

# LOS MENORES EN PROTECCIÓN

**Autor**

© 2007. Manuel Serrano Ruiz-Calderón. Doctor en Derecho. Prof. Titular E.U. Derecho Civil. Director E.U. Trabajo Social Universidad Complutense de Madrid.

Esther Gómez Colilla. Profesora Titular E.U. Departamento de Derecho Civil.

Leticia García Villaluenga. Doctora en Derecho. Profesora Titular E.U. Derecho Civil

Joaquín Rivera Álvarez. Doctor en Derecho. Profesor Contratado Doctor Derecho Civil.

Ruth Navarro Costa. Doctora en Derecho. Profesora Asociada Derecho Civil.

Marta Blanco Carrasco. Doctora en Derecho. Ayudante E.U. Derecho Civil.

**Coordinador**

© 2007. Manuel Serrano Ruiz-Calderón.

**Editor**

© **Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A.**

C/ Magallanes, 25, 3º

28015 Madrid

Tel. 902.438. 834 - Fax 91 578 45 70

e-mail: clientes@difusionjuridica.com

NIF: A-59888172

Depósito Legal:

ISBN-13: 978-84-96705-24-1

**Diseño**

Javi Hernández Paisal

**Maquetación y Diseño portada**

SketchStudio V.D S.L.

**Impresión**

Anglofort

No está permitida la reproducción de esta obra, ni su transmisión en forma o medio alguno, sea electrónico, mecánico, fotocopia, o de cualquier otro tipo sin el permiso previo y por escrito del autor.

DIFUSIÓN JURÍDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD, S.A. no comparte necesariamente los criterios manifestados por los autores en los trabajos publicados. La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión del autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordina tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado. Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

# **LOS MENORES EN PROTECCIÓN**

**Coordinador Manuel Serrano Ruiz-Calderón  
Prólogo por Joaquín Rams Albesa**

**Manuel Serrano Ruiz-Calderón, Esther Gómez Colilla,  
Leticia García Villaluenga, Joaquín Rivera Álvarez,  
Ruth Navarro Costa, Marta Blanco Carrasco**

# ÍNDICE

**PRÓLOGO** ..... 13

## **CAPÍTULO 1. EL MENOR ANTE EL DERECHO**

1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar. .... 18  
2. Mayoría y minoría de edad. .... 25  
3. Capacidad del menor de edad, en general. Actos que puede realizar, en particular. .... 30  
4. La emancipación. .... 71

## **CAPÍTULO 2. NORMATIVA ESPECÍFICA APLICABLE AL MENOR**

1. Consideraciones previas ..... 97  
2. Normativa internacional..... 101  
    2.1. La protección general del menor en el ámbito de las Naciones Unidas. .... 101  
    2.2. Ámbito específico de protección de las Naciones Unidas: adopción y guarda de menores. .... 107  
    2.3. La protección del menor en el ámbito europeo. .... 111

3. Normativa estatal.....	116
3.1. La Constitución.....	116
3.2. En el Derecho civil: La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.....	122
3.2.1. Principios fundamentales reconocidos en la ley: especial referencia al interés del menor.....	122
3.2.2. Los derechos reconocidos a los menores.....	130
3.3. En el Derecho penal: La Ley Penal del Menor.....	153
4. Normativa autonómica. Competencias atribuidas.....	160

### **CAPÍTULO 3. EL MENOR Y LA FAMILIA**

1. La filiación.....	169
1. Concepto y clases, naturaleza y régimen jurídico de la filiación	169
2. Contenido de la filiación.....	174
3. Determinación de la filiación por naturaleza y su prueba.....	178
3.1 Determinación de la filiación matrimonial.....	178
3.2 Determinación de la filiación no matrimonial.....	183
4. Acciones de filiación.....	193
4.1. Concepto, caracteres y normas generales de la regulación de las acciones de filiación.....	193
4.2. Las acciones de reclamación o impugnación de la filiación matrimonial.....	200
4.2.1 Acciones de reclamación de la filiación matrimonial.....	201
4.2.2 La acción de impugnación de la filiación matrimonial.....	203
4.3 Acción de reclamación e impugnación de la filiación no matrimonial.....	206
4.3.1 Acción de reclamación de la filiación no matrimonial.....	206
4.3.2 Impugnación de la filiación no matrimonial.....	208
5. La filiación derivada de las nuevas técnicas de reproducción asistida.....	210
5.1 Introducción y nueva Ley.....	210

5.2 Las nuevas técnicas y los problemas de determinación .....231

## **CAPÍTULO 4. LA PATRIA POTESTAD**

1. La patria potestad. .... 219

    1. Concepto y naturaleza de la patria potestad ..... 219

    2. Breves apuntes históricos. ....220

    3. Caracteres .....224

    4. Sujetos .....225

    5. Contenido: .....232

        5.1 Esfera personal ..... 238

        5.2 Representación legal de los hijos por sus padres .....240

        5.3 Esfera patrimonial ..... 242

    6. Vicisitudes de la patria potestad .....257

    7. Prórroga y rehabilitación de la patria potestad ..... 261

    8. Especial referencia de la regulación de la patria potestad en el Derecho Foral: .....261

        8.1 Aragón..... 261

        8.2 Navarra.....264

        8.3 Cataluña. ....268

## **CAPÍTULO 5. EL MENOR ANTE LAS CRISIS FAMILIARES**

1. Concepto y tipos de crisis familiares. ....277

2.Las medidas en relación con los hijos.....284

    2.1 El principio del favor filii o interés del menor. .... 284

    2.2 Las relaciones paterno filiales. Principales dificultades. .... 291

        2.2.1 Patria potestad y guarda y custodia. .... 291

            A) Titularidad y ejercicio de la patria potestad: la guarda y custodia compartida. .... 291

            B) El principal problema: la vinculación de la guarda y custodia a la atribución de la vivienda familiar. ....291

2.2.2 El derecho de visitas: especial referencia a los puntos de encuentro. ....	308
A) El derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores. ....	308
B) El derecho de visitas con los abuelos y otros allegados. ....	312
C) La problemática en el cumplimiento del régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar. ....	313
2.3 La importancia de los acuerdos. ....	325
2.4 Conclusiones. ....	326

## **CAPÍTULO 6. INSTITUCIONES CLÁSICAS DE PROTECCIÓN Y GUARDA DE MENORES**

1. La incapacitación. ....	333
2. Las instituciones tutelares. ....	343
2.1 Introducción. ....	343
2.2 Concepto. ....	344
2.3 Características propias de cada institución. ....	345
2.4 Régimen jurídico común. ....	346
2.4.1 Obligatoriedad y excusas. ....	346
2.4.2 Retribución e indemnización. ....	347
2.4.3 Prohibiciones. ....	348
2.4.4 Inscripción en el Registro. ....	348
3. La tutela. ....	348
3.1 Concepto y sujetos. ....	348
3.2 Estructura. ....	349
3.3 Delación y nombramiento del tutor. Tipos de tutela según su delación. ....	353
3.4 Constitución de la tutela. ....	358
3.5 Capacidad y condiciones para el ejercicio del cargo de tutor. ....	361
3.6 Contenido. ....	367
3.6.1. Esfera personal. ....	367

3.6.2 Representación legal .....	368
3.6.3 Esfera patrimonial .....	369
3.7. Extinción de la tutela. Causas y consecuencias. ....	371
4. La curatela .....	374
5. La guarda de hecho. ....	377
6. Especial referencia a la regulación de las instituciones tutelares en el Derecho Foral. ....	381
6.1. Aragón .....	382
6.2. Cataluña .....	384

## **CAPÍTULO 7. LAS NUEVAS FORMAS DE PROTECCIÓN DE MENORES**

1. Del concepto de abandono al de desamparo. ....	393
1.1 Introducción .....	393
1.2 Las reformas del Código Civil .....	397
2. El desamparo de menores: .....	406
2.1 Concepto y causas del desamparo de menores .....	407
2.2 Consecuencias del desamparo. ....	412
3. La situación de riesgo. ....	419
4. La guarda administrativa: .....	421
4.1 La guarda administrativa a solicitud de los encargados del menor .....	422
4.2 La guarda administrativa por resolución judicial. ....	428
5. La legislación autonómica en materia de desamparo y guarda de menores. ....	430
5.1 Introducción .....	430
5.2 La situación de riesgo .....	436
5.3 El desamparo .....	446
5.3.1 Concepto de desamparo .....	446
5.3.2 Causas de desamparo .....	448
5.3.3 Procedimiento y consecuencias de la declaración de desam-	

---

paro.....	456
5.4 La guarda administrativa.....	469

## **CAPÍTULO 8. LAS CONSECUENCIAS DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA PROTECCIÓN DE MENORES**

1. El acogimiento de menores.....	483
1.1 Concepto. Su contenido y efectos.....	483
1.2 Constitución del acogimiento.....	488
1.2.1 Acogimiento administrativo.....	488
1.2.2 Acogimiento judicial.....	492
1.2.3 Vigilancia del acogimiento.....	495
1.3 Modalidades de acogimiento, especialmente, del acogimiento familiar.....	496
1.4 Cesación del acogimiento.....	498
2. La adopción.....	500
2.1 Concepto y Naturaleza de la filiación adoptiva.....	500
2.2 Sujetos intervinientes. Prohibiciones para adoptar.....	502
2.3 El proceso de adopción.....	505
2.3.1 Introducción.....	505
2.3.2 La iniciativa constituyente.....	506
2.3.3 Perfeccionamiento de la adopción.....	508
2.3.4 Efectos.....	513
2.4 Ineficacia y extinción.....	515
2.4.1 Cesación de los efectos de la adopción.....	516
2.4.2 La extinción de la adopción.....	517
3. La adopción internacional.....	520

## **CAPÍTULO 9. LA MEDIACIÓN EN SEDE DE ADOPCIÓN**

1. Familias, Conflictos y Mediación.....	525
1.1. Introducción a la teoría de los conflictos de las familias.....	525

1.2. La mediación como sistema global de resolución de conflictos familiares: Concepto y principios .....	558
2. Aplicación del Concepto de Mediación familiar a los conflictos derivados de la adopción: Reflejo en la Legislación Española. ....	560
A. Tipología de los conflictos derivados de la adopción y su abordaje desde la mediación familiar. ....	600
a. Los conflictos entre padres adoptantes e hijos adoptados....	601
b. El derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes y los encuentros entre familia biológica y adoptiva.....	609

## PRÓLOGO

Prologar una obra ajena nunca resulta una cuestión baladí. Se trata de una cuestión en la que los autores se juegan su reputación por opiniones que no son suyas y por un añadido que muy pocas veces aporta algo relevante para la obra. Trataré de no ser protagonista y de ser, al menos, pertinente.

La obra que el lector tiene entre sus manos trata de ser, y lo consigue, una obra de derecho positivo sobre protección de menores. Una materia de suma actualidad social, si bien no se trata de una cuestión acuciante para la sociedad misma, si ésta se observa desde el exterior. Otra cosa es si la realidad se observa desde las estructuras internas de los partidos dispuestos a ganar o no perder las elecciones, entonces la cuestión cobra importancia porque una buena parte de los electores sí se la dan.

En las sociedades europeas occidentales no hay un problema grave de menores (tal vez sí entre los hijos de emigrantes) y mucho menos de infancia (la sociedad sí tiene el problema de la baja natalidad). Hay problemas penales derivados de

la violencia, de varios tipos, pero no hay un problema de infancia y de menores que pueda resolverse desde el tratamiento del Derecho de la Persona, dentro del contexto que es propio del Derecho civil. En todo caso tenemos problemas de progenitores. Para muchos de éstos los niños son la última chuchería con la que quieren cerrar su carrera de triunfos económicos aparentes y fracasos identitarios. Está bastante claro para algunos sociólogos y sicólogos que no están de moda: los problemas juveniles tienen mucho que ver con la insatisfacción de los mayores y más con sus irresponsabilidades. El libro si tratase de estos temas no me tendría a mí por prologuista.

El contenido del libro es, para fortuna de la ciencia jurídica y la formación de profesionales, radicalmente institucional; pues, las instituciones tienen la ventaja de sobrevivir, de ordinario, a las modas jurídicas y, sobre todo, a los optimismos desmesurados que padecen casi todos los políticos-legisladores en las jóvenes democracias, aunque nuestra cultura jurídica y el grueso esencial de nuestro ordenamiento sean centenarios, sino en la fecha de la rúbrica, sí en las ideas motrices que en ellos se contienen. Afortunadamente para todos nosotros.

Al ser institucional el tratamiento básico de esta obra colectiva sus cimientos se encuentran en la ley y en el discurso crítico sobre su aplicación. Así nos encontramos con un contenido sumamente austero, como puede verse a partir de la rúbrica del índice. A mi personal juicio clave del arco de todo tratamiento monográfico de una materia jurídica, mayormente cuando la autoría es plural.

No debo decir demasiado de los autores, profesores del Departamento de Derecho civil que me honro en dirigir, por su deferencia y elección, salvo que se trata de un conjunto de jóvenes profesores especializados en la materia y empeñados en la tarea de la difusión comprensiva de sus conocimientos. Así el libro está pensado para juristas, pero está escrito para que lo comprendan con facilidad sociólogos, psicólogos, trabajadores sociales, médicos, especialistas y

todos aquellos que ayudan profesionalmente tanto a las familias con problemas de menores, cuanto a menores con problemas de familia, de esto último hay mucho, aunque quede en la oscuridad, tal vez mejor en la penumbra de las expresiones construidas en torno a la blandenguería del lenguaje medido para la construcción de una sociología correcta, claro está, poco realista.

Como se pone de manifiesto en muchos puntos de la obra y simplemente en el capítulo 7, apartado 1, “Del concepto de abandono al de desamparo”, el legislador sigue empeñado en proteger a los menores y a los infantes de aquellas conductas de sus progenitores o guardadores legales que tienen como efecto directo o indirecto, pero cierto, la desprotección y el daño directo de las personas puestas bajo su cuidado por ser un menor de edad. Resulta muy lógico y coherente al tratarse de un primer paso del cambio esencial de superar la idea de abandono. Ahora bien, esta posición una vez consolidada y ese es nuestro caso, después de las reformas básicas llevadas a cabo por las intensas reformas de los años setenta y ochenta del siglo pasado, debe dar lugar a un paso más y éste conduce al reconocimiento a escala de la capacidad de numerosos menores de sus derechos fundamentales y de los bienes inherentes a la personalidad.

Es posible que enredados como estamos los civilistas que nos ocupamos del Derecho de Familia, en crisis institucionales del concepto tradicional de familia matrimonial (matrimonio sin consentimiento del Derecho civil gallego; matrimonio homosexual del Código civil; y multitudes de regulaciones más que discutibles sobre las crisis de las parejas más o menos estables), nos estamos perdiendo el aspecto medular de la prospectiva del próximo vacío legislativo que de no estar bien estudiado se improvisará sin más inspiración científica que la que aportan algunos reportajes televisivos u ocurrencias de tertulianos petulantes e influyentes. Este puede ser el caso de quien decide sobre el embarazo de las adolescentes; quien sobre la disciplina en el aprendizaje, en las tareas de cooperación de los menores, en edad de aprender, a las tareas de llevanza de ocu-

paciones higiénicas comunes; quien corrige, castiga y razona en las actitudes y hechos vandálicos; a quien se imputan las responsabilidades de la ebriedad y la drogadicción; quien es responsable del tabaquismo, etc; todo esto por no entrar en a quién corresponde decidir si un menor (mayor) debe seguir estudiando pese a los pésimos resultados y si es lícito que el Estado o las Autonomías o quien quiera que organice y regule la enseñanza, tener a gentes entretenidas en los centros de enseñanza superior, sobre todo, cuando éstos carecen de las necesarias cualidades o preparación para dedicarse a la vida intelectual en razón tan solo de que están en la edad escolar estándar.

Todas estas preguntas o no tienen respuesta hoy o las respuestas plurales tienen mucho que ver con las concepciones políticas, religiosas y sociales que se nos presentan con un grado excesivo de discrepancia, no en las soluciones, lo cual sería lógico, sino en los puros planteamientos. La mayor parte de los planteamientos tiene un marcado exceso de predeterminación y prejuicio, cuando no de conservadurismo de los más distintos colores tanto en el derecho como en la izquierda sociológica y tiene una falta casi absoluta de racionalidad.

De la lectura y estudio de esta monografía de autoría plural no se pueden sacar tratamientos sobre futuribles, pero sí vías y modos de acercarse con realismo a los problemas.

Felicito a los autores uno a uno, a Manuel Serrano, a Esther Gómez Colilla, a Leticia García Villaluenga, a Joaquín Rivera, a Ruth Navarro y a Marta Blanco, pero también felicito al lector que tiene ante sí una obra bien hecha.

Navidad 2006.

Joaquín Rams Albesa

Director del Departamento de Derecho Civil U.C.M.

Catedrático de Derecho.

# CAPÍTULO 1. EL MENOR ANTE EL DERECHO

## 1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Al abordar el régimen jurídico de los menores, cualquiera que sea el aspecto concreto que nos vaya a ocupar, hemos de partir siempre de la premisa de que dicho menor, como persona natural que es, tiene *personalidad jurídica plena* o lo que es lo mismo, *capacidad jurídica*; es decir, aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones. “La capacidad jurídica, así entendida, es una cualidad esencial de la persona y corresponde siempre a la misma, cualesquiera que sean sus circunstancias –infante, mayor de edad, loco, extranjero, etc.-”<sup>1</sup>. Por ello,

---

1. ROGEL VIDE, C.: *Derecho de la persona*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 12. Como es bien sabido, el nacimiento determina la personalidad, (art. 29 CC); *sin embargo, para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y que viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno* (art. 30). Si la controversia jurídica versa sobre si el niño cumplió o no dichos requisitos, estamos hablando, desgraciadamente, de un niño ya fallecido y, en consecuencia, poco nos importa, para el propósito de esta obra, amparar a unos o a otros de los posibles sucesores del malogrado neonato. No obstante, si nos encontráramos situaciones en las que la protección al concebido y no nacido redunde en una protección efectiva de un menor vivo: una vez que el concebido cumpla las condiciones del artículo 30, “*se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*” (art. 29). Al ser reconocido este beneficio con carácter general, como bien señala CALLEJO RODRIGUEZ, se aplicará no sólo en los supuestos en que la ley lo reconoce expresa-

“la capacidad jurídica es siempre una y la misma, consagrando, en términos de igualdad ante la Ley, la igualdad natural de todos los hombres, igual para todos, estática, constante, uniforme, general o abstracta, y no admite grados”<sup>2</sup>.

En contraposición a la capacidad jurídica o personalidad jurídica, tenemos la capacidad de obrar o aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos. En sede de menores, hasta los legos en la materia, pueden ver con nitidez la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: un niño de corta edad puede ser titular de muchos bienes y derechos, -en consecuencia, también tendrá muchas obligaciones, al menos fiscales-, y sin embargo no tener capacidad de obrar, teniendo que actuar por medio de sus representantes legales. Dado que la presente obra se ocupa del estatuto jurídico del menor las referencias a la personalidad jurídica serán sólo tangenciales. Centraremos, pues, nuestro esfuerzo en la capacidad de obrar del menor.

