sus familiares o con sus padres adoptivos, a participar en todas las actividades sociales, creativas y de recreación. Ninguna persona discapacitada debe de estar sujeta, hasta donde su residencia lo*

*permita, a tratamiento diferencial del adquirido por su condición o por la mejoría que pueda derivar de eso. Si la permanencia de una persona incapacitada en un centro especializado es indispensable, el ambiente, las condiciones de vida existentes en ese lugar deben ser lo más parecidos posibles a las condiciones de vida de una persona de esa edad.*

10. *Las personas con discapacidad deben de estar protegidas de toda explotación, de todo trato y regulación discriminatorio, abusivo o de naturaleza degradante.*
11. *Las personas con discapacidad deben poder conseguir ayuda legal calificada cuando tal ayuda sea indispensable para la protección de su persona y de sus propiedades. Si se instruye un proceso judicial en su contra, el procedimiento debe tener en consideración la incapacidad física y mental de la persona.*
12. *Las organizaciones de personas con discapacidad deben ser consultadas sobre los asuntos relacionados con los derechos de las personas con discapacidad*
13. *Las personas con discapacidad, sus familiares y comunidades, deben recibir información completa, por todos los medios apropiados, de los derechos contenidos en esta Declaración.*

---

Compliaci3n Carlos Egea Garc3a Direcci3n de esta p3gina: <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/lex/derpcd.htm>

## II. LEGISLACI3N NACIONAL

### 1. Legislaci3n Civil.

**La Ley de reforma del C3digo Civil en materia de tutela de 24 de octubre de 1983** dio nueva redacci3n y sistem3tica a los T3tulos IX y X del Libro I del C3digo Civil (arts. 199-306 del C3digo Civil) <sup>115</sup>.

---

#### <sup>115</sup> BIBLIOGRAF3A

V. Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Tecnos, Madrid, 1986. coord.. AMOROS GUARDIOLA Y BERCOVITZ RODR3GUEZ-CANO, 871 p3gs.

BERCOVITZ RODR3GUEZ-CANO, R.: La marginaci3n de los locos y el Derecho, Madrid, 1976.;

“La incapacitaci3n de personas afectadas por enfermedades mentales cr3nicas de car3cter c3clico”, PJ, n3 3, sept. 1986, p3gs 107 y ss;

“La protecci3n jur3dica de la persona en relaci3n con el internamiento involuntario en centros sanitarios o instituciones por raz3n de salud”, ADC, 1984, p3gs. 953 y ss.

En la génesis de la reforma de la tutela por la citada ley de 1983, fue decisivo un estudio publicado en 1977 sobre la tutela de los subnormales (encomendada a la Fundación General Mediterránea en cooperación con el SEREM –Servicio de Rehabilitación y Recuperación de Minusválidos-) llevado a cabo por los profesores Díez-Picazo, Bercovitz, Rogel Vide, Cabanillas y Caffarena, cuyas conclusiones fueron publicadas en forma de Anteproyecto de ley <sup>116</sup>.

Como novedades esenciales, en líneas generales, introduce las siguientes:

- 1) Regula de forma más perfecta la incapacitación (Título IX artículos 199–214. Los artículos 202 a 214 del Código Civil han sido derogados por la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Vid. arts. 748 – 755 y 756 –763 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).
  
- 2) Transforma el modelo anterior de institución única (tutela), adoptando un sistema plural de instituciones tutelares o de guarda, que comprende junto a figuras permanentes de protección de menores e incapacitados como son la tutela y curatela, otras instituciones tuitivas de carácter excepcional marcadas bien por su provisionalidad (defensor judicial), bien por su naturaleza fáctica (guarda de hecho).

---

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: La incapacitación y figuras afines, Ed. Colex, Madrid, 1987.

GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M.: La protección del enfermo mental no incapacitado. Bosch, Barcelona, 1982.

LEÑA FERNÁNDEZ, R.: El notario y la protección del discapacitado. Consejo General del Notariado, 1997.

MARTÍN GRANIZO, M.: La incapacitación y figuras afines. Ed. Colex, 1987.

DE LA PRADA GUAITA, C.: Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial, Academia Sevillana del Notariado, T IX. Ed. De Derecho Reunidos, Madrid, 1996.

ROGEL VIDE: La tutela del deficiente mental, Madrid, 1975.

La guarda de hecho, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

<sup>116</sup> Las conclusiones del citado Anteproyecto inspiraron el Proyecto de Ley que el Gobierno sometió a las Cortes Generales el 8 de mayo de 1981. Disueltas las Cortes por las elecciones de octubre de 1982, el Gobierno remitió a las Cortes un nuevo Proyecto de Ley de 10 de enero de 1983 que difería poco del anterior. Finalmente, la Ley de Reforma de la Tutela fue promulgada el 24 de octubre de 1983.

- 3) Frente al sistema de tutela de familia, se implanta el sistema de tutela de autoridad, suprimiendo el protutor y el Consejo de Familia. En dicho sentido, se atribuye el control de la función tutelar a la autoridad judicial (Vid. artículo 216 del Código Civil).

**La reforma del Código Civil por Ley 11/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción**, aportó como principal innovación por lo que respecta a la institución tutelar, la figura de la tutela automática de menores en situación de desamparo, que corresponde por ministerio de la ley a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores (Vid. artículo 172 del Código Civil).

**La Ley Orgánica de 15 de enero de 1996**, de Protección Jurídica del menor reformó numerosos preceptos de la institución tutelar (artículos 211, 216, 234, 247, 248, 260, 271, 272, 273, 300 y 163 del Código civil) y otros artículos relacionados con la misma en materia de sucesiones (art. 753, 992, 996, 1.057, 1.060 del Código civil), capitulaciones matrimoniales (artículos 1.459 del Código civil), extinción de la sociedad y mandato (artículos 1.700.3º y 1732.3º del Código civil), capacidad contractual (artículo 1.263.2º del Código civil), así como otras modificaciones tendentes a depurar desajustes gramaticales y de contenido (artículos 185.2º, 108, 823, 980, 852, 855, 323, 324, 171, 234.1º, 1.291.1º, 1.393.1º y 1.338 del Código civil).

**Por último, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**, en su Disposición derogatoria única 2, 1º, ha derogado los artículos 202 a 215 del Libro I, Título IX del Código Civil "*De la incapacitación*"; y 294 a 296 y 298 del Libro I, Título X, Capítulo III, Sección 2ª del Código Civil "*De la curatela en casos de prodigalidad*".

La citada Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, regula en el Libro IV, Título I, los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Capítulo I

*"Disposiciones Generales"* (arts. 748 – 755) y Capítulo II *"De los procesos sobre la capacidad de las personas"* (arts. 756 –763).

En la actualidad, algunos autores <sup>117</sup> que han estudiado el tema de la discapacidad en sus distintos ámbitos (civil, laboral, fiscal), sugieren una serie de reformas, básicamente de orden civil, dirigidas a asegurar la protección jurídica de los discapacitados (estén o no judicialmente incapacitados).