Nadie duda que las limitaciones a la capacidad de obrar, o lo que es lo mismo, la eventual ineficacia de los actos o negocios jurídicos realizados, es una forma o técnica para proteger especialmente a determinadas personas, a quienes se permite anular, por sí mismas o por sus representantes, lo que se haya hecho<sup>3</sup>.

---

mente, sino también en cualquier otro en que pueda ocasionarle al concebido algún beneficio. Además de los consabidos efectos favorables de orden patrimonial, esta autora incluye el reconocimiento del concebido, en los casos en que la prohibición del art. 122 del CC quede a salvo, y la adquisición de la nacionalidad *iure sanguinis*. (*Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997, pág. 37 y ss.). En contra, ARROYO I AMAYUELAS, E.: La protección al concebido en el Código civil, Ed. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1992, págs. 99 a 106. También se benefician de la filiación matrimonial los hijos nacidos por fecundación *post mortem* conforme a lo dispuesto en el art. 9.2 de la Ley 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y, en consecuencia, como señala HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, tienen derechos sucesorios (*La ley 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada, Actualidad Civil, 1998, pág. 3037 y ss.*).

2. LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 31.  
3. DÍEZ-PICAZO, L. en el prólogo a RUIZ-GALLARDÓN, I. y GARCÍA DE PABLOS, A. (eds): *Los menores ante el Derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de Derecho Comparado)*, Ed. UCM, Madrid, 2005, pág. 11.

La representación legal es, por lo general, un medio para suplir un defecto de la capacidad de obrar de determinadas personas o un medio para evitar el desamparo de unos bienes que están faltos de titular o cuyo titular no se encuentra en condiciones de asumir por sí mismo su gobierno<sup>4</sup>.

Es obligada la cita a Don Federico de CASTRO criticando la teoría de la incapacidad absoluta del menor en nuestro Derecho. De entre los argumentos por él esgrimidos para defender la capacidad de obrar limitada, -en virtud de las disposiciones dictadas para su protección-, destaca su observación, por vez primera, de cómo si bien el art. 1.263, núm. 1 señala que el menor no puede prestar consentimiento, este precepto no podía entenderse aislado sino conforme al art. 1.302, del que resulta que el consentimiento del menor perfecciona el contrato, aunque con la particularidad de que el menor no queda obligado en modo absoluto. La limitación de la capacidad de obrar del menor habrá de estar en cada caso justificada jurídicamente, y en este sentido puede decirse que es excepcional. Estas razones pueden reducirse a tres: 1.<sup>a</sup>) La falta de conocimiento natural; 2.<sup>a</sup>) La falta normal de independencia del menor al estar bajo la patria potestad o a la tutela; y 3.<sup>a</sup>) El beneficio que le permite eludir la responsabilidad negocial, como merecedor de especial protección<sup>5</sup>. Ahora bien, pese a la eficacia, “claudicante”, de los actos realizados por el menor, añade DELGADO ECHEVERRÍA las graves limitaciones que se les imponen “y no debido a una concreta situación síquica. De una parte, el deber de obediencia a los padres o al tutor... que provoca siempre una pérdida de autonomía. De otra, el hecho de

---

4. DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1979, pág. 285.  
5. CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho civil de España, II*, parte 1.<sup>a</sup>, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, págs. 174 y ss. Contrariamente, cuando el negocio es realizado en representación del hijo, por uno de los progenitores, siendo necesario el consentimiento de ambos, o por uno de los tutores, siendo tutela plural sin carácter solidario, adolecerá de nulidad absoluta, por falta de poder suficiente; en el mismo sentido, los actos realizados por los padres o el tutor sin autorización judicial son radicalmente nulos por ser contrarios a la ley (PAU PEDRÓN, A.: *La Capacidad en los Negocios sobre Inmuebles*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 275 a 278).

que el guardador tiene en su poder, para administrarlos, los bienes del menor (arts. 164, 270 CC), que quedan sustraídos de la acción de éste. Pero, sobre todo,... la representación legal del menor por su guardador, en virtud de la cual éste, en servicio de los intereses del hijo o pupilo, y oyéndole si tuviere el suficiente juicio, puede celebrar, incluso contra la voluntad del menor (a veces, precisando autorización judicial...), cualesquiera contratos que no sean personalísimos a nombre de aquel y vinculando su patrimonio”<sup>6</sup>.

El hombre es un ser racional en constante evolución. Por ello, en las primeras etapas de la vida debe ir madurando racional y emocionalmente hasta alcanzar la plena madurez. Durante ese proceso evolutivo es un ser vulnerable tanto física como psíquica y jurídicamente; Pero, es obvio que su vulnerabilidad disminuye y su autonomía aumenta de forma inversamente proporcional al ir atravesando las distintas etapas evolutivas. De ahí que como, acertada y eufónicamente ha observado RIVERO HERNÁNDEZ se diga que “no hay *“minoría de edad”*, sino *“minorías”*”<sup>7</sup>. Además, huelga decir que no todos los individuos alcanzan los mismos estadios de madurez al mismo tiempo. La limitación de la capacidad de obrar del menor deriva, pues, de su necesidad de protección. “*La minoría de edad*, -señala la Exposición de Motivos del Dictamen núm. 280, de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de la persona de las Cortes de Aragón, de fecha 15 de diciembre de 2006-, *no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida en que su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo. Con la finalidad de favorecer este desarrollo y esta formación los menores están sujetos a la autoridad familiar, la tutela o la curatela, que*

---

6. DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil. Parte General del Derecho civil*, vol. 2.º, *Personas*, Barcelona, 1983, pág. 66 y ss.

7. *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 20 y ss. Considera que al comprender la minoría de edad y situaciones tan distintas que no pueden ser tratadas de forma idéntica ha de tomarse como presupuesto.

*como todas las normas dirigidas a menores, están presididas siempre por el criterio del interés del menor”.*

El fundamento jurídico-social de la categoría de la *capacidad de obrar* descansa en la valoración del actuar de los individuos que el ordenamiento jurídico hace, atendiendo a sus condiciones de madurez o a su grado de discernimiento (...). Se presupone que los actos sólo deben producir efectos jurídicos plenos, como regla general, cuando el individuo agente tiene un grado de discernimiento mínimo acorde con la importancia jurídico-social del acto jurídico que realiza<sup>8</sup>. Señalaba DE CASTRO como “la voluntad se mueve por la “via cognoscitiva” (“nihil volitum nisi praecognitum”) y por la “vis appetitiva” (el deseo, “velleitas”). Conocidas (tener conciencia) y, en su caso, pesadas (“juicio”, “consultatio”, “deliberatio”) posibilidades y fines, se llega a la decisión (“electio”; preferencia respecto de los fines y medios posibles)<sup>9</sup>.

Es una verdad de Perogrullo el decir que la aptitud para que un individuo realice eficazmente actos jurídicos debe estar íntimamente ligada a su capacidad natural de entender y querer<sup>10</sup>; sin embargo, el legislador evita el entrar a determinar la capacidad del sujeto *ad hoc*. Las razones son de índole eminentemente práctica<sup>11</sup>, pues su análisis caso por caso conllevaría la necesidad del estudio psicológico y madurativo de cada individuo y en cada momento que tuviera

---

8. SERRANO MOLINA, A.: *Los menores en el Derecho español*, (Coord.) LÁZARO GONZÁLEZ, I., Ed. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 42 y 43.

9. CASTRO Y BRAVO, F. de: *El negocio jurídico*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, pág. 57.

10. HOYO SIERRA, define la expresión “capacidad natural” como un conjunto de aptitudes físicas, psíquicas y sociales que cabe resumir como capacidad de comprensión del alcance de lo que se está realizando y de las consecuencias que de ello derivan, capacidad de entendimiento y juicio para adoptar decisiones respecto a dichos actos, y como capacidad para comportarse conforme a lo descrito por el Derecho, fundamento de la responsabilidad personal (en *Los menores ante el Derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad*. Estudio de Derecho Comparado), RUIZ-GALLARDÓN, I. y GARCÍA DE PABLOS, A. (eds), Ed. UCM, Madrid, 2005, pág.

11. SERRANO MOLINA advierte como el grado mínimo de discernimiento exigido a un individuo

que actuar con relevancia jurídica. El remedio es acudir al dato objetivo de la edad<sup>12</sup>.

Al consagrar el constituyente, en el art. 10.1<sup>13</sup>, el principio de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad quiso amparar no sólo a los sujetos plenamente capaces sino también a aquellos otros con capacidad de obrar limitada; es más, si atendemos a la dicción literal del término “desarrollo” hemos de pensar que dicho precepto está especialmente dirigido a los sujetos “en formación”. En cumplimiento del mandato constitucional, la tendencia legislativa ha sido el ir dando al menor un mayor ámbito de actuación en cuanto a las decisiones sobre el gobierno de su persona: ya sea la necesidad de que el menor preste su consentimiento para ciertos actos como la adopción (art. 177.1 CC) o el acogimiento (art. 173.2), si fuera mayor de doce años, ya la cada vez más frecuente necesidad de que el menor sea oído para la toma de decisiones que le afecten; ya sea para ser donantes de médula ósea y sangre, la ley no exige una edad mínima, si bien se precisa la previa autorización de sus padres o

---

para realizar un determinado acto jurídico conlleva valorar dos cuestiones de valoración normativa: la trascendencia jurídico-social del acto y definir el grado mínimo de discernimiento necesario para realizarlo y una cuestión fáctica, comprobar que el individuo goza del mismo en el momento de su ejecución, cuestión que presenta una extraordinaria dificultad práctica, que usualmente se planteará a posteriori, agravado por el hecho de que el menor se encuentra en un proceso de desarrollo personal que hace que sus aptitudes naturales muden con relativa rapidez (*op. y loc. cit.*).

12. En este sentido, ROGEL VIDE hace notar como para evitar el problema, prácticamente irresoluble, del análisis, caso por caso, “nuestro ordenamiento jurídico hace girar la capacidad en torno a circunstancias perfectamente medibles y constatables mediante el recurso a y la consulta de los correspondientes registros; esto es, hace girar la capacidad de obrar en torno a los distintos **estados civiles**-edad, incapacitación, etc.- existentes”, *op. cit.*, pág. 13, el subrayado es suyo. Añade, este autor, que el significado de estos estados civiles estriba en hacer constar oficialmente la situación jurídica de los individuos respecto a su capacidad de obrar, *fundada en la presunción de la correlativa capacidad natural habitual*, *op. cit.*, pág. 45, el subrayado es nuestro.

13. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. En la misma línea insiste también el art. 27.2 CE: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

tutor<sup>14</sup>. Dentro de esta tendencia, destaca por su vocación a la generalidad, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, reconocía la capacidad del menor, al excluir de la representación legal de los padres: “1. *Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*”, (art. 162-2). Para JORDANO FRAGA bastaría este artículo para construir jurídicamente la capacidad general del menor en el marco de sus aptitudes naturales<sup>15</sup>.

Nuestro legislador, a la hora de determinar la capacidad del menor, oscila entre los dos criterios: el objetivo que se presume cuando el individuo alcanza cierta edad (que variará conforme a la trascendencia del acto jurídico a realizar) y constituye la regla general<sup>16</sup>; y el subjetivo que dependerá de la capacidad natural que cada individuo tenga en un momento determinado y en relación, también, al acto en concreto que realiza.

La tendencia pues es el mantenimiento del criterio objetivo de la edad pero atenuándolo con una cada vez mayor toma en consideración de la capacidad natural del menor.

La Exposición de Motivos de la LO, 1/1996, de Protección Jurídica del Menor se hace eco de esta necesidad social que “*consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de*

---

14. Artículo 7. 2, RD 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos: “*Los menores de edad pueden ser donantes de residuos quirúrgicos de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea. En estos dos últimos casos exclusivamente para las situaciones en que exista relación genética entre donante y receptor y siempre con previa autorización de sus padres o tutores*”.

15. *La capacidad general del menor*, en Revista de Derecho Privado, tomo LXVIII, 1984, pág. 892 y ss.

16. GARCÍA AMIGO señala cómo nuestro Código civil considera preferible establecer esta presunción iuris et de iure de la incapacidad general del menor (*Lecciones de Derecho civil de España I. Parte general* Ed. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1997, pág. 363).

*una capacidad progresiva para ejercerlos*”, pero sin nivelar los derechos en ella reconocidos con los correlativos deberes de los menores y sin acometer una reforma sistemática del régimen de dicha capacidad, por lo que ha sido muy criticada por la doctrina<sup>17</sup>.

El art. 2.2 de la precitada LO 1/1996, al establecer que *“las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”*, ha venido a oscurecer aún más la ya de por sí caótica legislación; si ya era aceptado por toda la doctrina la interpretación restrictiva a la capacidad de obrar<sup>18</sup>, hemos de aceptar, con RIVERA FERNÁNDEZ, que no queda claro si lo que el legislador ha pretendido es establecer el principio de capacidad de obrar del menor, en todo caso, excepto para los actos y negocios en los que la norma legal la limite, o simplemente que tal norma limitativa de la capacidad de obrar, cuando exista, debe ser sometida a la interpretación restrictiva<sup>19</sup>. Ahora bien, dada la dicción literal del art. 2-2, -que, de partida, sólo parece reiterar el viejo principio de *interpretación restrictiva de las normas limitativas de la capacidad de obrar de la persona*-, nos inclinamos a seguir a LINACERO DE LA FUENTE cuando opina que la alusión *“a la limitación de la capacidad de obrar de los menores parece acoger la tesis mantenida por DE CASTRO, según la cual el menor es capaz de obrar, aunque ciertamente su capacidad la tiene restrin-*

---

17. GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, La Ley, año XVII, núm. 3970, 8 de febrero de 1996, págs. 1 y ss.; 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, núm. 2/6 de 12 de enero de 1997, págs. 17 y ss.; SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, pág. 175 y ss.; LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 24 y ss. y a lo largo de toda la obra; RIVERA ALVAREZ, J. M.: *La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes*, en Cuadernos de Trabajo Social, núm. 10, 1997, págs. 75 y ss.

18. *Vid.*, por todos, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 178.

19. *Anotaciones a la Ley 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, Revista General de Derecho, núm. 621, junio, 1996, pág. 6504.

gida o limitada, frente a la tesis según la cual el menor sería incapaz, siendo excepcional la capacidad que se le concede para ciertos actos<sup>20</sup>.

La cuestión se complica por cuanto la incapacidad, -o la capacidad de obrar limitada-, del sujeto no sólo atañe a la esfera patrimonial, con la consiguiente impugnabilidad de los actos por él realizados, sino también a la esfera personal<sup>21</sup>, restringiéndole su ámbito de libertad y decisión sobre cuestiones ligadas íntimamente a su persona, como parte del contenido personal de la patria potestad (art. 154); queda así constreñido el ámbito de los derechos de la personalidad del sujeto, pues pese al paulatino incremento de las facultades de participación y audiencia de menor siempre estará cercenado por el *principio*, -“legal”<sup>22</sup>-, *del superior interés del menor*, que ha de regir en la aplicación de la normativa que les atañe; y todo ello, a pesar de que, como se señaló arriba, hoy la frontera entre la mayoría y la minoría de edad es mucho más difusa que en el pasado.

## 2. Mayoría y minoría de edad.

La edad es el tiempo que una persona ha vivido, a contar desde que nació<sup>23</sup>. Esta circunstancia temporal, con repercusión innegable en el vigor y en el discernimiento humanos, es considerada por el Derecho como factor determinante de la mayor o menor capacidad de obrar<sup>24</sup>. GÓMEZ LAPLAZA describe el estado civil de la minoría de edad interpretando *a contrario* el artículo 323-1: “no po-

---

20. *Op. cit.* últ., págs. 68 y 69.

21. No en vano, el art. 200 del CC hace referencia a la imposibilidad de “la persona para gobernarse por sí misma”, imposibilidad que puede englobar la persona y/o bienes del incapaz.

22. Aunque el art. 2 de la LO 1/96 lo consagra bajo el epígrafe “Principios generales”, creemos más adecuada la denominación dada, pues en el sistema de fuentes del ordenamiento, habrá de ser antepuesto a la costumbre y a los principios generales del Derecho.

23. Primera acepción de la voz “edad”, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la Lengua, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992.

24. ROGEL VIDE, *op. cit.*, pág. 41.

der regir su persona y bienes” y, concretamente, en el ámbito de los contratos, se manifiesta como una “incapacidad de consentir”<sup>25</sup>.

La mayoría de edad se alcanza por el mero transcurso del tiempo (art. 315 CC), siempre y cuando no concurran *enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma* (art. 200 CC); y aun en este caso, salvo que medie sentencia de incapacitación, se presume que el sujeto es plenamente capaz.

Para conceder o negar dimensión jurídica a los actos humanos atiende el legislador al grado de madurez del entendimiento y a la voluntad del actuante, y ese grado, que en una organización humana desarrollada no podría medirse caso por caso, ha de presumirse en ella a partir de la edad<sup>26</sup>; de tal manera, que negándole al menor plena capacidad, el legislador le protege incluso ante su propia inexperiencia o debilidad de juicio y arbitra las instituciones de protección y guarda.

La fijación de la edad que determina el paso de la menor a la mayor edad es fruto de un juicio de oportunidad contingente en función de circunstancias de lugar y tiempo en que se manifiestan muy diversos factores de los que depende la madurez -física, psicológica, social- de los individuos<sup>27</sup>. Más, -como observa ROGEL-, la diferencia no es caprichosa, pudiendo explicarse. Cada cultura requiere, para la mayoría de edad, que dicha persona –considerada en abstracto- esté en disposición de desempeñar correctamente el trabajo, el menester más común en la misma. Por ello las edades varían<sup>28</sup>. No obstante, a lo largo de la

---

25. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales (arts. 1.263 y 1.264)*, T. XVII, vol. 1.º-B, Ed. Edersa, Madrid, 1993, pág. 169.

26. LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 63.

27. SERRANO MOLINA, op. cit., pág. 34.

28. Op. cit., pág. 43.

Historia se ha abusado de los jóvenes imponiendo edades excesivas para alcanzar la mayoría; se incurría así en una de las peores discriminaciones posibles: esos jóvenes trabajaban, pagaban impuestos, iban a la guerra, pero no podían elegir a los gobernantes que allí les enviaban, así como tampoco actuar por sí mismos en la esfera civil.

La Constitución española de 1978 consagró, casi por unanimidad, la mayoría de edad en los dieciocho años<sup>29</sup>, adoptando la edad, mayoritariamente, seguida por los países occidentales<sup>30</sup> así como por los Tratados Internacionales que optan por cuantificar la infancia o la minoría de edad<sup>31</sup>. Sin embargo, antes de que el Texto constitucional fuera aprobado, el RDL 33/1978, de 16 de noviembre dispuso que *“la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos”*. Hoy, el art. 315 del CC establece que *“la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”*<sup>32</sup>. Esta fecha es, pues, determinante para establecer el estado civil de la mayor o menor edad<sup>33</sup>.