Y así, se propone la revisión y flexibilización de algunos de los postulados de la Ley de 24 de octubre de 1983.

Entre dichas propuestas dirigidas a dotar de mayor flexibilidad a la tutela y asegurar la efectiva protección patrimonial de los discapacitados, pueden citarse las siguientes:

- La regulación de "la autotutela" y de los "apoderamientos preventivos"<sup>118</sup>, que permiten a personas actualmente capaces regular los futuros mecanismos de protección tutelar en el caso de una eventual incapacidad o discapacidad. (Por ej. Personas que padecen enfermedades como demencias seniles, Alzheimer, síndrome de inmunodeficiencia adquirida.... que en fases avanzadas disminuyan total o parcialmente el entendimiento).
- La restauración de la tutela familiar.

---

<sup>117</sup> Ver la obra colectiva. La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S. M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Director: Rafael Martínez Die, Ed. Cívitas, 2000. 398 págs.

<sup>118</sup> MARTINEZ GARCIA, M.A.: "Apoderamientos preventivos y autotutela", en la obra colectiva "La protección jurídica de discapacitados..", Cívitas, 2000, págs. 115 – 148.

ROMERO CANDAU, P.A.: Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad. Academia Sevillana del Notariado, T. VIII. Edersa, Madrid, 1995.

- Disposiciones de protección "mortis causa" del discapaz <sup>119</sup>.
- La regulación del llamado Contrato de Vitalicio.
- El desarrollo del régimen jurídico de la guarda de hecho <sup>120</sup>.

Sin duda, un hito en la materia ha sido la aprobación de la **Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad ( BOE núm 277, de 19 de noviembre).**

Según su Exposición de Motivos:

*"Esta Ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial.*

*Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos.*

*En gran parte, tales medios son proporcionados por los poderes públicos, sea directamente, a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente, a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas.*

---

<sup>119</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCIA, A.: "Disposiciones de protección "mortis causa" del discapaz", en la obra colectiva La protección jurídica de discapacitados...ob. cit., págs. 229 -252

<sup>120</sup> ROGEL VIDE, C.: La guarda de hecho, Tecnos, 1986, págs 155-159, propone un nuevo art. 304 del Código Civil del siguiente tenor: "Por guardador de hecho ha de entenderse quien, careciendo de potestad sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera, respecto de ellos, alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiere encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio o gestión de sus intereses".

*Sin embargo, otra parte importante de estos medios procede de la propia persona con discapacidad o de su familia, y es a esta parte a la que trata de atender esta Ley”.*

El análisis de la citada ley obliga a deslindar tres bloques de preceptos claramente diferenciados:

**CAPITULO I.** Patrimonio protegido de las personas con discapacidad (arts.1–8).

**CAPITULO II.** Modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (art.s 223, 234, 756.7º, 782, 821, 822, 831, 1732 y 1791 a 1797 del Código Civil y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

**CAPITULO III.** Modificación de la Normativa Tributaria que afecta a la Ley 40/1998, de 9 de diciembre del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas y otras Normas Tributarias (art. 15 apdo 4, 16, apdo 4, 46 apdo 1, 47 sexies, 86, apdo 5), Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (art. 36 quater) y Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 45. I B/ nº 20).

Amén de la citada Ley 41/2003, dirigida a mejorar el régimen de protección patrimonial de los discapacitados, resulta esencial en la materia, **la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad** ( BOE núm. 289, de 3 de diciembre).

Más recientemente, se ha aprobado el **Real Decreto 177/2004 d e 30 de enero**, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

## 2. Legislación Social.

- Ley de Integración Social de Minusválidos (LISMI) de 7 de abril de 1982, que regula distintas cuestiones que afectan a las personas minusválidas: Así, Integración educativa (arts. 23 a 31 LISMI); Integración laboral (arts. 37 a 48 LISMI), Servicios Sociales (arts. 49 a 53 LISMI).

Conforme al art. 1 LISMI:

*"Los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias".*

Conforme al art. 7 LISMI:

*"A los efectos de la presente ley, se tendrá por minusválido, toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social, se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales".*

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales. Art. 25 "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos".
- Real Decreto de 11 de mayo de 1983 regula el empleo selectivo y medidas de fomento de empleo, estableciendo subvenciones y ayudas para aquellas empresas que contraten a trabajadores minusválidos; Real Decreto de 4 de diciembre de 1985 (BOE núm. 294 de 9 de diciembre) regula los Centros Especiales de Empleo.

- Ley 15/1995, de 30 de mayo: "Límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad".
- Ley 8/1999, de 6 de abril, de modificación de la Ley de Propiedad Horizontal (art. 17,1ª pfo. 3).

### **3. Legislación autonómica.**

En el ámbito autonómico, entre las iniciativas en relación a las personas con discapacidad, pueden citarse: La Ley de 31 de marzo de 1999, sobre atención de Personas con discapacidad de Andalucía; la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, creada por la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de la Asamblea de Madrid; el Decreto 276/2000, de 28 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se crea el Consejo Asesor de Personas con discapacidades en la Comunidad de Madrid; la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia, del Parlamento de Cantabria.

## **CONCLUSIONES Y PROPUESTAS**

Desde hace varios años, el viaje intelectual que he realizado en torno al Derecho de la Persona y al Derecho de Familia ( sector del ordenamiento especialmente permeable al paso del tiempo), me ha llevado a formular diversas propuestas, dirigidas a reforzar la protección integral que demandan los integrantes del grupo familiar y conseguir la igualdad real de sus miembros.

En dicho sentido, procedo seguidamente a enumerar dichas aportaciones y propuestas, algunas de las cuales han sido finalmente acogidas por el legislador.

### **I. PROPUESTAS GENERALES**

#### **MEDIDAS DE PROTECCIÓN**

- Aumento de los gastos sociales destinados a la familia ( v gr. educación, transporte , sanidad).
- Potenciar a través de distintas fórmulas ( educación, medidas laborales, medios de comunicación.... ) el reconocimiento del valor del trabajo en el hogar de ambos cónyuges.
- Atender a la existencia de nuevos tipos de familia, en especial, la llamada " familia monoparental".
- Creación de un Fondo de garantía de pensiones.

- Incremento de asignaciones especiales a la familia por el cuidado de hijos discapacitados.
- Medidas dirigidas a la protección de la integridad física y psíquica del niño.
- Fomento de la adopción internacional y, en general, de la solidaridad internacional en temas que afectan a la infancia.

## **II. PROPUESTAS LEGISLATIVAS**

### **1. PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PROPUESTA DE UNA LEY DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

En los últimos años, y desde distintos ámbitos, se demandan reformas de orden esencialmente patrimonial, dirigidas a mejorar y estructurar adecuadamente el régimen jurídico de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Con el referido propósito, y dando cumplimiento a los artículos 9.2 y 49 de la Constitución, se ha aprobado la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria.

En relación al "Patrimonio protegido de las personas con discapacidad" (arts. 1-8 de la citada Ley 41/2003), habida cuenta de la regulación insuficiente de algunas cuestiones, se formulan las propuestas siguientes:

- a) Puesto que la ratio de la Ley 41/2003, es la protección patrimonial de los discapacitados (estén o no incapacitados), debería hacerse extensiva a los tutores o

guardadores de hecho, tanto la legitimación para constituir el patrimonio protegido como la prestación de consentimiento a las aportaciones.

b) La obligatoriedad de autorización judicial en relación con el patrimonio del discapacitado debería exigirse en aquellos actos o negocios que impliquen riesgos para el patrimonio de aquél, ya sea por la índole del acto, por el valor de los bienes, o por ambos criterios (v.gr. prestación de avales o fianzas, enajenaciones de bienes muebles de elevado valor, depósitos bancarios a largo término, inversiones de capital...).

En dicho sentido, las fórmulas de los artículos 166 CC (en sede de patria potestad) y 271-272 CC (en sede de tutela), a las que se remite el legislador al regular el patrimonio de personas con discapacidad, son particularmente escuetas e insuficientes. Por ello, propugno una redacción más elaborada y rigurosa en la línea de otros ordenamientos europeos y nacionales (V.gr. arts. 374 y 377 del Código Civil italiano, 465-468 del Código Civil francés, 1938 del Código Civil portugués, parágrafos 1819-1825 BGB y art. 212 del Código de familia de Cataluña).

Desde otro punto de vista, y si bien es cierto que las reformas introducidas en el Código Civil (Capítulo II Ley 41/2003), mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, desde una perspectiva general, la legislación protectora de las personas con discapacidad, debería extender su ámbito de aplicación a la protección de los aspectos personales relativos a dichas personas (v. gr. educación, convivencia, recuperación de la capacidad, bienestar moral...), aprobándose una **Ley de protección jurídica de las personas con discapacidad.**

Por último, y en punto al internamiento previsto en el artículo 763 LEC, sería aconsejable resolver o mitigar las lagunas y problemas de interpretación que suscita su régimen jurídico ( v. gr. quienes pueden ser internados, causas, lugar y duración del internamiento, algunas cuestiones relativas al procedimiento, revisión periódica de la medida, tratamientos médicos de la persona internada...).

### **3. PERSONAS MAYORES.**

En España, el fenómeno de la "regresión demográfica" puede calificarse incluso de alarmante ya que nuestro país mantiene uno de los ritmos más altos de envejecimiento de la Unión Europea, y uno de los índices más bajos de la tasa de natalidad.

En este contexto el colectivo de las "Personas Mayores" se presenta como un grupo digno de especial tutela jurídica.

En efecto, es necesario adoptar medidas legislativas (civiles, fiscales, penales, asistenciales, educativas, laborales...) que fortalezcan los instrumentos de protección de nuestros mayores, dignificando su "status" y evitando su exclusión social, familiar y económica.

La mayor longevidad de nuestra sociedad demanda un marco jurídico que contribuya a mejorar el bienestar y calidad de vida de las personas mayores.

En el ámbito nacional, con carácter general, sería conveniente la aprobación de una "Ley de protección jurídica de las Personas Mayores" que vincule a los poderes públicos dando cumplimiento al art. 50 de la Constitución

Asimismo, sería deseable la previsión de mecanismos legales e instituciones de protección, dirigidos a conseguir un mayor grado de bienestar de las personas mayores.

En dicha línea, pueden citarse: el acogimiento familiar de Personas Mayores que a diferencia del acogimiento de menores (arts. 173 y 173 bis del Código Civil), apenas está desarrollado en nuestro país (Vid. Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores del Parlamento de Cataluña y Ley 34/2002 de 10 de diciembre, de Acogida familiar de personas Mayores de Navarra); la regulación de una tutela o guarda automática de Personas Mayores en situación de riesgo o desamparo (por malos tratos, abandono, deterioro físico o psíquico...) de modo similar a las instituciones de protección del menor (arts. 172 del Código Civil); la creación de instituciones o figuras de protección del anciano; la mayor intervención del Ministerio Fiscal en las cuestiones que afecten a las Personas Mayores, y la regulación de acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 de la Constitución.

### **3. MENORES.**

#### **3.1 Propuesta de *lege ferenda*. Derechos y deberes del niño y adolescente.**

De *lege ferenda* sería deseable la construcción de un marco jurídico de protección del menor a través de una ley de atención a la infancia y adolescencia, completa y rigurosa, cuya técnica jurídica excedería del ámbito del Derecho privado.

De lo contrario, el capítulo relativo a los derechos del menor en la Ley Orgánica 1/1996, no dejará de ser un "parche" añadido por el legislador a las modificaciones puntuales del Código civil, como acredita la génesis parlamentaria de la Ley Orgánica del menor.

## **Propuesta de *lege ferenda*. Derechos y deberes del niño y adolescente.**

Como ha quedado expuesto en el presente estudio, los derechos del menor se regulan en la Ley Orgánica 1/1996 de forma parcial, reiterativa y defectuosa.

Con el propósito de una cierta exhaustividad en la enumeración de los derechos del niño y adolescente, propongo de *lege ferenda* el siguiente texto legal:

### **Derechos del niño y adolescente.**

1. Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del niño.
2. Derecho a la integridad física, psíquica y moral.
3. Derecho a la identidad. Derecho a un nombre y una nacionalidad.
4. Derecho a la igualdad ante la Ley. Los niños y adolescentes no pueden ser objeto de discriminación por razón de raza, sexo, religión, opinión, condiciones físicas, psíquicas o sensoriales, nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
5. Derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria.
6. Derecho a la educación y a recibir una formación integral.
7. Derecho a la protección del honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
8. Derecho a la libertad de ideología, convivencia y religión.
9. Derecho de participación, asociación y reunión.
10. Derecho a la libertad de expresión.
11. Derecho a la producción y creación artística, literaria, científica y técnica.

12. Derecho a la información y a la protección contra toda programación y publicidad que pueda perjudicar su desarrollo y bienestar físico, psíquico y moral.
13. Derecho a la protección de los niños y adolescentes como consumidores dignos de tutela específica, limitándose o prohibiéndose el acceso de determinados productos o servicios (vgr. alcohol, tabaco).
14. Derecho contra la explotación económica incluida la práctica de la mendicidad, y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación y desarrollo integral.
15. Derecho a la asistencia pública en casos de abandono, malos tratos o explotación, negligencia, manipulación o en general de desamparo material y/o moral.
16. Derecho a un sistema de justicia de menores que respete sus derechos y fomente su bienestar físico y moral.
17. Derecho al descanso, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad.
18. Derecho a conocer y disfrutar de un medio ambiente adecuado y a ser informado para realizar un uso positivo del mismo.
19. Derecho a ser oído en cualquier ámbito y procedimiento que le afecte en su esfera personal, familiar, social o patrimonial, cuidando especialmente de preservar su intimidad.

No quiero concluir sin destacar la ausencia en la Ley 1/1996 de cualquier referencia a los posibles deberes del niño y adolescente.