Tal y como señalábamos en el epígrafe anterior, el cumplir los dieciocho años es un criterio meramente objetivo y el día del dieciocho cumpleaños los jóvenes no

---

29. Art. 12: *“Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”*. Pese a que en un primer momento, se pensó en establecer dicho momento cronológico sólo para la mayoría de edad política, finalmente triunfaron los argumentos del Grupo Socialista que advertían sobre la incongruencia de mantener distintas edades capacitadoras (Vid. el interesante estudio que de los avatares de reducción de la mayoría de edad hace LASARTE ÁLVAREZ, en *Principios de Derecho Civil*, tomo 1.º, 7.ª edición, Ed. Trivium, Madrid, 2000, págs. 252 y 253).

30. Vid. *infra*, Capítulo 2, sobre *normativa específica aplicable al menor*.

31. Vid., p.e., el art. 1.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Asamblea General en resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989: *Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*.

32. *“Para el cómputo de los años se incluirá completo el día del nacimiento”*, añade este artículo en su último párrafo.

33. El art. 1.º del Dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de derecho de la persona de 15 de diciembre, añade que: *“Es mayor de edad:... b) El que ha contraído matrimonio”*.

van a ser dotados de una especial clarividencia ni lucidez. No cambiarán nada con respecto a los días o las semanas anteriores; Pero, sin embargo, el art. 315 constituye un ejemplo paradigmático de norma rígida, o de Derecho estricto: será exactamente a las 00:01 horas del día de su cumpleaños cuando alcance dicha mayoría.

La trascendencia de alcanzar la mayoría de edad es máxima para la capacidad de obrar<sup>34</sup>: se pasa a *ser capaz* en general, salvo la capacidad especial y la presencia, en forma concreta, de otras circunstancias modificativas<sup>35</sup>. En este sentido, el art. 322 reza que “*el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en los casos especiales por este Código*”<sup>36</sup>. Es acertada la observación de GARCÍA AMIGO al señalar que habría que añadir también que salvo las excepciones establecidas en leyes especiales: trabajo, propiedad intelectual, caza, etc.<sup>37</sup>

Con la mayoría de edad, el sujeto gana su autonomía e independencia, “jurídica”, -se entiende, la “económica” la conseguirá quien la consiga-; pero pierde la condición de “protegido” por el ordenamiento.

La minoría de edad es la situación o estado civil de la persona que no ha alcanzado los dieciocho años de edad. Se caracteriza porque la capacidad del menor está restringida en mayor o menor medida, debiéndole sustituir en su actuar sus padres<sup>38</sup>, tutores o curadores.

---

34. Tanto en la esfera civil, como política (art. 12 CE) o penal (art. 19 Código Penal).

35. GARCÍA AMIGO, *op.cit.*, pág. 362. El subrayado es suyo.

36. Caso ejemplar es el previsto en el art. 175-1 del CC al requerir para la adopción que el adoptante sea mayor de veinticinco años.

37. *Ibidem.*

38. Por los titulares de la autoridad familiar, para los menores aragoneses, art. 10 del dictamen 280 cit.

Dentro de la menor edad hay que distinguir dos estadios bien diferenciados, que se corresponden con dos estados civiles diferentes: la menor edad “a secas”, -o estado del menor no emancipado-, y la emancipación. Señala ALBALADEJO como, dentro de los estados civiles que admite nuestro Derecho, está aquel que atiende a la dependencia o independencia de la persona, según sea mayor o menor de edad y, aun siendo menor, esté o no emancipada, y ello subdistinguiéndose cada una de las diferentes formas en que es posible emanciparse siendo menor (estados de mayor edad o de minoridad, y estados de menor emancipado en una u otra forma)<sup>39 40</sup>.

La emancipación constituye un estado civil independiente de la mayor y de la menor edad por cuanto que, al enumerar el art. 1.º de la Ley del Registro Civil los hechos inscribibles, enumera entre los “*hechos concernientes al estado civil de las personas*” a “*la emancipación y habilitación de edad*”. Eufónicamente, dispone el art. 323 del CC que “*la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado...*”. En principio, y como se verá más adelante, la condición de emancipado, no afectará a aquellas normas que el legislador estima de orden público y que, en general, están dirigidas a proteger al menor, como pueda ser la edad mínima para conducir vehículos, comprar alcohol o tabaco, acceder a casinos, permisos de armas,...<sup>41</sup> Tampoco afecta a la edad pe-

---

39. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil I*, vol. 1.º, 9.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 230 y 231. También, MORENO QUESADA, incardina a la emancipación como estado civil distinto de la mayor y de la menor edad (*Derecho civil de la persona y de la familia*, 3.ª edición, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 84).

40. Por su parte, el Derecho aragonés, adaptado a su tradición histórica, subdivide el status del menor no emancipado, según se sea menor o mayor de catorce años; el primero, estará sometido a la representación legal de la autoridad familiar y, en su defecto, al tutor (art. 10 Dictamen 280 de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de derecho de la persona); el segundo, al cumplir dicha edad, sale de la representación legal y su capacidad se completa con la asistencia (art. 2.3 Dictamen 280).

41. Sobre el tema, puede verse PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor emancipado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, págs. 104 y ss.

nal, ya que los menores de dieciocho años están eximidos de responsabilidad penal<sup>42</sup>; por el contrario y en buena lógica, sí tendrá el menor emancipado, en principio, capacidad suficiente para celebrar un contrato de trabajo<sup>43</sup>.

Cuando, en una obra como esta, traemos a colación el estatuto jurídico del mayor de edad es a los solos efectos de su contraposición frente a la menor edad y a la emancipación; Pero para definir el *status* del menor ya no basta con calificarle de incapaz y someterle a la institución de guarda que le corresponda. Como adelantábamos en el epígrafe anterior, el menor va, poco a poco, alcanzando mayores cotas de capacidad, de autogobierno. En este sentido, LASARTE advierte que “no cabe ya trazar un foso entre mayor de edad (capaz) y menor de edad (incapaz), sino manifestar que el Derecho positivo ha acabado por reconocer que la adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina<sup>44</sup>.

### **3. Capacidad del menor de edad, en general.**

Recapitulando lo dicho hasta ahora, podemos sentar como axioma de partida, que el menor no es un incapaz absoluto. Es más, incluso del menor sin uso de razón podemos decir que tiene una *vocación* de capacidad; o como dice DE CASTRO “*toda persona tiene capacidad jurídica y una capacidad de obrar potencial*”<sup>45</sup>.

Desde el punto de vista práctico, nos encontramos con el escollo de la falta de una

---

42. Art. 19 CP: “*Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*”, redactado conforme a la LO 5/2000, de 12 de enero (DT 12), reguladora de la responsabilidad penal de los menores

43. Art. 7.º del Estatuto de los Trabajadores. Si bien, de este aspecto nos ocuparemos en el epígrafe relativo a los actos que pueden realizar los menores, en particular.

44. *Op. cit.*, pág. 255.

45. *Op. y loc. cit.*

regulación sistemática que abarque las dificultades de la capacidad del menor. Pocas son las reglas generales que el legislador nos proporciona y, además, aparecen diseminadas en distintas instituciones, tan variopintas como los contratos o las relaciones paterno-filiares; sin embargo, teniendo en cuenta que siempre *primará el interés superior del menor*, nos atrevemos a adelantar que en la interpretación y aplicación de estas normas, necesariamente, habrá un amplio margen de discrecionalidad paterna y, en última instancia, judicial; discrecionalidad, que si bien, conlleva el riesgo de la consiguiente inseguridad jurídica<sup>46</sup>, también está presente en otras instituciones como, p.e., en *la teoría del abuso del derecho*, y no nos debe llevar por ello a hacernos perder la fe en las instituciones familiar y judicial<sup>47</sup>.

¿Cuál es el *status* del menor? Superada ya la ecuación: minoría de edad igual a incapacidad, podríamos decir que hay tantos *estados del menor* como permutaciones hagamos de edades objetivamente tomadas por las leyes, conjugadas con los grados de madurez e, incluso para determinados negocios patrimoniales, la situación económica del menor y/o de sus padres.

Para abordar el estudio de qué actos puede realizar el menor debemos empezar por analizar aquellas normas que, por su carácter general, han de ser tomadas en cuenta a la hora de construir una teoría general de la capacidad de obrar del menor.

---

46. El riesgo a la inseguridad jurídica preocupa especialmente a SERRANO MOLINA, *Los menores...* cit., pág. 50.

47. Confiemos nosotros en los padres, tutores y guardadores, ya que el legislador del 96 no lo hace. GULLÓN BALLESTEROS, señala como parece latir en toda la ley una desconfianza hacia la patria potestad y la tutela que sería correlativa a la confianza en los poderes públicos (op. y loc. cit.).

En primer lugar, destaca, por su aparente generalidad<sup>48</sup>, el art. 1.263, dictado en sede de contratos: “*No pueden prestar consentimiento: 1.º. Los menores no emancipados...*”. Como ya dijimos, con este precepto, se trata de proteger al menor, “no de invadir su esfera personal y patrimonial”<sup>49</sup>; de tal manera que el contrato no será “radicalmente nulo” sino “impugnable” por los representantes legales del menor o por éste al alcanzar la mayoría de edad y durante los cuatro años siguientes; o “susceptible de confirmación”, por las mismas personas. Es decir, en principio, los actos realizados por el menor son válidos y eficaces, si bien, la eficacia de los mismos será claudicante. Eso sí, esta lectura del art. 1.263 exige que el menor que presta su consentimiento, para que sea tal, tenga la aptitud natural de entender y querer<sup>50</sup>.

En segundo lugar, encontramos el art. 162-2.1.º: “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...*”. Este precepto, de una parte, somete al hijo menor no emancipado a la representación legal. Así, los padres están, en principio, apoderados para actuar en la esfera jurídica de los hijos<sup>51</sup>; de otra, parece sentar

---

48. GÓMEZ LAPLAZA, opina, con valentía, que el art. 1.263 “no pasa de ser una norma programática que, a nivel general, trata de adecuarse al estado civil de la minoría de edad. La gran variedad de situaciones, en relación con las distintas condiciones de madurez, que se engloban en el epígrafe general, hará preciso el distinguirlas en cada caso”. Más adelante añade que “el artículo hoy (y también creemos con anterioridad) sigue siendo una norma programática cuyo alcance real habrá que buscar, en cada caso, en el resto del sistema...”, (Comentarios..., pág. 182 y ss. y 204).

49. TOLDRÁ ROCA, M.ª D.: *La anulabilidad por causa de incapacidad (Reflexiones en torno al art. 1304 del Código Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 88.

50. En el mismo sentido se pronuncia el art. 26 del Proyecto de Ley de la Persona de las Cortes de Aragón, al referirse expresamente a la anulabilidad de los actos realizados sin la debida asistencia.

51. En este mismo sentido, el art. 154 del Código civil, al establecer el contenido de la patria potestad, incluye el deber de “2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten...”.

el reconocimiento general de capacidad de obrar del menor para aquellos actos que, conforme a sus condiciones de validez, pueda realizar por sí mismo. Recordemos, en este punto, como JORDANO FRAGA consideraba que este artículo da apoyo para estimar que el menor con capacidad natural tienen un margen de capacidad de obrar general. En este sentido, estima que el art. 162 da pie para excluir de la representación legal paterna tres supuestos siempre y cuando el menor se halle en las condiciones suficientes de madurez. A saber: 1.º) Los actos relativos a los derechos de la personalidad; 2.º) Los actos que, de acuerdo con las Leyes, el hijo pueda realizar por sí mismo, (como otorgar testamento, contraer matrimonio, capitular, adquirir la posesión, aceptar donaciones...); y, 3.º) Aquellos actos que el hijo, de acuerdo con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Para este autor, es, precisamente, aquí donde se abre la espita al reconocimiento de la capacidad general del menor<sup>52</sup>.

Contrariamente, SERRANO MOLINA considera que esta interpretación presenta dificultades insuperables: en primer lugar, la consagración total del criterio subjetivo que no casaría con el límite legal de los dieciocho años, con la existencia de normas relativas a las potestades tuitivas (p.e., el art. 164.2.3.º, que prevé el consentimiento del guardador para los actos que excedan de la administración ordinaria), ni con la existencia de la emancipación, ni con la seguridad jurídica, pues el resultado sociológico sería una especial prevención a relacionarse con menores. En segundo lugar, porque hace del artículo una lectura gramatical disyuntiva, -el menor tienen capacidad porque lo dicen las leyes o porque tiene suficiente madurez-, cuando aquél es conjuntivo -“...que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo<sup>53</sup>. Por su parte, DELGADO ECHEVERRÍA, estima que “*en esta*

---

52. *Op. y loc. cit.*

53. *Op. cit.*, págs. 49 y 50. *El subrayado es nuestro.*

última interpretación, sobraría la referencia a la madurez y además, el alcance del precepto sería muy limitado, ya que, simplemente, explicaría que se excluye que la voluntad de los padres sustituya a la de los hijos cuando la ley atribuye a éstos la decisión de un asunto”<sup>54</sup>.

Por nuestra parte, estimamos que no se puede dar una interpretación unívoca a todos aquellos actos *que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo* del art. 162. En este punto, es fundamental hacer hincapié en la diferencia entre derechos de la personalidad y actos personalísimos. Los actos personalísimos son aquellos que no admiten ningún tipo de representación, ni legal ni voluntaria<sup>55</sup>. Así, el art. 670 es categórico al establecer la regla de que el “testamento es un acto personalísimo” y es categórico también al prohibir cualquier intervención de terceros<sup>56</sup>; es personalísimo, también, el matrimonio<sup>57</sup>. En cuanto a las facultades morales del derecho de autor, se trata de actos personalísimos<sup>58</sup> no sólo por su carácter

---

54. *Op. cit.*, pág. 70.

55. En principio, ni el tutor ni el curador pueden llevar a cabo actividades de carácter personalísimo que incumben únicamente al incapacitado, lo que puede suponer que quede privado de ejercitarlas si la causa de incapacitación le impide ejercitarlas (VILLAGRASA ALCAIDE, C.: *Los actos personalísimos del incapacitado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000 (BDB TC 43870/2000)*, en *Noticias jurídicas*, junio 2002).

56. Díez-PICAZO, *La representación...*, pág. 89.

57. Al admitir el art. 55 CCel matrimonio por poderes, el apoderado aparece como nuncio, de una voluntad negocial totalmente formada por el poderdante. En cuanto a la representación legal es impensable que el representante pueda sustituir al menor o incapaz.

58. Pese a ser cuestión controvertida por la doctrina, no consideramos, en cambio, que se trate de derechos de la personalidad: “estos últimos son insusceptibles de tráfico (confesable), y muestran marcada resistencia a objetivarse frente al sujeto portador, de cuyo ser son elemento informador y constitutivo. La propiedad intelectual, frente al derecho de la personalidad, supone, no una connotación del individuo, sino una extrinsecación de su pensamiento y acaso de su arte; una exteriorización que se realiza posiblemente por medio de un corpus mechanicum, como si el autor consigna su obra en unas cuartillas manuscritas o mecanografiadas, o a través de un gesto y/o sonido que se filman: en cualquier caso, queda claro que existe con independencia de la persona (LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, vol. 1.º, Posesión y propiedad, 2.ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 348 y 349).

de irrenunciables e inalienables, sino también porque el propio art. 14 LPI los reconoce, únicamente, en cabeza del autor y porque incluso se trata de facultades que “no se transmiten” con la muerte del autor a sus herederos sino que o bien se extinguen o bien simplemente se legitima para su ejercicio a un albacea *ad hoc* o, en su defecto, a los herederos del autor<sup>59</sup>. Resultaría ilegítimo que los padres o guardadores del autor menor de edad ejercitaran, p.e., la facultad de inédito sobre la creación de éste<sup>60</sup>.

Al tratarse de actos que no admiten actuación a través de representante, se ha de facilitar que, -a partir de cierta edad-, la decisión sea tomada por el menor, pese a la hipotética falta de madurez del otorgante. Como observa ALBALA-DEJO, la falta de capacidad de obrar del menor se suple obrando por él sus propios representantes legales, salvo, naturalmente, si se trata de actos personalísimos, en cuyo caso la realización de los mismos es imposible absolutamente<sup>61</sup>. En cambio, los derechos de la personalidad, en principio, sí admiten la representación legal, pues la alternativa sería que su ejercicio quedara vacante, con la consiguiente desprotección de su titular.

Pues bien, en algunos de los supuestos legales especialmente previstos que capacitan al menor para actuar por sí, el legislador adopta un criterio claramente objetivo en cuanto a haber alcanzado cierta edad, con independencia de la capacidad natural de éste. Así, si un menor de catorce años, -aquejado de una enfermedad grave que le ha hecho madurar mucho más deprisa de lo que sea propio

---

59. Cfr. Art. 14, 15 y 16 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

60. Se aplica las facultades morales de los derechos de autor dispuesto por el art. 162.1 del CC., y en caso de conflicto, la madurez del autor menor deberá ser valorada por la autoridad judicial. Sobre el tema, véase, PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “*Derecho de autor: la facultad de divulgación*”, Ed. Cívitas, Madrid, 1993, págs. 174 y ss.

61. *Derecho civil...*, pág. 243.

para su edad y ante el temor a morir-, quiere testar, se le va a considerar incapaz para otorgar testamento; por el contrario, cuando un menor haya sobrepasado los catorce años, -salvo “*que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”, (art. 663-2.º)-, podrá otorgar testamento pese a no ser maduro para su edad<sup>62</sup>; o para actos relativos al estado civil para los cuales se exige el *consentimiento* del menor de doce años para el acogimiento (art. 173.2 CC) o para la adopción (art. 177.1); habrá de consentir la emancipación o para obtener el beneficio de la mayor edad a partir de los dieciséis (arts. 317, 320 y 321)<sup>63</sup>; incluso cuando el art. 164-2.3.º excluye de la administración paterna los bienes “*que el hijo mayor de dieciséis hubiera adquirido con su trabajo o industria*” y le confiere capacidad “para los actos de administración ordinaria”, atiende el legislador a los meros datos objetivos de la edad y del trabajo del menor y ni una ni otro tienen porqué llevar aparejada la madurez del hijo<sup>64</sup>. Lo mismo ocurre cuando el art. 166 exonera a los padres de la necesidad de recabar la autorización judicial, para “*renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios*” “*si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público*”: no parece que se le exija una madurez especial, sino que bastaría con no padecer una enfermedad o deficiencia que le impidieran prestar consentimiento.

---

62. El mismo criterio objetivo opera respecto a la prohibición de otorgar testamento ológrafo a los menores de edad (art. 688 CC).

63. En principio, y por definición, parecería que la emancipación y el beneficio de la edad están concebidos para menores que han alcanzado unas condiciones de madurez que les permitan autogobernarse, pero los datos muestran como “el medio más frecuente a través del cual se alcanza la emancipación es el matrimonio” (PÉREZ DE CASTRO, N: *El menor...*” *cit.*, pág. 14); matrimonio de menores que lo vemos como una situación indeseable y que no se corresponde, en la práctica, con un grado de madurez de los contrayentes.

64. Piénsese, en menores que sean modelos o toreros..., la actividad del menor, aún muy lucrativa, puede no corresponder con un discernimiento ni madurez especial.