Al respecto, entiendo que la aprobación de leyes de atención a la infancia no resulta incompatible con la inclusión de un capítulo dedicado a los deberes de los menores o de los hijos "in potestate", siguiendo la tradición de nuestro Derecho histórico "*Los fijos tenudos son generalmente de amar e temer a sus padres e de fazerles honra e servicio, e ayuda, en todas aquellas maneras que lo pudiesen fazer*" (Partida 4, 19 poemio).

### 3.2 Interés del menor.

La legislación de menores consagra como directriz básica en el ámbito de la infancia, "el principio del interés superior del niño".

A mi juicio, el citado principio puede definirse del siguiente modo:

1º. La noción del interés del menor –partiendo de su carácter abstracto y genérico– debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989 (derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; derecho a no ser separado de sus padres, salvo que sea necesario al interés del menor; derecho del niño impedido física o mentalmente a recibir cuidados especiales...).

Se trata de que *le notion magique* (CARBONNIER) del "interés del menor" ("*tout pour l'enfant*", "*child's best interest*", "*interesse del minore*") se materialice tomando como guía el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce al niño el Derecho Internacional.

2º. En todo caso, aunque la valoración judicial del "interés del menor" sea discrecional ello no justifica resoluciones arbitrarias.

La discrecionalidad del juzgador debe tener como límite a) la racionalidad en la apreciación de los hechos, b) evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual (*son besoin de paix de tranquillité c'est son equilibre psiquique qu'il faut mettre au premier rang...*) y material del menor; y c) la protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional.

### 3.3 Menores desamparados.

En punto a los Menores desamparados formulo las siguientes propuestas:

a) La definición de "las situaciones de desamparo de un menor" (art.172,1 Código Civil) es excesivamente genérica y de contornos imprecisos.

A mi juicio, hubiera sido preferible en el nuevo art. 172,1 del CC, una enumeración amplia y detallada de supuestos concretos de desamparo, recogiendo finalmente una fórmula genérica que permitiera la inclusión de posibles casos de desamparo no previstos expresamente.

La fórmula del citado precepto podría ser la siguiente:

*"Se considerará que un menor se encuentra en situación de desamparo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1. Malos tratos físicos o psíquicos.*
- 2. Abusos sexuales por parte de familiares o de terceros con consentimiento de aquellos.*

*Abandono voluntario del menor.*

*Consumo de alcohol o sustancias tóxicas o psicotrópicas por los padres, tutores o guardadores, o en general, por personas que convivan con el menor.*

*Inducción al menor a la mendicidad, la delincuencia, la prostitución o situaciones de explotación.*

*Ausencia de escolarización habitual del menor.*

*Trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores que imposibiliten el ejercicio de la patria potestad o la guarda o lo ejerzan con grave peligro para el menor.*

*Cualesquiera otras situaciones en las que quede privado el menor de la necesaria asistencia moral o material a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores".*

b) El tratamiento de la tutela automática en el Código Civil es fragmentario e incompleto. Y así, si la Administración asume la tutela de un niño víctima de malos tratos, abandono, mendicidad... ¿cómo funcionaría el régimen de visitas? ¿quién asumiría la decisión de una operación quirúrgica arriesgada para el niño? ¿quién decidirá la dirección educativa del menor?.

Lo anterior podría solucionarse disponiendo un documento de formalización de la tutela *ex lege* con un contenido similar al propuesto para el acogimiento de menores.

c) El incumplimiento del deber de colaboración y auxilio inmediato (de familiares, vecinos, y en general, personas u organismos que deban tener conocimiento de la situación) que detecten una situación de riesgo o desamparo de un menor (p. ej. malos tratos) debería ser expresamente sancionado, siguiendo el modelo de algunas legislaciones autonómicas. La breve historia de niños de pocos años que han fallecido víctimas de malos tratos, podría paliarse si funcionaran correctamente los mecanismos de atención inmediata de los servicios públicos y el deber de colaboración de autoridades y ciudadanos.

d) Enlazando con lo anterior, en los casos de peligro para la vida o integridad del niño la intervención extraordinaria de la Administración (o, en su caso, de la autoridad judicial al amparo del art. 158 CC) debería concretarse en un plazo máximo (por ej. de 24 a 48 horas) que evitaría que un retraso en la intervención pudiera ser falta para la vida o la integración del menor.

### **3.4 Menores en situación de riesgo.**

a) Aunque el Código Civil no regula expresamente las situaciones de riesgo, cabría admitir al amparo de lo previsto en art. 172.2 del Código Civil, una modalidad de guarda administrativa (voluntaria o judicial) que permitiera mantener al menor en su familia de origen (art. 11 b/ Ley Orgánica 1/1996).

En efecto se trataría de una guarda asistencial atípica en situaciones de riesgo (art. 172.2 del Código Civil), que se realizaría mediante la prestación a los padres, tutores o guardadores del menor, de las ayudas adecuadas (prestaciones económicas, asistencia sanitaria, programas formativos, medidas educativas...), cuando aquellos "por circunstancias graves" (imputables a los padres, tutores o guardadores o a los propios hijos) no puedan cuidar al menor.

Las medidas que deben adoptarse en situación de riesgo de un menor, deben tener un carácter preventivo y rehabilitador con el fin de conciliar "el interés superior del niño" con "el interés general de la familia".

### **3.5 Menores inmigrantes.**

a) Con independencia de la aplicación de la legislación específica de extranjería, la Ley Orgánica de protección jurídica del menor de ámbito nacional, debería disponer un apartado relativo a los menores extranjeros, velando especialmente por la situación de los menores cuyos padres residen en otros Estados, menores refugiados y menores pertenecientes a minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o de origen indígena.

En la misma línea, las Administraciones Públicas deben fomentar la integración efectiva en la sociedad de los niños y adolescentes hijos de inmigrantes, favoreciendo su acceso a todas las instituciones y recursos sociales, para asegurar la igualdad de oportunidades con los demás niños y adolescentes.

b) De "*lege ferenda*" podría estudiarse la extensión del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria a los extranjeros sin distinción entre residentes y no residentes, así como la previsión expresa de los derechos de los extranjeros en relación con la enseñanza universitaria.

### **3.6 Menores discapacitados.**

a) La ley de protección del menor de ámbito nacional, debería contemplar como grupos dignos de especial tutela a los menores discapacitados o incapacitados mayores de edad sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

b) En relación con los menores discapacitados, la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, posibilitará la tutela futura del patrimonio del discapacitado en virtud de medidas como: la constitución de un patrimonio protegido, las modificaciones propuestas en el Código Civil en materia de sucesiones (v. gr. permitiendo al testador gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta cuando ello beneficie a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, trato favorable de las donaciones o legados de un derecho de habitación a favor de los discapacitados legitimarios, amplias facultades del cónyuge o conveniente en materia de mejorar...) o la previsión de un contrato de alimentos.