En otras ocasiones, cuando el legislador concede “capacidades especiales” a partir de cierta edad, se cuida de exigir que al dato objetivo de la edad le acompañe el subjetivo de la madurez o juicio suficiente: así para ejercitar los derechos de la personalidad; si parece claro el art. 162-2.1 al exigir que, -para que el menor pueda ejercitar estos derechos por sí mismo-, tenga las condiciones de madurez suficientes. De forma explícita, el art. 3.º de LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, exige expresamente que sean los propios menores quienes presten consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten<sup>65</sup>. Más claro aún es el art. 4.º del Proyecto Ley de derecho de la persona de las Cortes de Aragón, al reconocer explícitamente una capacidad de obrar del menor con suficiente juicio: “1. *El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: a) Ejercer los derechos de la personalidad. b) Otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales. c) Llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia*”.

El propio art. 162-3 *in fine*, se cuida también de exigir “*el previo consentimiento de éste [del menor] si tuviere suficiente juicio*”, para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales. Nótese que no se excluye la representación paterna sino que habrá que yuxtaponer, a la autorización de los padres, el previo consentimiento del hijo. Con la misma razón y con el mismo apoyo legal, los menores de dieciocho y mayores de dieciséis no emancipados<sup>66</sup>,

---

65. “1. *El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.; 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez*”.

66. A los “que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo”, el art. 7.º-b del ET, los considera plenamente capaces para contratar la prestación de su trabajo.

también necesitarán recabar la previa autorización de sus padres, tutores o autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo para celebrar un contrato de trabajo; si bien, el art. 7.º-3.º del Estatuto de los trabajadores, al permitir que tal autorización sea expresa o tácita se muestra menos rígido que el precitado artículo del Código civil.

La Ley de Enjuiciamiento Civil también acude a un criterio mixto al señalar que “los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente” (art. 361-2).

Recapitulando, el último inciso del art. 162-2.1.º, al señalar que se exceptúan de la representación paterna los actos... que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo, no debe conducirnos a soluciones extremas como la capacidad de obrar general del menor, salvo las limitaciones expresas previstas en las leyes; quizá nos debiéramos conformar con encontrar en él cierto apoyo legal para justificar los actos que en el tráfico común realizan los menores.

El problema de la capacidad de obrar del menor no se centra solamente, como señala JORDANO FRAGA, en “compatibilizar dos exigencias en cierto modo contrapuestas que responden a la misma inspiración protectora del menor: el potenciamiento de su autónoma personalidad, de su iniciativa personal propia (protección de la personalidad del menor desde él mismo) y la indiscutible necesidad de la existencia de poderes (potestades) de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor (protección de la personalidad del menor desde fuera)”<sup>67</sup> sino que supone un

---

67. *La capacidad...*, cit., pág. 884.

problema a tres bandas: además de compaginar “la posibilidad de ejercicio con la necesidad de protección que, por razón de la edad, los menores merecen”<sup>68</sup> no se pueden preterir los legítimos intereses de quienes contrataron con ese menor confiados en la realidad social de que los menores realizan una serie de actos en la vida corriente y que, los usos sociales y la buena fe exigirán la eficacia del negocio pero sin que sobre ellos pese la espada de Damocles de la eventual impugnación por los padres, sus guardadores o por el propio menor al alcanzar la mayoría de edad y durante los cuatro años siguientes.

Si intentamos aunar los principios propuestos por el legislador del 96 de las necesidades de protección del menor con la autonomía del sujeto, obtendremos como resultado que cuando un menor, -en virtud de su capacidad progresiva para ejercer sus derechos-, se gasta su dinero de bolsillo en golosinas y se las come de una sentada, - en virtud de sus necesidades de protección-, podría impugnar dicho contrato y no sólo al amparo de los arts. 1.300 y ss. del CC, sino también en tanto que, a tenor del art. 1.163-1, el pago no “*se hubiere convertido en su utilidad*”; y, ciertamente, ni le fue útil a su salud ni a su dentadura. La solución conforme a la interpretación lógica de la ley, (autonomía y protección)-, sería entonces la responsabilidad del pipero... Para evitar resultados como este, es por lo que la doctrina, -que no el legislador-, se afana en buscar una solución coherente: DELGADO ECHEVERRÍA, señala que “pensar que todos esos contratos sean anulables no corresponde a la situación objetiva, y si no cabe hablar de una costumbre contra ley, sí podemos interpretar que cuando un menor contrata dentro de los límites que los usos señalan a su edad y si-

---

68. Exposición de motivos de de la LO, 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que añade que “el conocimiento científico moderno nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”; pues bien, para compatibilizar en derecho estos extremos, habrá que hacer verdaderas filigranas jurídicas que justifiquen la quiebra del equilibrio entre derecho-deber.

tuación, ha de presumirse que media una autorización tácita del guardador; o mejor (pues el obstáculo del art. 1.263-1.º persiste con ella) que tanto él como su guardador (quien en otro caso debió dar a conocer de algún modo su desacuerdo) han renunciado tácitamente a la impugnación del negocio”<sup>69</sup>. Pero en una sociedad, tan masificada como la actual, no parece realista que los padres o guardadores puedan ir manifestando su desacuerdo sobre la idoneidad de que su hijo o pupilo realice ciertos negocios.

En el mismo sentido se pronunció la, ya famosa, STS de 10.VI.1991, conocida en el lenguaje común, con el sobrenombre de la sentencia del “Forfait”<sup>70</sup>. Un menor de dieciséis años no emancipado había adquirido un *forfait*: billete a tanto alzado para poder utilizar los remontes de determinada estación de esquí; como consecuencia de un accidente en el ingenio, el menor sufrió lesiones de consideración. La compañía propietaria de la concesión, a los solos efectos de excluir su responsabilidad contractual y pasar a la extracontractual, invocaba la nulidad radical o inexistencia de la compraventa del *forfait* por falta de capacidad del menor. El Alto Tribunal aduce que se trata de “una tesis inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos... sin que ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes... y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esta clase de contratos la misma se hace innecesaria”

---

69. DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ *cit.*, pág. 69.

70. TOLDRÀ ROCA, *La anulabilidad... cit.*, pág. 94 y ss..

(fundamento jurídico tercero)<sup>71</sup>.

Las personas menores de edad van desarrollando una actividad contractual creciente con arreglo a su edad y a los usos sociales. Esto es una constante en nuestra realidad social. Sin embargo, el legislador no ha previsto tal supuesto y no existe, a diferencia de otros ordenamientos una norma específica que reconozca la validez de estos actos<sup>72</sup>. Irremediamente tendremos que acudir a los usos civiles y del comercio para valorar en qué medida y progresión habrá de reconocer como habituales esos actos, en función de la edad del menor. De hecho, las legislaciones que abordan esta realidad o bien, remiten directamente a ellos<sup>73</sup>, o bien, hacen referencia a conceptos jurídicos indeterminados que abocan en la misma consecuencia<sup>74</sup>.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE señala como la explicación más clara y más sencilla es la que encuentra un fundamento consuetudinario a la validez de estos actos. Lo cual sirve, además, para delimitar la esfera de los actos en los que el menor tiene esa capacidad –los socialmente admitidos para cada edad-, proporcionando un criterio a la vez objetivo y flexible para deslindar ese ámbito de capacidad; Pero, consciente del obstáculo que el artículo 1.º del CC impone a su argumentación, se justifica añadiendo, de una parte, que se trataría de una

---

71. Queremos pensar que el Tribunal Supremo habría llegado a la misma solución de haber sido el supuesto de hecho el siguiente: El menor, que se suponía que estaba en casa estudiando y sin permiso de los representantes legales, compra el *forfait*. La jornada transcurre felizmente hasta que el padre se encuentra con el hijo en las pistas e impugna el contrato celebrado por el hijo. El interés del menor era haber estado estudiando (art. 2-2 LO 1/1996); pero, ¿acaso es el empleado de la contrata el guardián de su hermano?

72. *Ibidem*.

73. Como el art. 389-3 del Code français, el art. 234 del Código holandés, el art. 157 del Código de Québec o el art. 26 del Proyecto de Código argentino de 1998.

74. Así, el art. 127 del Código civil portugués, hace mención a disposiciones de bienes de pequeña importancia.

costumbre *praeter legem*, (partiendo del menor como persona limitadamente-capaz) y *secundum legem*, (en tanto que seguiría el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad); finalmente, respalda su tesis al añadir que las impugnaciones contrarias a los usos sociales, son abusivas y contrarias a la buena fe<sup>75 76</sup>.

“Al anterior razonamiento, Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO opone que si bien es cierto que no existe norma alguna en el Código civil que declare la incapacidad del menor, no es menos cierto que existen numerosos preceptos en dicho Texto legal limitativos de su capacidad de obrar. Uno de ellos es, precisamente, el art. 1263.1, el cual niega al menor no emancipado la posibilidad de prestar consentimiento; de este modo, el citado autor, partiendo de la afirmación de DE CASTRO de que “este precepto no puede entenderse aislado (como indica el art. 1264), sino conforme al art. 1302,... afirma que, en materia de contratación, “para que el menor quede obligado de modo absoluto por los contratos que celebre, es preciso excepcionalmente, para determinados casos concretos, que la ley lo autorice, no siendo posible alegar la existencia de una costumbre, que sería contra ley, y abrir, para el caso en estudio, la vía del Derecho consuetudinario”.

Finalmente, este autor aboga por una interpretación finalista del art. 1.263 CC;

---

75. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *La protección jurídico-civil de las personas por razón de la edad*, en Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre, 1992, págs. 1442 y ss.

76. Aunque el grueso de los negocios celebrados por menores, son actos de comercio no se altera el sistema de fuentes. El art. 2.º del C. de Com. antepone “los usos de comercio observados generalmente en cada plaza” al “Derecho común”, el art. 50 del mismo cuerpo legal excepciona ciertas materias dando preferencia a las normas civiles sobre los usos de comercio, disponiendo que “los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las leyes especiales, por las reglas generales de Derecho común” (URÍA, R.: Derecho Mercantil, 13.a edición, Ed. Imprenta Aguirre, Madrid, 1985, págs. 15 y 16).

“en la actualidad, este precepto sólo recoge supuestos en los que las restricciones de capacidad están establecidas en interés, no de terceros, sino de la propia persona afectada por la limitación, es decir,... en interés del menor; y no puede decirse que dicho interés quede protegido cuando, contra el reconocimiento por la Ley Orgánica 1/1996 del principio de libre desarrollo de la personalidad, el reconocimiento de una capacidad progresiva para el ejercicio de sus correspondientes derechos por el menor y el mandato de que se interpreten de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de éste, se le priva de poder atender a sus propias necesidades personales y patrimoniales, al negarle la capacidad para realizar los actos de la vida ordinaria admitidos para cada edad por las convicciones y creencias sociales imperantes”<sup>77</sup>.

Pese a lo muy acertado de sus reflexiones jurídicas, estimamos que este autor quiebra a la hora de valorar la realidad práctica: a los menores no se les está privando, (en el ámbito contractual), de atender a sus propias necesidades. La doctrina es unánime a la hora de reconocer esta realidad social. Es la doctrina jurídica y la jurisprudencia quienes se empeñan en buscar la justificación legal a esta realidad del tráfico, pues la sociedad actúa con la convicción de estar acatando normas de Derecho<sup>78</sup>. De otra parte, conforme al art. 1.263, -como ya hemos dicho en repetidas ocasiones-, el menor sí puede prestar consentimiento; lo que ocurre es que dicho consentimiento, -que sí servirá para perfeccionar el negocio-, no bastará para que dicho negocio sea firme<sup>79</sup>.

---

77. SÁNCHEZ-CALERO ARRIVAS, B.: *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 46 a 50, (citando a SÁNCHEZ CALERO, F. J.: La capacidad del menor no emancipado, en Libro Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada, vol. III, Ed. Universidades de Almería, Granada y Jaén, Almería 2000, pág. 1709).

78. Tanto es así, que de poderse aplicar al caso la costumbre como fuente del Derecho, con toda probabilidad, no necesitaría ser probada, pues el Juez la conocería “por ciencia propia”.

79. Cambiando de tercio, no hay que menospreciar el dato de que el dinero de bolsillo que proporcionan los padres a los menores, en ocasiones es utilizado para “comprar” objetos de tráfico ilícito: tabaco, alcohol, drogas. Dichos contratos serán nulos de pleno derecho y, sin embargo, las posibilidades de que la acción prospere son más que remotas, ilusorias.

Observa ALBALADEJO cómo de cualquier forma que se resuelva la cuestión, es indudable que le menor tiene una esfera de capacidad... En los casos de falta de precepto expreso en la Ley, el negar o conceder al menor capacidad para realizar determinados actos, es cosa que *se ha de realizar, no mecánicamente*, sino viendo si, a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido (bien como normal, bien como excepcional) al menor<sup>80</sup>.

El art. 2-2 de la LO 1/1996, bajo el epígrafe “*Principios generales*” establece, lo que a nuestro juicio supone, una amalgama de conceptos jurídicos indeterminados que, además, en materia civil, en ocasiones se pueden mostrar como contradictorios<sup>81</sup> e incompatibles. “El interés superior del menor” que, en otros órdenes como el penal o el administrativo, “*primará sobre cualquier otro que pudiera concurrir*”, quiebra cuando hacemos referencia al orden civil: ¿Por qué hacer prevalecer, p.e., el interés superior del menor agente del daño extracontractual frente a la víctima de esa acción, acaso también menor? Para poder salir de este atolladero, tendremos que aferrarnos a la sabia valoración que, del interés del menor, nos ofrece RIVERO HERNÁNDEZ, al afirmar que “el interés del menor (valoración positiva de lo que le conviene) no coincide con toda situación o acto que deba considerarse (inicialmente) más ventajoso para él respecto de otras posibles, sino aquéllos que más allá de una valoración comparativa con otras opciones más o menos buenas, comporten un razonable beneficio para el

---

80. *Derecho Civil*, I, cit., pág. 242 y 243. El subrayado es nuestro. La adecuación al caso concreto nos parece más oportuna que el establecimiento por el legislador unos criterios objetivos y reglados en virtud de la madurez presunta. SERRANO MOLINA, propone *de lege ferenda*, de una parte la introducción en nuestro Derecho del llamado *dinero de bolsillo*, concepto surgido del §110 del BGB; de otra recuperar las etapas de la menor edad, que los romanos habían delineado con su buen sentido jurídico (op. cit., págs. 50 y 51).

81. En este sentido, LÓPEZ SAN LUIS, señala que son tres los principios generales que deben informar la aplicación de la misma, pasando luego a señalar algunas de las incongruencias y contradicciones de la Ley (*La capacidad ... cit.*, pág. 51 y 52).

menor... A veces, incluso, el interés o beneficio del menor reside en colocarlo en la menos desventajosa o perjudicial de las opciones que la realidad o situación personal o familiar le ofrecen...”<sup>82</sup>. Si bien este autor, hace referencia, fundamentalmente, a lo largo de esta obra a situaciones que atañen a la esfera personal del menor creemos que también debe ser aplicable a la esfera patrimonial y el interés del menor ha de buscarse más allá de la lógica de los números<sup>83</sup>.

Es precisamente en los actos de la vida diaria que conforme a los usos sociales el menor realiza habitualmente por sí mismo, donde encontramos el campo más apropiado para que, el menor vaya mostrando su grado de madurez y responsabilidad. Pero, ¡claro! haciéndole a él responsable y no yendo papá a desfacer sus entuertos.

La realidad social nos muestra que los menores manejan dinero; dinero que, se presume, ha sido provisto por sus propios padres o guardadores o con la anuencia de éstos. En nuestra opinión, esa mera provisión de fondos, opera a modo de representación voluntaria con poder tácito, en virtud de actos concluyentes, en la que el menor sería el apoderado de su representante legal (poderdante). Es decir, no se trataría de la existencia de una declaración tácita de los representantes del menor, autorizando a éste el la celebración del acto en cuestión, como propone DELGADO ECHEVERRÍA,<sup>84</sup> y con repercusiones en el

---

82. *El interés... cit.*, págs. 97 y 98.

83. DREIKURS, desde la perspectiva psicológica, relata el caso de Jeff, un niño de nueve años que cambió un mineral de su colección por otro mucho menos valioso. Cuando el padre descubrió el trato se puso furioso; en primer lugar, porque el otro muchacho tenía catorce años y conocía el valor relativo de las piedras, y en segundo lugar, porque Jeff no le había consultado. El padre resolvió el asunto causando una desavenencia en la amistad de los chicos y haciéndose sentir a Jeff pequeño e inferior. Comenta este autor, como la decisión de Jeff debió haber sido respetada. La situación se podía haber manejado mostrando respeto por Jeff y permitiéndole mantener su propia autoestima. El padre debió haber mostrado interés por el fósil y haber dejado para otro día, el valor relativo de las piezas, pero sin hacer referencia al negocio (*Children: The Challenge*, Ed. A Pluma Book, New Cork, 1992, pág. 93 y 94.

84. *Op. cit.*, pág. 69.

patrimonio del propio menor, sino un apoderamiento al menor, con efectos en la esfera jurídica del padre o tutor. El representante legal, se convertiría en este tipo de negocios en el representado (voluntario) y viceversa: el menor sometido a representación legal, sería el representante voluntario de su guardador. Se evita así la posibilidad de impugnación torticera, abusiva y de mala fe tanto de los guardadores como del menor frente al incauto tercero<sup>85</sup>.

Poco importa, frente a terceros, que el mandatario no cumpla los términos de su mandato y que la provisión de fondos hecha para el libro de texto, el menor la emplee en cromos de la liga. Si erró el menor y erró su representante legal al valorar la madurez de éste, ¿por qué se le va a exigir al tercero que valore convenientemente la madurez del menor?

Cuando unos padres conceden a su hijo menor una tarjeta de crédito contra su propia cuenta<sup>86</sup>, queda claro que están apoderando al hijo para que actúe en su esfera jurídica y asumen la gestión que éste haga, cualquiera que sea, -cosa distinta será que luego revoquen la tarjeta-; Pues bien, ¿qué diferencias jurídicas y prácticas existen si la provisión de fondos se hace en efectivo? Estimamos que la única diferencia será la impuesta por la edad exigida por los usos sociales para cada tipo de acto cuando el menor lleve el dinero en efectivo.

Este mecanismo de la representación voluntaria tácita, tiene la ventaja de que sólo entraría en juego en tanto se trate de actos que sean conformes a los usos del tráfico, pues en caso de que se sobrepasasen dichos usos, sí debería el terce-

---

85. Sobre las condiciones de idoneidad y de capacidad del representante y la imposibilidad de impugnación de los negocios concluidos por un incapaz en nombre del *dominus*, véase por todos, DÍEZ-PICAZO, *La representación... cit.*, págs. 74 y 75.

86. Con motivo de un viaje de estudios al extranjero, o por las razones que sean.

ro negarse a contratar con el menor, y los padres o guardadores podrían ejercitar en buena lid la acción de impugnación. Volviendo al manido ejemplo de las chucherías, no sería conforme al uso vender al fiado a un niño de corta edad.

El legislador aragonés, siguiendo las modernas corrientes legislativas, ha atajado este problema al reconocer, en su art. 4.º-1 b) del Proyecto de Ley de derecho de la persona, que “*el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo... otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales*”.