En todo caso, debería promoverse la extensión del ámbito de aplicación de la legislación protectora del discapacitado a los aspectos personales (v. gr. educación, convivencia, integridad física y psíquica..).

### **3.7 Tutela de los hijos en situación de crisis matrimonial o de pareja.**

#### **A) Guarda y custodia de los hijos.**

Transcurridos más de 20 años desde las trascendentales reformas del Derecho de familia de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, resulta preciso considerar nuevos aspectos y revisar algunas cuestiones.

En dicho sentido, se formulan propuestas como las siguientes:

a) Los informes de especialistas en los pleitos que afectan a la custodia de menores, deberían ser obligatorios, velando, especialmente, por su imparcialidad.

b) Resulta necesario perfilar, con la mayor concreción posible, la distribución de funciones inherentes a la patria potestad entre el titular de la guarda y el progenitor no guardador (educación, prácticas religiosas, salud, actividades extraescolares, administración y disposiciones de bienes del menor...).

c) De "*lege ferenda*" se propone el reconocimiento legal de un nuevo derecho-deber del progenitor no guardador, de información y control, similar al previsto en los Códigos civiles francés (Art. 288 del Code) italiano (art. 113 Codice) y alemán (parágrafo 1643 del BGB).

La formulación de la función de información y control sería la siguiente:

*"El progenitor al que no se ha confiado la guarda de los hijos, tendrá el derecho y deber de información y control de las actividades del menor, debiendo adoptarse por ambos progenitores las decisiones de mayor trascendencia para la vida y formación de aquél. En caso de incumplimiento reiterado el progenitor excluido de la guarda podrá recurrir al juez que adoptará las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la citada función"*

d) Especial relevancia de la voluntad del menor, en los procesos matrimoniales o de pareja relativos a su custodia, de acuerdo con la moderna legislación de menores ( arts. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y 12 de la Convención de los derechos del niño).

e) Ensayar como fórmula alternativa a la guarda atribuida a uno de los padres, y siempre que no resulte contrario al interés del menor, la custodia compartida entre ambos progenitores que permitirá al menor disfrutar del cuidado de ambos padres sin sentirse dramáticamente apartado de uno ellos.

f) Revisión de las figuras jurídicas relativas a la guarda de menores que resuelva las lagunas legales y la ausencia de sistemática en la materia.

## **B) Derecho de visita y comunicación.**

Mis propuestas al respecto pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Atender al deseo del progenitor visitante de mantener en lo posible y siempre en beneficio de los hijos, una relación más estrecha con éstos, no limitada al fines de semana alternos.

b) Valorar la negativa de los hijos al derecho de visita, especialmente, cuando tienen suficiente edad y discernimiento.

c) Agilizar la suspensión o supresión del derecho de visita en caso de malos tratos, embriaguez, ejemplos corruptores, descuido o trato negligente y en general, otras conductas perjudiciales para el desarrollo físico o moral del menor.

d) Atender la demandas de visitas de abuelos y parientes y, en general, personas allegadas al entorno del niño.

e) Disponer, como regla general, la suspensión de las visitas en los acogimientos preadoptivos, salvo que ello sea contrario al interés del menor.

f) La previsión de diferentes medidas, incluida la expresa tipificación penal, frente a la conducta del progenitor que obstaculice reiteradamente el derecho de visita o comunicación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALBALADEJO GARCÍA M :Derecho Civil I, Vol. 1º, Barcelona, Bosch, 2002. Derecho Civil IV, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 2002.
- Comentarios a las reformas del Código Civil y Compilaciones forales, Ed. RDP, Tomos III, vol. 1º, 2ª ed., 2000; Tomo III, vol. 2º, 1982; Tomo IV, 2ª ed., 1985; Tomo XIV, vol. 1º, 1989; Tomo XVII, vol. 1º, B, 1993, Tomo XVIII, vol. 1º, 1982; Tomo XXI, vol 1º, 1986.
- ALONSO PÉREZ, M.: "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras", Actualidad Civil, nº 2, 6 de enero de 1997, págs. 17 y ss.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: "Comentario a los arts. 271, 271.2, 271,4º, 272,4º y 272,6º CC" en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Tecnos, 1986, págs. 537-548, 550-565, 575-579 y 583-585.
- ARENAS GARCÍA,R: " Dimensión internacional de la tutela por ministerio de ley", en " Revista jurídica de Cataluña", núm. 3,1998.
- AULETTA, T.: Il diritto di famiglia, III ed. Torino, 1995.
- AUTORINO STANZIONE, G.: Diritto di familia. G. Giappichelli. Editore Torino 1997
- AVELLÓ FUERTES, J.M.: "Procedimientos de incapacidad introducidos por la reforma del CC en materia de tutela", Poder Judicial, Marzo 1984.
- BELLUSCIO, A.C. (1993): Manual de Derecho de Familia, 5ª edición actualizada, 4ª reimpresión, tomo II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 440 páginas.
- BENABENT, A. (1998). Droit Civil. La famille (novena edición), Paris, Litec Library de la Cour de cassation, 590 páginas.
- BERCOTIVZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: La marginación de los locos y el Derecho", Madrid, 1976.

- "Comentario a los arts. 211 y 271,1º CC" en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Tecnos, 1986, págs. 196-210 y 548-550.
- "Comentario al art. 166 Código Civil" en Comentarios a las reformas del Derecho de familia, T. II, Tecnos, 1984.
- "La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico", PJ, nº 3, sept., 1986, págs. 107 y ss.
- "Comentario a los arts. 172 a 180 del Código Civil", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, t. III, vol. 2º, 1982, págs. 260 y ss.
- "El examen por el juez del presunto incapaz en el procedimiento de incapacitación. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero y 12 de junio de 1988", Poder Judicial, 1989, T. II, nº 15, págs. 141 y ss.
- "La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razón de salud", ADC, 1984, págs 953 y ss.
- BIANCA, C.M: La nuova Legge sull'adozione, Legge 4 maggio 1983, n. 184, comentario a cura di Cesare Massimo Bianca, Francesco Donato Busnelli, Giuseppe Franchi, Sandro Schipani, Padova, Cedam, 1985.
- BLANCO CARRASCO, M: "Normativa específica aplicable al menor" en Los menores en protección, Grupo Difusión, 2007, págs.97-168.
- Mediación y Sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica, Reus, 2009, Madrid.
- BLANCO PÉREZ, LR: Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho, RDP, marzo-abril, 2006, págs 3 a 32.
- BOCCACCIO, S.: *La potestà dei genitori*, in Nuova giur., Civ.comm. 1988, II.
- BONE PINA, J.F.: La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña, Actualidad Civil, nº 3, 17 al 23 enero 2000.
- BUSNELLI, F.D., GIARDINA, F.: La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano, Giur it., 1980, I, 4.,
- CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.: "La tutela de los menores en situación de desamparo", La Ley, 1988-2, págs. 1055 y ss.

- CABALLERO SANCHEZ-IZQUIERDO, J.M. "Instituciones para la protección de menores", Actualidad y Derecho, núm. 16, 1995.
- CABRERA MERCADO, R.: El proceso de incapacitación, Ed. Mac Graw-Hill, Madrid, 1998.
- CAMACHO VARGAS, E.: El derecho a la no violencia, 1ª ed., San José, Costa Rica, Poder Judicial, Escuela Judicial, 1999, 288 páginas.
- CANO TELLO, C.A.: La nueva regulación de la tutela e instituciones afines, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1984, 175 págs
- CARRANCHO HERRERO, M.T. (coordinadora), DE ROMAN PEREZ, VATIER LAGARRIGUE y PEREZ OREITO: Instituciones protectoras del menor, Burgos, 1999, 262 págs.
- CASTÁN VÁZQUEZ: La patria potestad, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1960, 403 págs.
- "La patria potestad como función en el nuevo Derecho de familia", DJ, nº 33 a 36, vol. I, ene-dic., 1982, págs. 177 y ss.
- "Comentario a los arts. 154-171", en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, T.III, Vol. 2º, Ed. RDP, 1982, págs. 55-259.
- "Comentario a los arts. 154-171 CC" en Comentarios del Código Civil, Tomo I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 544-577.
- CATTANEO, G: "Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", Quadrimestre, núm. 1, 1984.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G: ¿ Es constitucional, hoy, el matrimonio homosexual ( entre personas de idéntico sexo)?, RDP, marzo-abril, 2005.
- CERES MONTES, J.F.: La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal, Madrid, 1996.
- CORRAL GARCÍA ,E: " El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos", R.G.D., julio-agosto, 2001 ,págs. 6709 y ss.
- CORRAL GIJÓN, María del Carmen: "Nuevas tendencias de la protección del menor", Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 655/1999 (nov.-dic. 1999) 2255-2302.

- "Transexualidad y tutela (Comentario al AAP Sevilla de 14 junio 1999", AC, Pamplona, Vol. II, Tribuna (1999), 1751.
- COSTANZA, M.: La nuova legge sull'adozione e l'affido: brevi riflessioni, Dir giur., 1984, 1.
- CUTILLAS TORNS, J.M.: "Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces", La Ley, 1988-1, págs. 875 y ss.
- CHIMENO CANO, M : Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental, Pamplona, 2003, 273 págs.
- D'AMICO D'ASCOLE y otros: Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia. Dott, A. Guiffré, ed. Milano, 1980.
- DE LA HAZA DÍAZ: "Notas sobre el 'affidamento' familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil español", RGLJ, dic. 1987, págs. 959 y ss.
- DE LOS MOZOS: "Revisión de la adopción y protección asistencial al menor" en Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero, Madrid, 1985, págs. 125 a 153.
- DE PRADA GONZALEZ, J.M.: "Notas sobre la patria potestad en la reforma del Código Civil", RDN, núm. CXII, abril-junio 1981, págs. 337 a 370.
- "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", AAMN, tomo XXV, 1982, págs. 354 a 420 y RDN, núm. CXV, enero-marzo 1982, págs. 235 a 253.
- "La patria potestad conjunta en la Ley de 13 de mayo de 1981", RDN, núm. CXVII-CXVIII, julio-diciembre 1982, págs. 261 a 290.
- DE LA PRADA GUAITA, C: Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial. Academia Sevillana del Notariado, t.IX, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid ,1996.
- DÍAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", ADC, T. XL, Fasc. III, julio-septiembre 1987.
- DÍAZ BARCO, F.: "El internamiento de los presuntos incapaces", Otrosí del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Abril 1997,
- DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M.D. y HERNÁNDEZ GIL, F.: Lecciones de Derecho de Familia, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, 498 págs.

- DIEZ GARCIA, Helena: "Desamparo de menores y acogimiento", AC, Pamplona, Vol. III, Estudio (1999), 2239-2270.
- ¿ El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?, R.D.P. marzo-abril, 2003, págs 166-208.
- DIEZ-PICAZO, L.: "El principio de protección integral de los hijos" (*Tout pour l'enfant*) en la obra colectiva La tutela de los derechos del menor, Córdoba, 1984, págs. 127 - 131.
- DIEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS:
- Sistema de Derecho Civil IV, 8ª ed., 2001.
- DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS Y CAFFARENA:"Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela", por encargo de la Fundación General Mediterránea y del SEREM, Madrid, 1977.
- DOGLIOTTI, M./ANSALDO, A.: L'affidamento e l'adozione dei minori, Nuovo giur.civ.comm., parte seconda, 1988.
- FABRÉGA RUIZ, C: Protección Jurídica de la Tercera Edad, Colex, 2000, 140 págs.
- Protección Jurídica del menor inmigrante, Colex, 2001, 176 págs.
- FERNÁNDEZ MASSIA, E.: "Las entidades públicas y la protección de menores extranjeros en España", Actualidad Civil, 1998, págs. 427 y ss.
- FERNÁNDEZ SOLA: Protección internacional de los derechos del niño, Zaragoza, 1994.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A: " Disposiciones mortis causa del discapaz" en la obra colectiva La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Civitas, Madrid, 2000, págs 218-252
- FILIPPIS, Bruno de: Trattato breve di Diritto di Famiglia, Padova,2002, 1408 págs. Enc.
- FINOCCHIARO, A., FINOCCHIARO, M: Disciplina dell'adozione e dell'afidamento dei minori, Milano, Giuffré, 1983, 668 págs.
- GALLEGO DOMINGUEZ. Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales, Madrid, 1995.

- GARCIA CANTERO, G.: "Notas sobre la curatela", RDP, 1984, págs. 787 a 802
- "El nuevo régimen jurídico de la tutela", RGLJ, 1984, págs. 465 y ss
- "Los principios de la nueva normativa de la tutela", RGLJ, 1985, págs. 85 y ss.
- "Causas extintivas de la tutela", AC, 1985, págs. 169 y ss., y 225 y ss.
- "Notas sobre el acogimiento familiar", AC, 1992-2., págs. 305 a 318.
- GARCÍA-LUBEN BARTHE, P.: El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas. Análisis del procedimiento actual y del previsto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. Colex, 1999, 257 págs.
- GARCÍA GARCÍA, I.: "Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el derecho español", La Ley, 1988-4, págs. 988-1005.
- GARCÍA LLORENTE Y ROIG BUSTOS: "Actuación jurídico-social con menores desprotegidos en la Comunidad de Madrid", en el Derecho y los Servicios Sociales, Ed. Comares, 1997.
- GARCÍA MAS, F.J.: "El menor ante el Derecho comunitario", Actualidad Civil, 98-4. XXXVIII.
- GARCÍA PASTOR, M.: La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven, Madrid, 1997.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: La protección civil del enfermo mental no incapacitado, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1992,
- GARCÍA VILLALUENGA (coordinador): El derecho y los servicios sociales, Ed. Comares, 1997, 501 págs.
- La Mediación en conflictos familiares, Reus, Madrid, 2006.
- GARRIDO MELERO, M.: Derecho de familia, Madrid, 1999, 778 págs.
- GARRIGA GORINA, M.: "¿Protección de menores "versus" protección de progenitores? (Comentario al AAP Sevilla, de 3 febrero 2000 (AC 2000, 56))", AC, Pamplona, Vol. III, Tribuna (1999), 2193-2194.
- GAVIDIA SÁNCHEZ: La unión libre. Valencia .1995.
- GETE-ALONSO, M.C.: La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de las personas, Civitas, Madrid, 1985, 2ª ed., 1992, 341 págs.