Para terminar este apartado, baste decir que el legislador estatal debería seguir el ejemplo aragonés. Nos hacemos eco de la proposición de *lege ferenda* que hace TOLDRÀ ROCA al convenir que sería deseable un precepto explícito, en el Código Civil, de reconocimiento a la plena capacidad para los actos aludidos. Ello supondría un apoyo jurídico objetivo para los jueces que han de dilucidar estos supuestos y que se ven obligados a hacer verdaderos equilibrios deductivos y convincentes para argumentar un imperativo de la realidad social<sup>87</sup>.

### **Actos que puede realizar, en particular.**

#### *A) Actos relativos al estado civil.*

Cuando se trata de modificar el estado civil del menor su dignidad como persona exige no ser sustituido por sus representantes legales. Así:

a) *Nacionalidad.*- El menor, a partir de los catorce años, puede adquirir la na-

---

87. La anulabilidad... cit., pág. 101.

cionalidad española cuando cumpla los requisitos legales: por opción “*asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación*” (art. 20-2, b); por residencia, (art. 21-3,b); y, por carta de naturaleza, en uno y otro caso, con la misma edad y la misma representación.

b) *Matrimonio*.- Ya hicimos referencia a cómo el matrimonio, como acto personalísimo que es, no admitía representación ni legal ni voluntaria. Pese a la categórica prohibición del art. 46, para contraer matrimonio los menores no emancipados<sup>88</sup>, el art. 48 prevé que: “*El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores*”. La justa causa puede ser cualquiera, pero lo habitual será el embarazo o maternidad de la menor. El Juez deberá valorar, (conforme a la Ley 1/1996), antes de conceder la dispensa, el interés superior del menor.

Según dispone el art. 1.329 del CC: “*El menor no emancipado que con arreglo a Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación*”. Los otorgantes de las capitulaciones son siempre los menores. Se trata de un acto personalísimo que sólo ellos pueden

---

88. Encarna ROCA hace una somera enumeración de las normas relativas a la capacidad para contraer matrimonio: “El art. 32.2 CE se remite a las disposiciones con rango de ley que son las que deberán determinar la capacidad para contraer matrimonio. Éstas están establecidas en el art. 46 CC, que establece la mayoría de edad, así como la emancipación, como únicos requisitos de capacidad para la validez del matrimonio. Esta norma va acompañada del art. 73 CC, donde se sanciona con nulidad el matrimonio contraído sin la edad necesaria para ello, así como el art. 75 CC, que establece las características de la acción de nulidad en este caso. La posibilidad de avanzar la edad legal mediante la dispensa judicial en el caso de que ello sea conveniente no es más que la confirmación a la regla general” (*Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pág. 100)

realizar y en el que no cabe representación alguna. No se representa, no se suple el consentimiento del menor<sup>89</sup>. Pues bien, esto que, en línea de principio, es muy loable y es consecuente con la ciencia del Derecho, creemos que en la práctica puede conducir a la indefensión del menor o incapaz: matrimonios de jóvenes son por sí situaciones forzadas en las que una de las partes puede imponer un régimen jurídico o captar la voluntad del otro para que se capitule o se deje de capitular; y que, a veces, suponen que uno de los menores abandone incluso los estudios... Ni siquiera creemos que el interés del menor quedaría salvaguardado exigiendo, en todo caso, la asistencia de los padres que quizá no entienden de la trascendencia del acto para el futuro de sus hijos. Tampoco consideramos adecuado al interés del menor la imposición legal de un régimen. Nuestra propuesta es que sea el Juez quien, en todos los casos de matrimonio en que, al menos uno de los cónyuges sea menor, y a la vista de las circunstancias, decida cuál de los regímenes legales va a ser más ventajoso para el menor.

El menor, mayor de catorce años, *que con arreglo a la Ley pueda casarse*, también podrá, conforme al art. 1.338, *hacer donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor*. Para aceptarlas, se estará a lo dispuesto en el título II del libro III de este Código. En la misma línea con lo apuntado arriba, tampoco nos parece que este incremento de capacidad redunde en interés del menor.

c) *Separación y Divorcio*.- Por la misma ratio por la que no se admite para el matrimonio la representación legal, tampoco se admite para los supuestos de separación o divorcio. “La representación, - señalaba DÍEZ-PICAZO-, se dice, es inadmisibles, desde luego, en aquellos negocios familiares que implican un

---

89. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado cit.*, pág. 122.

cambio de status o estado civil. Y lo es en sentido extensivo en todos, pues todos ellos, por su carácter personalismo, tienen que ser y sólo pueden ser decididos con plena espontaneidad por el propio interesado<sup>90</sup>. Pero a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional, 311/2000, de 18 de diciembre, habrá que hacer una lectura distinta de la doctrina tradicional. El Tribunal Constitucional declaró haber lugar al recurso de amparo por infracción de la tutela judicial efectiva y del principio de igualdad, al reconocer legitimación procesal a la tutora y madre sobre el ejercicio de la acción de separación matrimonial de su hija incapacitada, -separada de hecho años antes de sufrir el accidente que la incapacitó-; *“La negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial”*<sup>91</sup>.

d) *Adopción y acogimiento familiar*.- Tanto el adoptando (art. 177-1) como el que ha de ser acogido (art. 173-2) mayores de doce años<sup>92</sup> deberán prestar su consentimiento; El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio deberá ser simplemente, oído (art. 177-3.3).

e) *Emancipación*.- Conforme al art. 317, *“para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta”*. También, desde los

---

90. *La representación... cit.*, pág. 86.

91. Véase también el interesante voto particular formulado por el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas y las duras críticas que a esta sentencia hace ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *“La patria potestad y la libertad de conciencia del menor”*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, págs. 47 y ss.

92. Sobre las razones que han llevado al legislador a rebajar en dos años respecto de los textos anteriores, vid. VARGAS CABRERA, B.: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional*, Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 222 y ss.

dieciséis años, podrán los menores solicitar al Juez la emancipación, -cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 320-, *y el beneficio de la mayor edad* cuando el menor esté sometido a tutela (art. 321)<sup>93</sup>.

*f) Legitimación para el ejercicio de las acciones de su filiación.*- En una dicción poco clara, prevé el art. 765 de la Ley de Enjuiciamiento civil que: *“El menor e incapaz tienen legitimidad para ejercitar estas acciones pero será representado por su representante legal o por el Ministerio Fiscal”*<sup>94</sup>.

*B) Actos tomados por el Derecho en consideración hacia el menor por el mismo carácter personal.*

*a) Otorgar testamento.*- El mayor de catorce años puede otorgar testamento (art. 633), siempre que no sea ológrafo para el cual sólo podrá ser otorgado por personas mayores de edad.

*b) Obligarse a realizar prestaciones personales y celebración del contrato de trabajo por mayores de dieciséis.*- Conforme al art. 162 *in fine*: *“Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”*<sup>95</sup>. Es necesario, pues, tanto el consentimiento previo del menor, como la autorización o asentimiento de los padres o guar-

---

93. El art. 27 del Proyecto aragonés, conforme a su tradición histórica, rebaja la edad de emancipación a los catorce años cumplidos, pero el menor también ha de consentirla, y desde que el menor alcanza la misma edad, también puede pedir la juez la concesión de la emancipación.

94. *Vid. infra*, Capítulo 3, sobre la filiación.

95. *El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”*.

dadores<sup>96</sup>; si bien, cuando se trate de prestaciones personales realizadas por menores sin el suficiente juicio, sería impropio hablar del “consentimiento” del menor. Entendemos que la cuestión no es baladí, pues de ella dependerá, p.e., la responsabilidad por el incumplimiento contractual.

En cuanto al contrato de trabajo, dispone el art. 7.º del Estatuto de los Trabajadores que: *“Podrán contratar la prestación de su trabajo: a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil. b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo. Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación”*. SUÁREZ GONZÁLEZ, al comentar este artículo, observa como aun cuando el legislador no lo haga constar, debe entenderse el carácter discrecional de la autorización, de forma que ésta pueda valorar las circunstancias concretas en que se va a desarrollar la prestación de servicios del menor<sup>97</sup>. Entendemos que lo dicho es perfectamente aplicable a cualquier tipo de prestación personal. LÓPEZ ÁLVAREZ, va más allá, al señalar que incluso habría que admitir la posibilidad de revocar con posterioridad una autorización concedida inicialmente, cuando exista una razón objetiva para ello. Es difícil, no obstante, -añade-, determinar los límites que enmarcan la intervención de los padres en estas situaciones,

---

96. En contra, SERRANO MOLINA, que señala que el menor “tiene que prestar previamente su consentimiento, si tiene suficiente juicio, para celebrar tales contratos, *aunque quienes lo celebren sean sus padres o tutor*”, op. cit. pág. 52. *El subrayado es nuestro*.

97. *Capacidad para contratar. (En torno al art. 7)*, en Cívitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, 1, 2000 (Ejemplar dedicado a: El estatuto de los trabajadores Veinte años después), págs. 311 a 330.

hasta el punto de que se ha llegado a negar cualquier eficacia a la autorización, especialmente tras la aparición de la LOPJM, en virtud de la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores<sup>98</sup>.

En nuestra opinión, la LO 1/1996 no debe despistarnos a la hora de aplicar tanto el art. 162 *in fine* del CC, como el 7.º del ET: el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de toda persona no es nuevo y el mismo art. 2.º y en la misma categoría de principio general dispone que: “*cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener carácter educativo*”; sin olvidar, el tan manido “*interés superior del menor*”<sup>99</sup>. A mayor abundamiento, el art. 319 permite a los padres revocar el consentimiento prestado al hijo mayor de dieciséis para que viva independientemente; de tal manera que quien puede lo más, puede lo menos...

Las prohibiciones de los apartados 2.º y 3.º del art. 6.º son taxativas: los menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos, ni de riesgo físico o moral<sup>100</sup>. Cuando se trate de *la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos* será preceptiva la autorización de la autoridad laboral *y sólo se autorizará en casos excepcionales, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso*

---

98. LÓPEZ ÁLVAREZ, M.<sup>a</sup> J. en *Los menores en el Derecho español*, (Coord.) LÁZARO GONZÁLEZ, I., Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 701. En su opinión, la práctica demuestra que las discrepancias quedan circunscritas al ámbito doméstico, pero que si el padre decide oponerse formalmente, ésta deberá presumirse válida con carácter general ya que son los padres los llamados a salvaguardar legalmente el interés del menor.

99. Es de destacar que, desde un punto de vista sistemático, el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad, venga en el último párrafo del art. 2.º.

100. Para una evaluación rigurosa de los riesgos del trabajador menor de edad, véase LÓPEZ ÁLVAREZ, M.<sup>a</sup> J.: *La protección del trabajador menor de edad*, en *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, (Coords) LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MAYORAL NARROS, I., Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, págs. 435 y ss.

*deberá constar por escrito y para actos determinados* (art. 6-4 ET). Frente a las medidas del art. 158 CC que serán excepcionales y *ex post*, la exigencia del art. 6-4 ET es general.

*c) Disponer de médula ósea, sangre y cabellera.*- La D.A. 2.<sup>a</sup> del REAL DECRETO 426/1980, de 22 de febrero consagró, por vez primera, la esta posibilidad: *“Dadas las características biológicas de la médula ósea, los menores de edad pueden ser donantes, previa autorización de sus padres o tutores. A todos los demás efectos, los trasplantes de médula ósea se asimilan a la utilización terapéutica de sangre o sus derivados”*. En la actualidad, aparece regulado por el art. 7. 2, RD 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos: *“Los menores de edad pueden ser donantes de residuos quirúrgicos de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea. En estos dos últimos casos exclusivamente para las situaciones en que exista relación genética entre donante y receptor y siempre con previa autorización de sus padres o tutores”*.

A pesar de que es práctica habitual que los padres de hijos sin capacidad natural representen a éstos cuando se trata de donar médula a un hermano, no nos parece que este Reglamento lo admita: conforme al tenor literal, los padres prestan la autorización, pero parece que el consentimiento queda en manos del menor.

En cuanto a la disposición sobre el propio pelo del menor, entendemos que la decisión es sólo de éste, en tanto que el derecho comprometido es el de la propia imagen. A la inversa, sería inadmisibile que una madre cortara la coleta a su hijo, salvo que se viera comprometida la salud del mismo.

*d) Reconocer la filiación no matrimonial.*- El art. 121 del CC habilita al menor no emancipado para que pueda reconocer al hijo no matrimonial, pero *“necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fi-*

scal”.<sup>101</sup> En este tema se nos plantean dos cuestiones: 1.<sup>a</sup> Si la ley no debería exigir pruebas biológicas preceptivas al reconocimiento de la paternidad por los menores; 2.<sup>a</sup> Si el menor que ha sido emancipado por matrimonio ante su inminente paternidad, no debería estar también protegido por la previsión del art. 121.

e) *“El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez” (art. 157 CC)*<sup>102</sup>.

f) *Posibilidad de testificar en juicio.- “los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente” (art. 361-2 LEC).*

### C) *Actos patrimoniales.*

a) *Administrar los bienes adquiridos con su industria o trabajo.- Dispone el art. 164-2, que: “se exceptúan de la administración paterna: 3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará*

---

101. Encarna ROCA, encuadra este supuesto dentro de los que denomina actuación controlada: el CC admite la actuación del menor siempre que concurra el control de los titulares de la patria potestad o de la tutela y en último caso, algunas decisiones requieren la intervención judicial. El punto de partida es que no está emancipado, por lo que su actuación no debería ser eficaz; pero la naturaleza del derecho ejercitado... determina que la ley admita la validez del acto realizado en esas condiciones. En esta situación se encuentra el reconocimiento de los hijos no matrimoniales (arts. 124.1 CC y 95 CF), puesto que si alguien es físicamente capaz de engendrar hijos, debe ser capaz de asumir las obligaciones que la Constitución le impone respecto de ellos (*Familia y cambio social... cit.*, pág. 242).

102. El art. 70 del Proyecto aragonés dispone que *“el menor no emancipado que tenga suficiente juicio ejercerá la autoridad familiar sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la de la Junta de Parientes o la de un defensor judicial”*.

*el consentimiento de los padres*<sup>103</sup> *para los que excedan de ella*<sup>104</sup>.

En este precepto, conviene señalar varios aspectos: 1.º) Con respecto a los bienes que comprende el art. 162-2º.3, operará el principio de la subrogación real y, en consecuencia, habrá que incluir aquellos bienes que hayan ingresado en el patrimonio del menor en reemplazo de los obtenidos con su trabajo<sup>105</sup>; 2.º) Algunos incluyen bajo el manto de esta excepción, los bienes adquiridos con el trabajo e industria del menor antes de alcanzar los dieciséis años<sup>106</sup>. Tenemos nuestras dudas, pues así como el trabajo o industria *actuales* de menor mayor de dieciséis, presumen cierta madurez, no existen las mismas razones para los conseguidos por el trabajo o industria *pretérito*: p.e, de quien, en la más tierna infancia, fue el *Bebé-Dodot*. De admitir lo anterior, ¿porqué no darle, también, la administración al mayor de dieciséis de los bienes que heredó?; 3.º) Conviene hacer hincapié en que para los actos que excedan de la administración ordinaria, el consentimiento de los padres es a los efectos de complementar su capacidad y tiene las mismas características que el que ha de otorgarse al menor emancipado, para que realice los actos que señala el art. 323.1º. En ambos casos, quien obra es el menor y no el progenitor en sustitución de aquél y el efecto de su falta es la anulabilidad<sup>107</sup>. Distinto régimen tendrán los actos sobre los bienes que, ese mismo menor, hubiera adquirido *mortis causa* o a título de donación.

---

103. Y, en su caso, del tutor (por analogía), SERRANO MOLINA, op. cit., pág. 54.

104. El art. 23 del mencionado Proyecto aragonés señala que “compete exclusivamente al menor [mayor de catorce], sin necesidad de asistencia, la administración de... a) Los bienes que adquiera con su trabajo o industria”.

105. LINACERO DE LA FUENTE, M.: Régimen patrimonial de la patria potestad, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 130.

106. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1109.

107. LINACERO DE LA FUENTE, op. últ. cit., págs. 136 y 137.

b) *Disposición de sus bienes.*- Si bien los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del judicial. *Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros (art. 166 CC)*<sup>108 109 110</sup>. El art. 13 del Proyecto Aragonés es especialmente sistemático al abordar el problema de los actos de disposición y a él debe mirar el legislador estatal cuando aborde la reforma: “1. *El representante del menor necesita autorización previa de la Junta de Padres o del Juez para: a) Realizar actos de disposición sobre inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas, valores mobiliarios, bienes muebles de valor extraordinario u objetos de arte o preciosos. Se exceptúa la enajenación de acciones o derechos de suscripción preferente por un precio que sea al menos el de cotización en bolsa. b) Realizar actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades usuales. c) Renunciar a derechos de crédito. d) Dar y tomar dinero a préstamo o crédito, avalar, afianzar o garantizar con*

---

108. *La actual redacción se debe a la LO 1/1996 de 15 de enero y supone un aumento tanto de los actos como de los bienes a los que afecta la necesidad de autorización judicial (SÁNCHEZ-CALERO, La intervención judicial... cit., pág. 61).*

109. *Vid. infra, Capítulo 4, sobre la patria potestad.*

110. *Art. 7 del Proyecto de Ley de derecho de la persona aragonés: 1. La administración de los bienes del menor no emancipado, así como la disposición hasta que cumpla los catorce años, compete a los padres, como función aneja a la autoridad familiar, y, en defecto de ambos, al tutor. 2. Se exceptúan los bienes cuya administración y disposición correspondan al tutor real, administrador judicial o persona designada por aquél de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión. En los dos últimos casos se estará a lo ordenado por el Juez o el disponente y, en su defecto, serán aplicables las mismas limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor.*

*derecho real obligaciones ajenas. e) Dar en arrendamiento inmuebles, empresas o explotaciones económicas, por plazo superior a seis años, computándose a estos efectos el plazo por el que el arrendatario tenga derecho a prorrogar el contrato. f) Adquirir la condición de socio en sociedades que no limiten la responsabilidad de las personas que formen parte de las mismas. g) Transigir o allanarse. 2. No será necesaria la indicada autorización para tomar dinero a préstamo o crédito, incluso por vía de subrogación, para financiar la adquisición de bienes inmuebles por parte del menor, aun con garantía real sobre los bienes adquiridos”.*

*c) Los denominados “actos reales”.- Cabe, sabida la ausencia de perjuicios y la presencia de beneficios<sup>111</sup>, que los menores adquieran la posesión de las cosas (art. 443 CC) y, por ocupación, los bienes que carezcan de dueño (arts. 610 y ss.), como cabe que acepten donaciones que no sean ni condicionales ni onerosas (art. 626 CC); y por analogía, entiende DE CASTRO que el menor tiene capacidad para aceptar ofertas y perfeccionar otros negocios gratuitos puros, aunque no sean técnicamente donaciones “inter vivos” o “mortis causa”<sup>112</sup>; así como aceptar la renuncia de derechos, la renuncia de la herencia (art. 1.000), la renuncia de la prescripción ganada (art. 1.935), la renuncia de intereses (art. art. 1.110), aceptar la estipulación convenida por otras personas a favor del menor (art. 1.257), aceptar la promesa de fianza gratuita (art.1.823, 1.824), de prenda o hipoteca (art. 1.862), de cambio de rango hipotecario, para mejorar la situación de su crédito, la aceptación de un derecho de opción, de preferencia o de mantener una promesa contractual. Por similitud de razón, el menor podrá llevar a cabo ciertos actos defensivos o conservativos de sus derechos para los que no se requiere capacidad especial; así como constituir en mora a su deudor*

---

111. ROGEL, *op. cit.*, pág. 45.

112. Por poner un ejemplo de actualidad, poner saldo para el móvil a favor de tercero menor de edad.

(art. 1.100), interrumpir extrajudicialmente la prescripción de acciones (art. 1.973), denunciar vicios de la cosa comprada (art. 1.490, 1.496 y 1.499)<sup>113</sup>.

Finalmente, recordando lo dicho en cuanto a la capacidad de obrar, en general, del menor, podrá éste celebrar el contrato cuya eficacia sea claudicante, pero que, sin embargo, el tercero sí quede vinculado (art. 1.263, ex arg. art. 1.302) y podrá realizar todos aquellos actos para los cuales los usos sociales le reconozcan aptitud conforme a su edad y madurez.

*D) Algunos derechos del menor reconocidos por la LO 1/1996<sup>114</sup>.*

De la enumeración legal que la LOPJM hace de los derechos del menor, ha dicho LINACERO DE LA FUENTE que es redundante, parcial y defectuosa<sup>115</sup>. Pues bien, nos parece doblemente redundante por cuanto que, a las razones allí aludidas, creemos que hay que añadir también las carencias que esta autora incluye en la parcialidad: si se trata de derechos ya reconocidos en la Constitución para toda persona, porqué volver a repetirlos. Pero además, a la lista de los adjetivos descalificativos<sup>116</sup> propuestos a este elenco de derechos, añadiremos el de “*programáticos*”, pues el legislador del 96 adolece de cierto “*complejo de...*” constituyente. Nos detendremos únicamente en los arts. 4.º, 6.º y 9.º por entender que son los que representan alguna particularidad con respecto a la capacidad de obrar del menor.

---

113. DE CASTRO, *Derecho civil de España, cit.*, pág. 183.

114. Como derechos de la personalidad que son, están dentro del ámbito de capacidad previsto por el art. 4.º-1 b) del Proyecto de Ley de la persona de las Cortes de Aragón para el menor aragonés con suficiente juicio.

115. *Protección jurídica... cit.*, pág. 91 y ss. De redundancia también la acusa Encarna ROCA, en *Familia y cambio social... cit.*, pág. 227.

116. “*La ley está repleta de generalidades y de un lenguaje abstracto e indeterminado*”, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Abandono y desamparo... cit.*, pág. 178.

a) *Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 4.º)*.- El art. 4.º de la LOPJM presenta como única novedad que pretende reforzar los mecanismos de garantía de estos derechos en consideración del sujeto a que se refiere, el menor. En este sentido legitima al Ministerio Fiscal, a los padres, tutores, poderes públicos<sup>117</sup>. Supone, un recorte de capacidad respecto la antigua legislación. El art. 3.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen capacitaba al menor o incapaz “*si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil*”, para prestar la autorización que, con arreglo al art. 2.º de la misma ley, excluiría la apreciación de intromisión ilegítima: “*En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez*” (art. 2-3). Aplaudimos, -con ALCÓN YUSTAS-, estos preceptos de la LOPJM que refuerzan los mecanismos de garantía a la hora de difundir datos o imágenes referidos a menores pues la ambigüedad de los preceptos de la LO 1/1982 podía comprometer el principio de seguridad, debido a las condiciones de indefensión de los titulares de estas facultades<sup>118</sup>.

PANTOJA GARCÍA aborda dos cuestiones que nos parecen fundamentales: 1.<sup>a</sup> el menoscabo a su honra o reputación, no sólo debe atender a lo que socialmente pueda considerarse afrentoso, sino, lo que en la especial relación *entre los propios menores que conforman su entorno social habitual* se considere como afrentoso. Cuestión que habrá que estudiar detenidamente en cada caso; 2.<sup>a</sup> El

---

117. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Abandono... cit.*, págs. 179 y 180.

118. *Los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de los menores en Jornadas sobre Derecho de los Menores*, (Coords) LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MAYORAL NARROS, I., Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pág. 388.

límite derivado de la madurez del menor o, de su falta de ella, ya que si nos atenemos al art. 2 cualquier medida que se adopte con respecto a un niño, como puede ser el conocer el contenido de sus cartas, ha de estar informado por el principio de su carácter educativo. ¿Hasta qué punto pueden los padres realizar dicha intervención o hasta qué punto es un niño suficientemente maduro como para oponerse a la misma? Pues bien, concluye este autor que el consentimiento o la madurez a que se refiere esta Ley y que supone la disposición de derechos personalísimos y fundamentales del más alto rango constitucional, deben estar encuadrados en el ámbito de la legislación civil de referencia, en el caso de los mayores de 16 años, es decir, en el supuesto en el que la Ley permite la emancipación. Sentado lo anterior, -añade-, bien es cierto que a título orientativo parece posible afirmar que por debajo de la edad de 16 años, valorando educativamente el interés del menor, será posible una interpretación que autorice la intervención de los padres o tutores en ese ámbito, pero siempre, claro está, sujeto todo ello, al posible control jurisdiccional y al posible ejercicio de las funciones de tutela encomendadas al Ministerio Fiscal, y siempre con los criterios informados por el artículo 2 aludidos al principio<sup>119</sup>.

*b) Libertad ideológica (art. 6.º).*- La LOPJM vuelve a pecar de reiteración innecesaria de una norma constitucional, como es el art. 16<sup>120</sup>; pero, además, la llamada a los padres o tutores en el apartado tercero para cooperar en el ejercicio por el menor de esta libertad, debe ser considerada como una vaguedad absoluta e inútil, reflejo de la fatuidad que impera esta normativa<sup>121</sup>. Dejando, pues, al margen una ley que nada aporta, tratemos de resolver los problemas que la libertad ideológica plantea sobre la capacidad de obrar del menor. La

---

119. PANTOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, Ed. Colex, Madrid, 1997, págs. 13 a 16.

120. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Abandono... cit.*, pág. 181.

121. *Ibidem*.

titularidad del derecho en cabeza del menor parece clara; así lo reconoce la CE, así nos los recuerda la LOPJM en el artículo ya comentado, y la LO 10/2002 de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (art. 2-2, b) <sup>122</sup>.

En cuanto a la capacidad del menor sujeto a patria potestad para el ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales, el criterio no puede ser otro que atender a la efectiva existencia de la capacidad natural. No obstante, la capacidad natural no es un concepto unitario de tal modo que un determinado grado de madurez pueda ser suficiente, para ejercitar un derecho pero no otro. En realidad cada derecho exigiría una capacidad natural determinada que siempre, sobre la base de la existencia de un sustrato de madurez, dependería, en último término, de la naturaleza del acto y de la trascendencia y consecuencias irreversibles inherentes al ejercicio. Obviamente, no es lo mismo la capacidad necesaria para ejercitar un derecho a la libertad religiosa que la necesaria para consentir la esterilización, o la capacidad para realizar un acto de culto, que para el rechazo de un tratamiento médico por motivos religiosos<sup>123 124</sup>.

PANTOJA GARCÍA, afronta el problema de los menores que aparecen incluidos por sus padres en grupos sectarios. ¿Hasta qué punto el ejercicio de las obligaciones establecidas en el art. 6.º-3 por parte de padres y tutores puede dar lugar a una declaración de desamparo o riesgo por situar al menor en actividades sectarias? Y ¿cuál debe de ser la actuación del Ministerio Fiscal ante estas situaciones? El principio general enunciado de que el menor ejerza la libertad

---

122. “Se reconocen al alumno los siguientes derechos básicos...b) A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución”.

123. ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, págs. 40 a 42.

124. Las situaciones que, si bien invocando el derecho a la libertad ideológica o de conciencia, pongan en peligro la vida o la integridad física del menor, hemos preferido incluirlas, en el apartado de los derechos de la personalidad: derecho a la vida y a la integridad física.

ideológica de modo que contribuya a su desarrollo integral no es un concepto jurídico y, por lo tanto, solamente en el caso de que los técnicos alerten sobre la situación de desprotección del menor –debiendo tener muy en cuenta la edad de éste y su madurez- podría dar pie a una actuación del Ministerio Fiscal<sup>125</sup>.

La libertad ideológica confluye con el derecho a la educación, reconocido en el art. 27-3 CE a los padres. Cuando el criterio de los padres discrepe del criterio del menor con suficiente juicio, será más fácil, para los Jueces y Autoridades valorar el interés del menor así como su madurez<sup>126</sup>; Pero cuando los menores, aparentemente en el ejercicio de su libertad ideológica y de conciencia, coincidan con sus padres o guardadores en el seguimiento de unas prácticas que puedan entrar en contradicción con los principios constitucionales, será más difícil y, a la vez más necesaria su intervención. Entre otras cosas deberán cerciorarse de que se trata de un criterio libremente formado por el menor, sin captaciones de voluntad o sin miedo reverencial; e incluso, en tales casos, corresponde a los poderes públicos “*la prevención y reparación de situaciones de riesgo*”, como en los supuestos de negativas a la escolarización (art. 12 LOPJM)<sup>127</sup>.

---

125. *Op. cit.*, últ., págs. 43 y 44.

126. RIVERO HERNÁNDEZ, refiere el célebre caso “Gillick v. West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority” (1986) que se planteó en Reino Unido: Una madre de cinco hijas se querelló contra la institución de Sanidad porque en un centro de ella dependiente, -basándose en una circular que permitía suministrar anticonceptivos en ciertos casos a menores de 16-, habían asesorado a una hija suya de 14 ó 16 años, menor de edad y por tanto, sometida a patria potestad. La Cámara de los Lores reconoció el derecho de una menor a obtener tratamiento anticonceptivo. El razonamiento fundamental consistió que la patria potestad no es un derecho absoluto a cierta edad de los hijos si éstos tienen suficiente juicio y madurez, que en el caso comportaba el tratamiento anticonceptivo (*Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios en Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, (Coord.) Consejo General del Poder Judicial, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000, vid. también en *El interés... cit.*, pág. 145 y 146).

127. Ante la multitud de ramificaciones de los posibles conflictos que en cuanto a la capacidad del menor pueden presentarse, remitimos al riguroso estudio que ASENSIO SÁNCHEZ hace en *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor* ya citado.

c) *Derecho a ser oídos*<sup>128</sup> (art. 9.º).- Este es, sin duda, uno de los más importantes derechos que se reconocen a los menores, aunque no novedoso, pues ya se encontraba recogido en múltiples normas del Código civil<sup>129</sup>. Pese a la vocación del legislador de generalidad de este derecho, lo limita luego a las decisiones que afecten a “*su esfera personal, familiar o social*” omitiendo de su órbita el ámbito patrimonial<sup>130</sup>.

Aunque las preferencias del menor no sean vinculantes ni para padres ni para juzgadores, sí tiene relevancia que se le tenga en cuenta por cuanto que como señala RIVERO HERNANDEZ en lo racional, el menor dispone de menos conocimientos y experiencia del mundo y de la vida; corre mayor riesgo de equivocarse, por lo que debe ser asistido y a veces sustituido en la adopción de decisiones que le afecten. En cambio, en orden a sus sentimientos, donde lo racional tiene menos peso pero ellos no menor trascendencia en el bienestar de una persona, el respeto de esos sentimientos y su toma en consideración a efectos de su interés es mucho más importante y necesario<sup>131</sup>. Esta situación de respeto al menor por consideración a su persona, conjugada con su interés superior, que obliga a que su opinión no sea vinculante y, en consecuencia, no se traduzca en una mayor capacidad de obrar, hace que el *derecho a ser oído* esté a caballo entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar: “el niño es un sujeto, y no un objeto”<sup>132</sup>.

---

128. Con buen criterio, observa RIVERO HERNÁNDEZ como “sería mejor, semántica y jurídicamente, escuchar que oír” (*El interés... cit.*, pág. 119).

129. SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, *Abandono y desamparo de menores...*, cit., pág. 182.

130. GULLÓN BALLESTEROS, *Sobre la Ley...* cit., pág. 1693. También se hacen eco de esta carencia, RIVERA FERNÁNDEZ, *Anotaciones a la Ley 1/96...* cit., pág. 6507 y LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica...* cit., pág. 137.

131. *El interés...* cit., pág. 118.

132. MARTHALER, citado por RIVERO HERNÁNDEZ, en *El interés...*, pág. 138.

Mención especial, merece la supresión de la obligatoriedad de audiencia de los hijos mayores de doce años por las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio en los procesos de nulidad, separación o divorcio. Conforme la antigua redacción, el art. 92-2 rezaba así: “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”. Hoy ha quedado muy mermado el derecho de los menores a ser oídos, pues el art. 92-6 dispone que *“en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y 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, 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 y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”*. Su eliminación se debe a una enmienda del Grupo Mixto (D.<sup>a</sup> Begoña Lasagabaster Olazábal, diputada de Eusko Alkartasuna) cuya justificación residía en los efectos negativos en el menor que produce su presencia en los Juzgados. En la opinión de LINACERO DE LA FUENTE, dicha conclusión es contraria a la regulación del derecho de audiencia en la regulación específica de menores y en el propio Código Civil (arg. arts. 9 LO 1/1996, de protección jurídica del menor, Convención de los derechos del Niño; 154.2; 156.2; 159; 231 y 248 del Código Civil)<sup>133</sup>.

Dado el carácter personalísimo de este derecho, sorprende que se garantice su ejercicio a través de persona interpuesta. GULLÓN, puso de manifiesto como más que de representación se ha querido aludir a la figura jurídica del *nun-*

---

133. *Leyes de familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio*, Revista de Derecho Privado, marzo-abril, 2006, pág. 78 y ss.

tius<sup>134</sup>. En todo caso, pensamos que el Juez deberá tener en cuenta que esa actuación es referencial.

*E) Ejercicio por el menor de otros derechos de la personalidad no previstos en la LOPJM.*

*a) Derecho a la vida y a la integridad física. Tratamientos médicos forzosos.-* Es principio general, unánimemente aceptado que el consentimiento del paciente, su voluntad, es un medio de participación de éste en la adopción de decisiones médicas que le afecten de forma más directa y a veces más grave. Es algo sustancial (no formal o accesorio), especialmente importante porque comporta el respeto a la autonomía privada, a la voluntad de la persona, a su esfera de intimidad personal, a su dignidad. Es tan importante que, en casos sometibles al Código Penal, excluye la antijuricidad<sup>135</sup>.

Para que tal consentimiento sea libre y voluntariamente adoptado por el paciente se ha de haber cumplido como previo con el requisito de la información<sup>136</sup>. Es lo que se ha venido en llamar *consentimiento informado*<sup>137</sup>.

---

134. *Ibidem*; y a partir de él toda la doctrina es unánime en reconocerlo. Merece la pena destacar, como hace esta autora, que los hijos no matrimoniales mayores de 12 años sí deben ser escuchados, arg. arts. 154.2 y 159); podríamos añadir incluso, que cabrían dudas sobre si el art. 159 ampararía el derecho a ser oídos de los menores en el proceso de divorcio de sus padres, cuando hubiera sido precedido de una larga separación de hecho.

135. RIVERO HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios... cit.*, pág. 208 y ss.

136. Así, el art. 2-6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: “*Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente*”.

137. Art. 8.º, 41/2002.

Son muchas y muy distintas las situaciones en que los menores pueden ver comprometidos su derecho a la vida y a la integridad física: desde un mero tratamiento dental, una grave operación que ponga en riesgo su vida, tratamientos muy abrasivos que supongan un deterioro de su imagen –con todo lo que ello supone a determinadas edades-, esterilización de mujer incapacitada, aborto, trasplantes de órganos de menores o incapaces vivos, alimentación forzosa de pacientes anoréxicos y bulímicos, internamientos forzosos de menores drogo-dependientes, transfusiones de sangre a menores testigos de Jehová... Todo ello, conjugado con las diferencias de edad y capacidad natural que se pueden presentar. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica ha venido a enturbiar aún más tan complicado panorama<sup>138</sup>. Sin ánimo sistemático vamos a destacar sólo algunos aspectos de entre los muchos que aquí se suscitan que nos parecen especialmente llamativos.

*Pacientes anoréxicos y bulímicos.*- Se ha afeado a cierto juez de Barcelona por someter a tratamientos obligatorios a enfermos de anorexia, mayores de edad,

---

138. ASENSIO SÁNCHEZ, observa como el menor emancipado que, conforme a las normas del CC no debería presentar ninguna diferencia con la mayoría de edad, sin embargo, en virtud del art. 9-3.c) *en caso de actuación de grave riesgo, a criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta...* En la práctica, se traducirá en que los médicos solicitarán tanto el consentimiento del menor como el de sus padres; Parecida situación ocurre con el menor mayor de dieciséis años, ante quien tampoco cabe la representación legal, pero el facultativo podrá pedir a los padres su opinión. En la práctica, se deja la decisión al arbitrio de los médicos con la consiguiente merma de autonomía del menor. Se distingue también, el menor de dieciséis años capaz de comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención que podrá prestar consentimiento de forma autónoma sin necesidad de representación legal, pero claro con las limitaciones que veíamos para los anteriores ¿? (op. últ. cit., pág. 122 y ss.). En otras ocasiones, como en materia de aborto, la Ley remite a *“lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”*. Observa PARRA LUCÁN, con gracia, como *“no hacía falta que la ley dijera que es válido el consentimiento de las mujeres mayores plenamente capaces. El problema se plantea respecto de las menores y de las que no tengan capacidad suficiente para prestar su consentimiento (La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, Aranzadi Civil, 2003-I, pág. 1928).*

con el consentimiento de los padres, por argumentar que cuando se trata de personas mayores de edad, el consentimiento de los padres, es irrelevante, presumiéndose la plena capacidad<sup>139</sup>. Partiendo del hecho de que, toda persona mayor de edad se presume capaz, consideramos que tanto la anorexia como la bulimia consisten en unos trastornos psiquiátricos que bien pudieran tener el mismo tratamiento jurídico para mayores que para menores con capacidad de discernimiento: la distorsión de la realidad, llegado el caso<sup>140</sup>, es la misma<sup>141</sup>. Es una enfermedad larga que puede hacerse crónica o incluso mortal y los poderes públicos no pueden quedarse impasibles invocando la libertad de un individuo que deja de ser libre por la enfermedad que le incapacita<sup>142</sup>. Cuando las medidas entrañen el internamiento de la paciente habrá que proceder como si de un internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico se tratara. Ciertamente, el art. 763 de la LEC no legitima ni a los padres ni al cónyuge ni a nadie para incoar el procedimiento por el que se requiere la autorización judicial; sin embargo, y puesto que se trata de un internamiento no voluntario, la interpretación lógica del mismo hace pensar que serán los parientes más allegados quienes lo ha de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal para iniciarlo.

*Esterilización de mujer incapacitada.*- Hacemos referencia a este caso, porque aunque no sea propiamente de menores, sí lo es de persona incapacitada (situa-

---

139. RIVERO HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios... cit.*, pág. 222. Entendemos que esta situación es muy parecida a la de los menores enfermos por drogodependencia.