- GIORGIANNI, M.: In tema di capacità del minore di età", in *Rass dir civ*, 1987, págs. 103 y ss.
- GÓMEZ LAPLAZA, C.: " Transexualidad", *Aranzadi Civil*, nº 1, abril, 2004.
- GONZÁLEZ BEILFUSS. Parejas de hecho y matrimonio del mismo sexo en la Unión Europea. Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLEZ LEON: El abandono de menores en el Código Civil, ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- GONZALEZ PORRAS Y OTROS: La tutela de los derechos del menor, Córdoba, 1984.
- GORDILLO CAÑAS, A.: Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos, Madrid, 1986
- GUILARTE MARTÍN-CALERO: La curatela en los nuevos sistemas de capacidad graduable, Ed. Mc Graw-Hill, 1997.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor", *La Ley*, Año XVII, núm. 3970, febrero 1996.
- HENRI DE PAGE: *Traite elementaire de Droit civil belge*, Tomo II, vol. II, 4ª ed., Bruylant, Buxelles, 1990.
- HERAS HERNANDEZ, M.M. El acogimiento convencional de menores. Montecorvo, Madrid, 2002.
- HERNÁNDEZ GIL, F.: "Sobre la figura del defensor de menores", *RDP*, 1961, págs. 61 y ss.
- HIJAS FERNÁNDEZ "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (aspectos sustantivos y procesales)", *AC* nº 2, 1993.
- "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987: aspectos sustantivos y procesales", *AC*, núm. 2, 1995, págs. 43-53
- HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: "Comentario a los arts. 243-251/1 CC" en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, págs. 366-411.
- IGLESIAS REDONDO, J.I. (1997): "Notas urgentes sobre la nueva ley gallega de la familia, la infancia y la adolescencia: luces y sombras", *Dereito, Revista Xuridica da Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 6, nº 1, Santiago de Compostela, Folio 239 y ss.

- Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores, Cedecs Editorial, S.L., Barcelona 1996, 433 págs.
- JORDANO FRAGA: "La capacidad general del menor", RDP, octubre 1984, págs. 833 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil IV, Bosch, Barcelona, 4ª ed., 1997.
- LACABA SÁNCHEZ, F.: "Internamiento de incapaces: problemática del artículo 211 del Código Civil", La Ley, 1993, vol. 4, págs. 1012 y ss.
- LASARTE ÁLVAREZ: Principios de Derecho Civil, IV, Pons, 2002.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I: Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado, Tecnos, 1999.
- Los menores en el Derechos Español, Tecnos, 2002. I. Lázaro González y S. Adroher Biosca, varios autores.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R : El notario y la protección del discapacitado, Consejo General del Notariado, 1997
- " El tráfico jurídico negocial y el discapacitado" en la obra colectiva La protección jurídica de los discapacitados, Incapaces y personas en situaciones especiales, Civitas, 2000, págs149-217.
- LETE DEL RIO, J.M.: Derecho de la persona, Ed. Tecnos, 3ª edic., Madrid, 1996.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: Régimen patrimonial de la patria potestad, Ed. Montecorvo, 1990.
- "Acerca de la posible inconstitucionalidad del art. 159 del Código Civil", Revista de Derecho Privado, julio-agosto, 1990, págs. 561-582.
- "Custodia de menores. Conflicto entre el padre y los abuelos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 febrero 1992", Poder Judicial, núm. 30, junio 1993, págs. 145-158.
- "Registro Civil y Familia", El derecho y los servicios sociales. Ed. Comares, 1997, págs. 144-183.
- "Notas sobre el Registro Civil",. RDP, febrero 1998, págs. 84-141.
- Protección jurídica del menor , Montecorvo, Madrid, 2001.

- LLEBARIA SAMPER, S.: Tutela automática, guarda y acogimiento de menores, Barcelona, Bosch, 1990, 317 págs.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "El internamiento de los enajenados", Poder Judicial, 1986, Tomo 2, nº 4
- LÓPEZ RAMON, F.: "Límites constitucionales de la autotutela administrativa", RAP, núm. 115, enero-abril, 1988, págs. 57 a 97.
- LORCA MARTÍNEZ, J.: "La tutela ex lege o tutela de los menores en situación de desamparo", AC, 1989-2, págs. 1817 a 1823.
- LUIGI FERRI: Commentario del Codice civile Scialoja-Branca a Cura di Francesco Galgano. Libro Primo. Della potestà dei genitori. Arts. 315-342 1988
- MAJADA, A.: La incapacitación, la tutela y sus formularios, Barcelona, 1985,
- MANERA, G.: L'adozione e l'affidamento familiare, Commento alla L 4 maggio 1983 nº 184, Napoli, Jovene, 1983,
- I provvedimento di affidamento familiare e di affidamento preadottivo. Presupposti e competenze, Temi Romana, Parte 7, 1986.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: " Ambito de protección de los menores inmigrantes. La ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España". A.C., NÚM. 35, Septiembre, 2001, págs. 1239-1260.
- MARÍN LOPEZ: "La inscripción en el Registro civil de la tutela ex lege y de la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Comentario a la RDGRN de 22 de julio de 1996", RDP, jul-ago, 1997, págs. 572 y ss.
- MARTÍN GRANIZO, M.: La incapacitación y figuras afines, Ed. Colex, 1987.
- MARTINEZ GARCÍA, M.A.: "Apoderamientos preventivos y Autotutela" en la obra colectiva La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Civitas, Madrid, 2000, págs 115-148.
- MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMES, E.: "Representación paterna y oposición de intereses", RDN, abril-junio, 1984
- "Protección jurídica del menor", Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, Mayo 1996.