140. En estadios leves, que además no supongan riesgo para la enferma, puede no afectar a su vida de relación.

141. Las enfermas de bulimia llegan a robar, incluso en la calle, para conseguir dinero que emplean en adquirir caprichosamente comidas que luego vomitan, o compras compulsivas de de pantalones de la talla 34, por tanto, allí dónde procedan medidas de tipo personal, posiblemente también sean precisas otras patrimoniales.

142. Se convierte en "suicidio lento" lo que intencionadamente pudiera no serlo (GUTIERREZ GIL, A. J.: *Los tratamientos médicos forzosos*”, en *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, (Coord.) Consejo General del Poder Judicial, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000, pág. 252.

ción equivalente)<sup>143</sup>. Pese a que no cabe duda de que dichas personas no pueden prestar su consentimiento<sup>144</sup>, el art. 156-2 del Código Penal prevé que: *Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.* “La justificación de la autorización judicial para la esterilización, con otros requisitos y garantías, reside en el interés de la incapacitada, el goce y salvaguarda de su dignidad (no verse sometida a continua vigilancia para evitar relaciones sexuales y embarazo) y ciertos derechos (ejercicio de su sexualidad, hasta donde sea posible), algunos fundamentales<sup>145</sup>.

Conviene destacar el carácter individual del requerimiento del incapaz (o de su representante legal) para arribar a la esterilización; resguardo que separa al intento ibérico de pretensiones eugenésicas colectivas<sup>146</sup>.

*b) Derecho a la libertad.*- Curiosamente, la LOPJM no aborda el derecho fundamental a la libertad, sino sólo en algunas de sus múltiples manifestaciones: la *libertad ideológica o la libertad de expresión*; pero, sin acometer la libertad en su grado más puro, la libertad del individuo. Y ello, pese a que el artículo 9-2 de la CE<sup>147</sup> sí lo reconozca a todos los individuos, -sin excluir a los menores-.

---

143. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés... cit.*, pág. 149 y ss.

144. El art. 155 CP: No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.

145. *Ibidem*.

146. SEOANE RODRIGUEZ, J. A.: *La esterilización de incapaces en el derecho español*, Ed. Fundación Paideia, La Coruña, 1996.

147. “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”.

Constituye, a su vez, un derecho de la personalidad<sup>148</sup>. En cuanto a la libertad personal<sup>149</sup> del menor, -de la que podemos decir que es uno de los dones más preciados de la persona, y sin él quedan capitivados casi todos los demás derechos fundamentales y libertades públicas<sup>150</sup>-, nos encontramos ante el supuesto del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, que merece idéntico régimen que si se tratara de un mayor de edad<sup>151</sup>; pero, también debemos plantearnos si podríamos mandar a un menor a un colegio interno contra su voluntad, o incluso si ¿podemos dejar al menor castigado en casa estudiando sin arriesgarnos a que nos interpongan un *habeas corpus*? De momento, hasta que terminen la enseñanza secundaria obligatoria (16 años), han de estar presentes las horas lectivas en su centro educativo, cuya elección, -en última instancia y valorando siempre el interés del menor-, la harán sus padres o guardadores; y por la misma ratio, podrán los padres o guardadores retenerles en sus casas, cuando a sí convenga a su interés.

---

148. “El derecho a la libertad – cuyo objeto es una indiscriminada falta de obstáculos al desenvolvimiento de la actividad del sujeto- es también un modo de ser personal, consistente en ser libre la persona en las propias acciones, y como tal constituye un derecho de la personalidad” (RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: Elementos de *Derecho civil. Parte General del Derecho civil*, vol. 2.º, Personas, Barcelona, 1983, pág. 49).

149. Art. 17: 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.* 2. *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.* 3. *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales, en los términos que la ley establezca.* 4. *La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.*

150. *Ibidem.*

151. Art. 763 LEC: 1. *“El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes*

El Proyecto de Ley de la persona de las Cortes de Aragón, con vocación sistemática, capacita al menor con suficiente juicio para que pueda ejercitar por sí solo los derechos de la personalidad. Pese a la aparente bondad del precepto, estimamos que en caso de desacuerdo entre el menor y los titulares de la autoridad familiar o, en su defecto, con el tutor, el litigio estará servido; éstos no siempre podrán invocar la falta de suficiente juicio para el acto en cuestión.

#### **4. La emancipación.**

La emancipación, desde una perspectiva amplia, tanto quiere decir salida de la patria potestad, incluida aquí la emancipación por mayor edad a que se refiere el art. 314.-1.º CC. En sentido estricto, es un acto o negocio del Derecho de familia, –o consecuencia de otro negocio, en el caso de la emancipación por matrimonio–, que determina el surgir un estado civil para el menor púber, el estado civil de emancipado, a caballo entre la mayor y la menor edad. Con la salvedad del matrimonio, para la emancipación se requieren dieciséis años cumplidos y la anuencia del menor<sup>152 153</sup>. Es a este sentido estricto al que vamos a hacer referencia en las páginas siguientes (arts. 314 a 324 CC).

Ya a finales de los ochenta, se planteaba PÉREZ DE CASTRO si tenía sentido

---

*posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley. 2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.*

152. ROGEL, *op. cit.*, pág. 46 y 47.

153. Excepción hecha del Derecho aragonés, en el que el matrimonio determina la mayoría de edad; pues el art. 1.º del Dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de derecho de la persona de 15 de diciembre dispone que: “1. *Es mayor de edad: a) El que ha cumplido los dieciocho años. b) El que ha contraído matrimonio”.*

mantener, el instituto de la emancipación tras las reformas sobre mayoría de edad, empezadas con el RDL de 16 noviembre de 1978 y seguidas por el art. 12 CE. Con la rebaja de la mayoría de edad a los dieciocho años (edad mínima prevista antes para emancipación, excepto por matrimonio) el número de personas que se emanciparía sería inferior a la etapa anterior; otro tanto podríamos decir del grado de madurez suficiente para gobernarse; a lo que habría que sumar el mayor grado de intervención y decisión en los asuntos que afectan a su órbita personal e incluso patrimonial alcanzado por los menores no emancipados. Hay que añadir el dato de que el medio más frecuente a través del cual se alcanza la emancipación es el matrimonio y que, en ocasiones, supuso un medio de fraude fiscal. Aún así, esta autora llega a la conclusión de que la emancipación no debe desaparecer<sup>154</sup>.

Recientemente, hay dos circunstancias que están haciendo rebrotar el interés de la ciudadanía por la emancipación tanto por concesión paterna como por beneficio de la mayor edad. La primera viene de la mano de la legislación urbanística y de las viviendas de protección oficial para jóvenes. Sirva como ejemplo, el art. 7-1 a) del DECRETO 19/2006, de 9 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid. De entre los requisitos para solicitar una vivienda de titularidad pública incluye: *“ser el solicitante mayor de edad o menor no emancipado y no encontrarse incapacitado para obligarse contractualmente, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil”*. Si esto se conjuga con la precariedad y falta de independencia económica de los jóvenes en general, cuánto mayor no será en la franja de edad que abarca de los dieciséis a los dieciocho.

---

154. *El menor emancipado cit.*, págs. 13 a 15. ROGEL, añade a las causas que reducen la incidencia de la emancipación, la poca independencia económica de los hijos y la prolongación de la enseñanza obligatoria (Ibídem).

La realidad social, nos hace suponer que, en la mayor parte de los casos, estas emancipaciones no obedecerán a necesidades reales y lícitas, sino que la norma se presta a emancipaciones en fraude de ley: padres e hijos, -no olvidemos que ellos también han de consentir-, que procedan a la emancipación, con independencia de la madurez del sujeto y de otras circunstancias, a los solos efectos de tener más opciones para la adquisición de dichas viviendas ya que supone un ahorro importante con respecto al precio de mercado<sup>155</sup>. El peligro que entraña para el interés de los menores el ser emancipados, prematuramente<sup>156</sup>, con miras a la eventualidad de que les adjudiquen una VPO es patente; por si fuera poco la emancipación por concesión es irrevocable. Sólo cabría la remota posibilidad de que los padres o tutores alegaran y probaran que el acto de concesión se había realizado en fraude de ley.

La segunda de las circunstancias a la que hacíamos referencia, es aún más sangrante: últimamente llegan con frecuencia a los “puntos de encuentro familiares” padres desesperados que, ante su ineptitud para hacer frente a hijos adolescentes díscolos y pendencieros, acuden para interesarse por las fórmulas que la ley arbitra para que dichos hijos abandonen el hogar familiar. No obstante, ser informados de la obligación que les compete de prestarles alimentos aunque procedan a su emancipación, estos padres optan por la emancipación como mejor vía para recuperar la paz del resto de los miembros de la familia y,

---

155. Por seguir con el mismo caso ejemplar: *“El Plan de Vivienda Joven de la Comunidad de Madrid soluciona el problema del acceso a la primera vivienda y supone un apoyo financiero a medio y largo plazo para los jóvenes que residen en la región, ya que el esfuerzo económico que un joven debe hacer para adquirir un piso del Plan Joven es del 28% de su renta frente al 70% estimado para una vivienda libre”*. (Esta información puede ser utilizada en parte o en su integridad sin necesidad de citar fuentes. Dirección General de Comunicación – Puerta del Sol, 7, planta baja / 28013 MADRID Tel. 91 580 20 70 / Fax 91 580 20 75 / Web <http://www.madrid.org/prensa>. Nosotros las citamos, por obvias razones).

156. A este respecto señaló la DGRN que *“debe tenerse en cuenta, además, que en el acto de emancipación no hay necesariamente un control oficial, desde el punto de vista del interés público, de la especial aptitud del sujeto para merecer la emancipación”* [24702/1986 (R1017)].

a su vez, para exonerarse de una eventual responsabilidad civil<sup>157</sup> derivada de las actuaciones ilícitas cometidas por su hijo. Si en principio, y por definición, parecería que la emancipación y el beneficio de la edad están concebidos para menores que han alcanzado unas condiciones de madurez que les permitan autogobernarse, no parece que estos casos encajen en el supuesto de hecho previsto en la norma, sino más bien al contrario...

Pues bien, como es sabido, según dispone el art. 314 CC: *La emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad.-2.º Por el matrimonio del menor.- 3.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. - 4.º Por concesión judicial.* Cuando la emancipación se haya conseguido siguiendo los cauces previstos en este precepto, *habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros; y no podrá ser revocada* (art. 318)<sup>158</sup>.

Como es lógico, en la emancipación por vida independiente, y en atención a que es una situación de hecho, no es necesario el requisito de la inscripción registral; no obstante, el mero hecho de la posesión de estado hace que la emancipación por vida independiente produzca también efectos frente a terceros.

Por su parte, el art. 323 establece el régimen jurídico del menor emancipado en

---

157. Parece muy dudoso que a través de este cauce se pueda conseguir una exoneración de la responsabilidad civil paterna; pero sobre ello hablaremos más adelante.

158. Artículo 27 del Dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de derecho de la persona de las Cortes de Aragón dispone que 1. *La emancipación por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar requiere que el menor tenga catorce años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil. 2. El Juez podrá conceder la emancipación al menor mayor de catorce años si éste la pide y previa audiencia de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela: a) Cuando quien ejerce la autoridad familiar contraiga nupcias o conviva maritalmente con persona que no sea también titular de la autoridad familiar sobre el menor. b) Cuando quienes ejercen la autoridad familiar vivan separados. c) Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar. d) Cuando el menor esté sujeto a tutela. 3. Concedida la emancipación no podrá ser revocada.*

cuanto a su capacidad de obrar: “*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad*”<sup>159</sup>. Sienta pues la regla general de capacidad igual a la mayoría de edad: “*como si fuera mayor*”; y sus excepciones: “*pero...*”. La regla general de la equiparación a la mayoría de edad es clara: adquiere independencia personal porque se extingue la representación legal; y sólo restan algunas limitaciones a su capacidad negocial.

El artículo 1.263 CC le reconoce capacidad para prestar consentimiento contractual, y ello comportará que los negocios realizados en el ámbito reconocido a su capacidad, no serán susceptibles de impugnación por causa concreta de falta de asentimiento de las personas legitimadas<sup>160</sup>. Como señalan PÉREZ GONZALEZ y ALGUER, “el menor emancipado actúa por sí mismo, pero no por sí sólo; puede asumir todo tipo de obligaciones, incluso las que aparecen vedadas, sólo que, en este caso, aún quedando perfectamente obligado y siendo eficaz el negocio, este efecto no es firme, deviniendo impugnable”<sup>161</sup>.

Señalaremos únicamente algunos aspectos de las excepciones a la capacidad negocial:

---

159. Como puede verse, la situación de *menor* emancipado es la misma en todos los casos (sin perjuicio de algunas peculiaridades). Lo que difiere es el cauce por el que puede accederse a esa situación (DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ *cit.*, pág. 71 y ss.).

160. TOLDRÀ ROCA, *La anulabilidad...* *cit.*, pág. 135.

161. Citado por TOLDRÀ, *op. y loc. cit. últ.*

a) *No podrá el emancipado tomar dinero a préstamo sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*- El menor emancipado no podrá ser prestatario, aunque sí prestamista. Las explicaciones doctrinales respecto del fin perseguido con esta limitación parecen hoy superadas y, con buen criterio, se ha considerado que “un préstamo de dinero sin actualización del poder adquisitivo de la moneda, que por muy desventajoso, es abstracta y potencialmente, un buen negocio...”<sup>162</sup>.

b) *No podrá gravar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*- Empezaremos por ver el alcance del término “gravar”. No se plantean dudas en cuanto a que la limitación alcanza toda constitución de derechos reales sobre los inmuebles propiedad del emancipado. Tampoco debería plantear duda, que alcanzara también a la constitución de gravámenes sobre otros derechos reales de los que fuera titular el menor; es decir, el menor emancipado titular de un usufructo necesitaría del asentimiento paterno para gravar dicho usufructo con una hipoteca.

En cuanto a si podrá el emancipado ser *arrendador de bienes inmuebles*, un

---

162. PÉREZ DE CASTRO, *El menor... cit*, págs. 170 a 190. Apoya esta autora, de *lege ferenda* la conveniencia de asimilar este contrato de préstamo sin cláusula estabilizadora ni garantía real al acto de administración cualquiera. En su meritorio empeño por erradicar esta limitación, señala como el art. 323, cuando dice que el menor emancipado no puede tomar dinero a préstamo si no es con el consentimiento de sus padres o tutor [hoy curador] alude tan sólo a una forma concreta de los negocios crediticios como es el mutuo. Pero no recoge aquellos otros que lo son en sentido amplio, tales como la compraventa con pago del precio aplazado (compraventa a crédito) y la compraventa a plazos de cualquier clase de bienes. Ello pone de manifiesto que existe un desfase entre la realidad económica y social que contemplaba el Código cuando surgió esta norma y la situación actual. No obstante, ello no significa que la limitación que se analiza deba extenderse a todo negocio crediticio, sino más bien que las justificaciones expuestas ante ésta carecen de peso. En contra GARCÍA AMIGO, que estima que “las deudas contraídas por el menor emancipado podrán hacerse efectivas, siempre que no provengan de préstamo, sólo sobre los bienes no mencionados en el art. 323. En consecuencia, el art. 323 está formulando una excepción más al principio de la *garantía patrimonial universal* (op.cit., pág. 368. *El subrayado es suyo*).

sector doctrinal, -heredero de la bipartición que existía en la antigua legislación de arrendamientos urbanos entre arrendamientos inscribibles y no inscribibles-, estima que se trata de actos de disposición, puesto que hoy en día todos son inscribibles en el Registro de la Propiedad<sup>163</sup>. Siguiendo por esta línea se llegaría al sin sentido de que el emancipado no podría, ni tan si quiera, celebrar arrendamientos de temporada, -acto de administración por antonomasia-, pues también son inscribibles.

Pues bien, partiendo de lo difícil que es trazar una línea divisoria entre los actos de administración y los de disposición, ayudándonos, -*mutatis mutandis*-, del argumento esgrimido para los actos de enajenación y gravamen a los que se refiere el art. 166 que requieren de autorización judicial<sup>164</sup>, entendemos que dado que el art. 1.548 del Código Civil dice, con respecto a los arrendamientos en general, que *“Los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años”*, sí cabe admitir los arrendamientos de inmuebles urbanos. El art. 9.º LAU impone la prórroga obligatoria para el arrendador, voluntaria para el arrendatario de hasta cinco años; pasados los cuales, lo único que obsta es la tácita reconducción del art. 10. Pero para que se produjeran dichas prorrogas sería necesario que *“ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con un mes de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo”*; y para entonces nuestro menor ya tendría, por lo menos, veintiún años...<sup>165</sup>. Además, en el caso

---

163. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, (Coord.) F. J. SÁNCHEZ CALERO, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 393.

164. Blanca SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 90 y ss.

165. Parecido panorama tenemos con los arrendamientos rústicos: El art. 12, redactado conforme a la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, establece una duración mínima de cinco años, y añade que *“Será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que las partes estipulen una duración menor”*.

de que se superara el plazo previsto por el art. 1.548 y el emancipado no hubiera contado con el asentimiento de sus padres o curador, el efecto sería la anulabilidad del arrendamiento, pudiendo ser confirmado por el emancipado al alcanzar la mayoría de edad y durante los cuatro años siguientes, tratándose además de un contrato de tracto sucesivo, no supondría ningún menoscabo.

*c) No podrá enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*- El término enajenación tiene varias acepciones: en sentido amplio, equivale a voluntario desprendimiento, por el titular, de su derecho (que comprende incluso casos en que no supone traslado del mismo a otro sujeto, como es la renuncia al derecho); y en sentido estricto, significa transferencia de un derecho por acto *inter vivos*<sup>166</sup>. Entendemos que el art. 323 hace referencia a la enajenación en sentido amplio. Si el legislador, en su afán por proteger al emancipado, no permite realizar contratos onerosos y conmutativos sobre determinados bienes y derechos, cuanto más le prohibirá actos de dejación de su derecho sin que haya correspondiente, como es el caso de la renuncia.

Señala RIVERO HERNÁNDEZ, que la renuncia, como manifestación de voluntad que es, puede resultar ineficaz: nula, anulable o rescindible, quedando sometida a las reglas generales sobre ineficacia típicas de los negocios patrimoniales<sup>167</sup>. De la incapacidad para renunciar sobre los referidos bienes habría que incluir la incapacidad para transigir<sup>168</sup>.

---

166. RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil. Parte General del Derecho civil*, vol. 3.º, *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1984, pág. 101.

167. *Op. últ. cit.*, pág. 110.

168. En este sentido, SANCHEZ-CALERO ARRIVAS, en relación a la necesidad de recabar la autorización judicial, los padres que pretendan transigir los derechos de los hijos no emancipados (*op. cit.*, pág. 85 y ss.).