- MENA ALVÁREZ, J.M.: "Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico", Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria, I, Bosch, 1983
- MORENO MARTÍNEZ, J.A.: El defensor judicial, Montecorvo, Madrid, 1989
- MORENO QUESADA: "El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho", RDP, 1985, págs. 307 a 330.
- NAVARRO COSTA, R.: "*El menor ante el derecho*" en Los menores en protección, grupo difusión 2007, págs 17-96.
- NAVARRO VALLS, R.: Matrimonio y Derecho. Tecnos, 1994. 133 páginas.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: Compendio de Derecho Civil: Derecho de familia, 4ª edición, Ed. RDP, tomo IV, Madrid, 1996, 368 págs.
- "El acogimiento y la adopción en Cataluña", AyD, nº 6, 1993, págs. 1 y ss.
- "La incapacitación", AC, 1986-1 págs. 1 y ss.
- " La declaración de incapacidad" en la obra colectiva La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Civitas, 2000, págs. 45-58.
- PANTOJA GARCÍA, F.: "Unas notas a las instituciones de protección de menores modificadas por la Ley Orgánica 1/1996", en El menor en la legislación actual, Universidad Antonio de Nebrija, 1998
- PAOLO CENDON: I bambini e i loro diritti, Bologna, 1991, e I bambini e le cose, Bologna, 1992.
- PAU PEDRÓN, A.: "Comentario al art. 272.1º, 2º, 3º, 5º y 7º" en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, 1986, págs. 565-575, 579-581 y 583-585.
- PEDRAZ GOMEZ, S.: "La incapacitación por enfermedad o deficiencias físicas", Cuadernos del Poder Judicial, CGPJ, Tomo XXXI, año 1994, págs. 108 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. (1989): *Derecho de familia*, Madrid: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 645 folios.
- PÉREZ ALGUER, F.: Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares, ICAI, Madrid, 1984

- PEREZ MARTÍN: "Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores", Valladolid, 1995, 2ª ed., Valladolid, 1998.
- PERLINGIERI, P. / PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina, Quaderni della Rassegna di Diritto Civile, Napoli, ESI, 1984, 77 págs.
- La nuova legge sull'adozione, Legge 4 maggio 1983, n. 184, comentario a cura di Cesare Massimo Bianca, Francesco Donato Busnelli, Giuseppe Franchi, Sandro Schipiano, Padova, Cedem, 1985, 250 págs.
- PIÑAR MAÑAS, J.L.: Legislación sobre instituciones de beneficencia particular, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1987.
- PM BROMLEY-N.V. LOWE, Family Law, 7ª ed., Londres, 1987
- REAL PEREZ, A.: "Comentario a los arts. 142-153 Código Civil", en Comentarios al Código Civil, II, vol. 2º, Libro Primero, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 1395-1470.
- REVERTE NAVARRO, A.: Intervención judicial en las situaciones familiares, Murcia, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980, 280 págs
- RIVAS MARTINEZ, J.J.: Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, núm extraordinario de la Revista " La Notaría", Colegio Notarial de Cataluña , 1999.
- RIVERA ALVAREZ. J.M.: "Realidad jurídica en el área de extranjería" en el Derecho y los servicios sociales., Ed. Comares, 1997
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: "Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", RGD, junio 1996.
- RIVERO HERNANDEZ, F.: El derecho de visita, Bosch, 1997.
- El interés del menor, Dykinson, Madrid, 2000.
- ROCA TRIAS: "Familia, familias y derecho de familia" , ADC, 1990.
- ROGEL VIDE, C.: "Comentario a los arts. 159, 160 y 161 Código Civil" en Comentarios a las reformas del Código Civil, Tecnos, 1993, págs. 248-273 y 587-610.
- La guarda de hecho, Tecnos, 1986, 159 págs.

- La tutela del deficiente mental, Madrid, 1975.
- Derecho de la persona, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, 223 páginas.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: Acogimiento y delegación de la patria potestad, Ed. Comares, Granada, 1989, 259 págs.
- SACCHETTI, L.: Adozione e affidamento dei minori, Rimini, 1985.
- Commentario dell'adozione e dell'affidamento, Rimini, 1988,
- SALVADOR GUTIERREZ, S.: "Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral", Actualidad Civil, marginal 549. 98-2, XXIII.
- SANCHO REBULLIDA, F.: El nuevo régimen de la familia III. Tutela e instituciones afines, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1984, 164 págs.
- El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1989, 123 págs.
- SAULLE, M.R.: L'adozione internazionale nella nuova legge sull'adozione e sull'affidamento dei minori, Riv.dir.internaz., 1984.
- SCARPA, A.: Legislazione e giurisprudenza per gli interessi dei minori (le riflessioni della dottrina sulla 'capacità di agire'), ivi, 1992, págs. 34 y ss.
- SCIANCALEPORE, G.: Minore in stato di abbandono e funzione dell'autorità giurisdiziativa competente, in Fam e dir 1994, 5,
- SEISDEDOS MUIÑO, A.: La patria potestad dual, 1988, 419 págs.
- "El art. 159 CC en las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 15 de octubre de 1990", EDCLB, T. I, Barcelona, 1992, págs. 747 y ss.
- SEOANE RODRIGUEZ, J.A. (coordinador). Elaborado por ALVAREZ LATA, CARRIL VAZQUEZ, FARALDO CABANA Y SEOANE RODRIGUEZ: Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental. La Coruña, 1999, 440 págs.
- SEVILLA BUJALANCE: "Incidencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección de menores en la figura de la curatela", RGD, 642, mar., 1998, págs. 1.819 y ss.
- SOLIS VILLA, N.: "Notas sobre el ejercicio de la representación legal de los hijos", en VV.AA., La reforma del Derecho de familia, Sevilla, 1982.
- STANZIONE, P.: Capacità e minore età nella problematica della persona umana, Napoli, 1975.

- Diritti fondamentali dei minore e potestà dei genitori, in *Rass dir civ*, 1980, pàs. 446 y ss.
- Scelte esistenziali e autonomia del minore, in *Rass dir civ.*, 1983, págs. 1145 y ss.
- "Capacità". *Diritto privato. Vol. V, Della Enciclopedia Guiridica*, 1988.
- "Interesse del minore e 'statuto' del suoi diritti" *Studi in memoria de Gino Gorla, Giuffré ed.*, 1994, págs. 1747-1769.
- VALLADARES RASCÓN, E.: "La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo", *Centenario del Código Civil, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces*, 1990, págs. 2041-2067.
- VAQUER ALOY, ANTONI Y ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO: *Protección de menores, acogimiento y adopción*, 1999, 272 pp.
- VARGAS CABRERA, B.: "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas (sobre la Ley 21/87", *ADC*, 1991, págs. 611 y ss.
- *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 1994, 667 págs.
- VENTOSO ESCRIBANO: *La reforma de la tutela*, Madrid, 1985.
- VARONA MARTINEZ, G. *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*. Vitoria. 1994.
- VARIOS AUTORES : *Comentarios a las reformas del Código Civil y Compilaciones forales*, Ed. RDP. Tomo III, vol. 1º, 2ª ed., 2000; Tomo III, vol. 2º, 1982; Tomo IV, 2ª ed., 1985; Tomo XIV, vol. 1º, 1989; Tomo XVII, vol. 1º, B, 1993; Tomo XVIII, vol. 1º, 1982; Tomo XXI, vol. 1º, 1986.
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, 871 páginas.
- *Comentario al Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo I, arts. 1-1.087 Código Civil, 2ª ed.*, 1993, 2.567 páginas.
- *La persona con retraso mental*, Madrid, 1997.
- *La protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Civitas, 2000, 398 páginas.

- Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad, La Ley, 2007.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C ( Coord.): EL envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores. Cedecs, Barcelona, 2002, 308 páginas.