En cuanto al supuesto de renuncia o transacción sobre las indemnizaciones debidas a los emancipados, en principio, se necesitaría autorización de los padres o curador solamente para transigir sobre “*los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor*”; pero, teniendo en cuenta que las cantidades suelen ser muy elevadas, se pueden calificar de “*objetos de extraordinario valor*”<sup>169</sup>. Ahora bien, la cuestión se complica si tenemos en cuenta que, habitualmente, se tratará de indemnizaciones derivadas del ejercicio de los derechos de la personalidad del emancipado: integridad física, sobre todo, derivada de accidentes de circulación. ¿Cómo compaginar el art. 162-1.º con esta lectura del 323? La situación es muy próxima a la del menor no emancipado, puesto que el ámbito de los derechos de la personalidad cuando por sus *condiciones de madurez, pueda* [el hijo] *realizar por sí mismo* (art. 162-1) alcanza también a éste. Estimamos que, dado que el juego de las normas sobre capacidad está pensado para proteger al menor, incapaz o sometido a curatela, la solución más acertada es optar por la necesidad de asistencia; ello permite que, siendo el emancipado quien preste consentimiento, celebre el negocio y lo perfeccione, pueda también impugnarlo, llegado el caso. En última instancia, en caso de desacuerdo entre la indemnización que el emancipado acepta y la que los padres o curadores estiman oportuna, deberá dirimir el Juez.

Al hablar de enajenaciones, no podemos pasar por alto, el hacer una alusión a que las limitaciones al emancipado se imponen, únicamente, para enajenar; para ser transmitente, pero no hay limitación alguna para ser adquirente: nuestro emancipado podría, p.e., comprar objetos de extraordinario valor, -coches

---

169. Este es el pensamiento mayoritario seguido por la doctrina al plantearse la necesidad de autorización judicial para transigir sobre las indemnizaciones debidas a los menores no emancipados. Así, LINACERO DE LA FUENTE, *Régimen patrimonial...*, cit. pág. 221 y ss. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIVAS, *op. cit.*, pág. 145 y ss., etc.

de lujo, yates, caballos de carreras...-, que comprometieran seriamente su patrimonio, sin ninguna cortapisa.

*¿Se debe beneficiar el emancipado del art. 1.163-1 del Código civil? Conforme al referido artículo “El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad”; es decir, a contrario sensu, cuando el pago se hubiere hecho a un incapaz y no se haya convertido en su utilidad, no será válido y, en consecuencia, no liberará al deudor.*

Conforme al art. 164-3, la capacidad para administrar los bienes y consecuentemente para recibir el pago, la ostentan: 1.º) el mayor de edad no incapacitado; 2.º) Los menores emancipados y habilitados de edad, y 3.º) Los mayores de 16 años respecto de los bienes que hubieran adquirido con su trabajo o industria.

Este artículo nos obliga a tomar en consideración, de una parte, la validez, eficacia y firmeza del contrato antecedente; y de otra, el pago realizado en cumplimiento de dicho contrato. Esto es, podemos hacer permutaciones de dos elementos tomados de dos en dos, de tal manera que podemos encontrarnos con:

- Contrato válido, eficaz y firme, pagado a persona *con* capacidad para recibir el pago: No plantea ningún problema.

- Contrato con eficacia claudicante, pagado a persona *sin* capacidad para administrar sus bienes: Entrarán en juego los arts. 1.303, 1.304 y 1.163.

- Contrato válido, eficaz y firme, pagado a persona *sin* capacidad para recibir el pago: El contrato no será impugnado; pero el pago sólo liberará al acreedor en la medida en que se hubiere convertido de utilidad para el menor o incapaz (art. 1.163).

- Contrato con eficacia claudicante, pagado a persona *con* capacidad para recibir el pago: El contrato será impugnabile (art. 1.303), pero el pago sí se considera liberatorio y no opera el art. 1.163-1.

En este último supuesto habría que subsumir el ejemplo significativo puesto por la doctrina de la venta de un inmueble realizada por un menor emancipado, sin la asistencia preceptiva (art. 323 CC); la venta es anulable, pero el cobro realizado por el emancipado es perfectamente válido y sólo en cuanto el emancipado se hubiera enriquecido. Se excluiría la aplicabilidad del art. 1.304, y debería acudir a la regla general prevista en el art. 1.303, provocando la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos y el precio por sus intereses<sup>170</sup>. Pues bien, TOLDRÀ ROCA, retomando la dicción del art. 1.163-1, señala que el pago realizado a un menor emancipado es válido y liberatorio. Pero, todo lo dicho es cierto contemplado desde la perspectiva del *solvens*, al que no puede exigírsele de nuevo el cumplimiento de la obligación, porque ésta ha quedado extinguida en virtud del pago o cumplimiento (art. 1.156-1). Cuestión diferente será que, cumplidas las obligaciones resultantes del contrato, el menor emancipado impugne el negocio fundándose en la falta de asentimiento. Si el negocio se declara nulo, con independencia de que las respectivas contraprestaciones se hayan cumplido con arreglo a la ley, éstas deberán restituirse. Para esta autora, es en esta restitución de las prestaciones, donde debe determinarse si el menor emancipado debe devolver la totalidad de lo recibido o está favorecido por la limitación del art. 1.304 CC y sólo debe restituir en lo que se hubiera enriquecido...<sup>171</sup>

---

170. DELGADO ECHEVERRÍA, J., en *Comentario al art. 1.304 del Código Civil*, en *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES, Rodrigo BERCOVITZ y Salvador CODERCH, Tomo II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 554, citado por TOLDRÀ ROCA, *op. cit.*, pág. 140.

171. *Op. cit.*, pág. 143. Pese a reconocer que no se trata de la misma situación que cuando se impugna el negocio de un incapaz sometido a curatela, concluye que no se debe olvidar la finalidad protectora de la norma.

Nos encontramos ante un auténtico dilema. Es curioso como la doctrina, antes de decantarse por una postura u otra, manifiesta las sólidas razones que amparan a ambas teorías<sup>172</sup>. En pro de la aplicación de la regla general del art. 1.303, tenemos: que el emancipado es capaz para todo menos para las excepciones previstas en el art. 323, entre otras cosas, para administrar sus bienes y recibir el pago; que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva; y que ¿cómo se podría apreciar que no se enriqueció si no tiene limitación alguna para gastar en lo que le plazca? En pro de la aplicación del art. 1.304 tendríamos, fundamentalmente, la finalidad protectora de la acción de anulabilidad que se vería mermada si no aplicáramos el art. 1.304; Además, la acción de impugnación ejercitada por los padres o curadores, deberá ser motivada, -p.e., ser un negocio ruinoso en su planteamiento-, puesto que en caso de negativa a prestar el asentimiento previo, debiera decidir el juez previa audiencia del hijo (*ex arg.* art. 156-II); pero, ¿cabría que éstos invocasen que el emancipado ha dilapidado<sup>173</sup> el precio obtenido o que le robaron o sería una intromisión ilegítima en la esfera jurídica del sometido tan sólo a asistencia?; ¿cabría que el emancipado, al alcanzar la mayoría de edad, impugnara el contrato y alegara que no se enriqueció? Francamente, no nos atrevemos a dar una respuesta unívoca e inflexible y preferimos confiar en el buen criterio de los jueces.

*En cuanto la situación del menor casado con mayor de edad o del incapaz cuya sentencia de incapacitación le permite contraer matrimonio y contraiga con mayor capaz*), entendemos que es una situación rayana en la indefensión. Ésta se puede producir al amparo del art. 324 del CC, que excepciona las

---

172. PÉREZ DE CASTRO, *El menor... cit.*, pág. 277, TOLDRÁ ROCA, *op. cit.*, pág. 144.

173. DE CASTRO, señala como “no será pago eficaz si el menor lo dilapida, lo pierde, se destruye por azar o se lo roban en todo o en parte” (*Derecho Civil... cit.*, pág. 188).

excepciones del 323 y permite *que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, con el consentimiento de los dos si es mayor el otro cónyuge*. Se ha señalado que este consentimiento debe ponerse en relación con los arts. 1.375 y 1.377, que exigen el consentimiento de ambos cónyuges, de suerte que en esa tesitura no es que el cónyuge mayor de edad intervenga únicamente para completar la capacidad de obrar del cónyuge todavía menor de edad (pero emancipado), sino que para la eficacia del acto dispositivo el art. 324 exige el consentimiento de los dos cónyuges en plano de igualdad<sup>174</sup>.

La doctrina parece definir la posibilidad de existencia de un conflicto de intereses del hijo y de los padres o curador, cuando se trata de posturas antagónicas<sup>175</sup>; En el art. 324, el legislador, directamente, excluye tal posibilidad, por la única razón de que se trata de bienes comunes. Presume que se producirá una subrogación real o que la enajenación se produzca para atender al levantamiento de cargas, sin pensar tan siquiera en la eventualidad de un hipotético alzaamiento de bienes: presume la buena gestión del cónyuge mayor y el reintegro a la masa común. Entendemos que este artículo evita la asistencia de los padres o curadores del menor sin razones suficientes y proponemos, *de lege ferenda*, que sea dejado sin contenido: se seguiría exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges y la iniciativa de la enajenación o gravamen partiría de ellos, pero con necesidad de asentimiento de los padres o curador del menor emancipado. Por otra parte, tampoco ha de dejarse en saco roto, el hecho de que en virtud de la remisión que hace el art. 291, al art. 234, y salvo que se hubiere designado cu-

---

174. PUIG FERRIOL, L. *Comentario al art. 324 del Código Civil*, en *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES, Rodrigo BERCOVITZ y Salvador CODERCH, Tomo II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 887. En este mismo sentido, LETE DEL RÍO, J. M.: *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales* (art. 324), T. IV, 2ª edición, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pág. 533.

175. PÉREZ DE CASTRO, *El menor... cit.*, págs. 157 y ss.

rador conforme al art. 223, en caso de muerte de los padres, se preferirá como “curador” al cónyuge que conviva con el “sometido a curatela”.

*En cuanto a la emancipación por vida independiente*, se plantea el problema de perfilar la frontera entre el supuesto contemplado en el art. 164-2, 3.º y la emancipación tácita del art. 319. Pues bien, la doctrina parece empeñada en resolver este punto limitándose a cuantificar la independencia económica respecto de sus padres<sup>176</sup>. En apoyo de esta hipótesis tenemos el art. 29 del Dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de derecho de la persona, al señalar que *“el menor mayor de catorce años que, con beneplácito de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela, o mediando justa causa, viva con independencia económica de ellos, será reputado para todos los efectos como emancipado. Quienes dieron este beneplácito podrán revocarlo”*. En nuestra opinión, este distinguo no se adecúa ni a la interpretación literal ni a la sociológica.

El art. 319 es meridianamente claro, al señalar que *“se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de estos”*. La independencia requiere, precisamente, eso: vivir fuera del ámbito paterno. Es una independencia que se manifiesta ante terceros.

No es independencia el estar en casa de mamá “a mesa y mantel”, aunque el menor sea futbolista de primera división, torero o modelo internacional y tenga, incluso, que pasar alimentos a sus padres; Por el contrario, sí vive independientemente una chica que, con el consentimiento de sus padres, se viene a España

---

176. Véase por todos, LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor cit.*, pág. 126 y ss.

de *au pair* para estudiar<sup>177</sup>, durante un largo período de tiempo, con un exiguo sueldo, aunque tenga que ser ayudada económicamente por sus padres para llegar a final de mes; o el menor que se viene a estudiar a la capital y sus padres le pagan una asignación para la renta del piso y demás gastos. Además, si entendiéramos que en el art. 164-2, 3.º, -forzando el tenor literal que no pone límite cuantitativo-, sólo incluye los ingresos obtenidos por el hijo que no le permitan el sustento económico independiente, quedaría reducido este artículo a la administración de un dinero de bolsillo, y desde luego, resultaría irrisorio pensar que dicho menor pudiera hacer por su cuenta actos *que excedan de ella...*

En cuanto al domicilio de los hijos *in potestate*, LACRUZ deduce del art. 319, la posibilidad de que, de común acuerdo el hijo y sus padres, fije aquél su domicilio en distinto lugar del familiar; más también en este supuesto puede admitirse la subsistencia del domicilio familiar como legal del hijo no conviviente en él, frente a terceros de buena fe, es decir, que ignoren esta independencia domiciliar<sup>178</sup>. Es decir, para tomar en cuenta el domicilio del menor de vida independiente, se tomará en cuenta, la buena fe de los terceros; con abstracción de la procedencia de los recursos económicos que permitan esa vida independiente.

*El extraño caso de los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres.* La LPI únicamente alude a la capacidad de obrar de los autores en el art. 44 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>179</sup> de forma fragmentaria<sup>180</sup>

---

177. En virtud del art. 1.º de la Ley 1/1996, estaría dentro del ámbito de aplicación de la ley.

178. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil I*, vol. 2.º, cit., pág. 124. Advierte también como “el domicilio no requiere vivienda autónoma ni muebles propios: también quien vive “realquilado” o reside en un hotel o pensión habitualmente, tiene allí su sede jurídica” (*op. ult. cit.*, pág. 122).

179. “*Los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación*”.

180. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 211

y criticable por su carácter limitado, incompleto y parcial<sup>181</sup>. Únicamente, hace mención a la capacidad necesaria para la cesión de los derechos de explotación, contemplando un caso concreto, él de los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que vivan independientemente, a quienes concede plena capacidad para ceder sus derechos de explotación.

Se aparta de la regla general prevista en art. 323 del CC, puesto que permite la *cesión de los derechos de explotación*, que se acercan a un acto de *disposición* de derechos y parece que sería necesaria la capacidad y pleno poder de disposición<sup>182</sup>, para los cuales, conforme a la regla general del art. 323, el menor emancipado necesitaría el asentimiento de sus padres o curador<sup>183</sup>.

Las críticas más severas que se han vertido contra este precepto son:

1) Puede haber objetos de propiedad intelectual que, producidos por un menor de vida independiente que sea autor, tengan la consideración de “*objetos de extraordinario valor*” y dada la finalidad protectora del art. 323, quien sale perjudicado es el menor<sup>184</sup>.

---

181. DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNS, M.: *Comentario al art. 44 en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 693.

182. RODRÍGUEZ TAPIA, *op. cit.* pág. 212.

183. RAMS ALBESA, señala que el verdadero propósito del legislador con la introducción de este precepto fue asimilar al creador de bienes intelectuales en la mayor medida posible al status personal del trabajador por cuenta ajena (*Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales (arts. 428 y 429 del Código civil y Ley de Propiedad Intelectual)*, T. V, vol. 4.º-A, Ed. Edersa, Madrid, 1995, pág. 708). Y esta solución que en el orden laboral es válida porque está prohibido el trabajo a los menores de 16 años, no nos sirve en materia de creación intelectual. La Ley parece olvidarse no ya del “genio” sino de la simple precocidad en la producción de obras literarias, musicales o artísticas (AYMERICH RENTERIA, R.: “*Algunas consideraciones sobre el derecho de autor en la nueva Ley de Propiedad Intelectual*”, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989, pág. 65).

184. PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: *Consideraciones generales sobre el artículo 44 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual*, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989, especialmente, págs. 678. Por su parte, PÉREZ DE CASTRO, al analizar los objetos de extraordinario valor a los que se refiere el art. 323, llega a la conclusión de que caben tanto bienes materiales como inmateriales (*op. cit.*, pág. 200).

2) El art. 44 no parece atender a criterios de madurez del autor menor de edad. El legislador se limitó a hacer una equiparación entre capacidad creativa y capacidad de obrar; pero consciente de que la capacidad artística puede ser muy temprana, reconoció capacidad de obrar sólo a partir de los dieciséis y con vida independiente. Así, al autor menor de edad, emancipado, pero que no haga vida independiente de sus padres, no le sería de aplicación el art. 44, pero sí el 323 CC, con la consiguiente exigencia del complemento de la capacidad; discriminación que no está justificada. Cuánto mejor hubiera sido acudir a criterios objetivos de edad como lo hacen otras legislaciones<sup>185</sup>.

3) Este precepto aparece ubicado exclusivamente en sede de transmisión de explotación, de manera que si se vende, el ejemplar único, (p.e., de una pintura), que fuera de extraordinario valor, ¿tendría lugar la restricción del art. 323 ó habría que aplicar por vía analógica el art. 44 LPI. Según RAMS dicho negocio supera en contenido la cesión de derechos de explotación; la capacidad del art. 44 está pensada para la cesión de derechos y en la enajenación de obra plástica singular, según el art. 56, no hay cesión de derechos<sup>186</sup>.

4) Se echa en falta una norma expresa sobre el ejercicio de las facultades morales del derecho de autor, que como se vio arriba habrá que aplicar las normas generales establecidas por el CC<sup>187</sup>.

5) Cuando se trate de coautores menores de edad, el determinar la cuota de participación en la obra, puede comprometer no sólo el porcentaje de los derechos de explotación sino la propia autoría. Los demás coautores, podrían burlar

---

185. DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNS, *op. cit.*, pág. 692 y ss.

186. *Op. cit.*, pág. 710.

187. RODRÍGUEZ TAPIA, *op. cit.* pág. 72.

los derechos del coautor menor de edad incluso valiéndose de la aplicación de la norma dispositiva de la presunción igualdad de las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad (art. 393 CC en relación con el 7.4 TRLPI)<sup>188</sup>.

---

188. Vid. NAVARRO COSTA, R.: *Concurrencia de titulares sobre la creación intelectual*, Ed. C.E.R.S.A., Madrid, 1994, pág. 122 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil I*, vol. 1.º, 9.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.
  
- ALCÓN YUSTAS, M.ª F.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de los menores en Jornadas sobre Derecho de los Menores*, (Coords.) LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MAYORAL NARROS, I., Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.
  
- 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, núm. 2/6 de 12 de enero de 1997.
  
- ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección al concebido en el Código civil*, Ed. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1992.
  
- ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de con-*

*ciencia del menor*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006.

- AYMERICH RENTERIA, R.: “*Algunas consideraciones sobre el derecho de autor en la nueva Ley de Propiedad Intelectual*”, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

- CALLEJO RODRIGUEZ, C.: *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

- CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho civil de España, II*, parte 1.<sup>a</sup>, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

- CASTRO Y BRAVO, F. de: *El negocio jurídico*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985.

- DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNS, M.: *Comentario al art. 44*” en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

- DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil. Parte General del Derecho civil*, vol. 2.º, *Personas*, Barcelona, 1983.

- DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1979.

- DÍEZ-PICAZO, L. en el prólogo a RUIZ-GALLARDÓN, I. y GARCÍA DE PABLOS, A. (eds): *Los menores ante el Derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de Derecho Comparado)*, Ed. UCM, Madrid, 2005.
- DREIKURS, R.: *Children: The Challenge*, Ed. A Plume Book, New York, 1992.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Lecciones de Derecho civil de España I. Parte general*, Ed. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1997.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> C.: *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales (arts. 1.263 y 1.264)*, T. XVII, vol. 1.º-B, Ed. Edersa, Madrid, 1993.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, La Ley, año XVII, núm. 3970, 8 de febrero de 1996.
- GUTIERREZ GIL, A. J.: *Los tratamientos médicos forzosos*”, en *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, (Coord.) Consejo General del Poder Judicial, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: *La ley 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada*, Actualidad Civil, 1998.
- JORDANO FRAGA, F.: *La capacidad general del menor*, en Revista de

Derecho Privado, tomo LXVIII, 1984.

- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil I. Parte General del Derecho civil*, vol. 2.º, *Personas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, vol. 1.º, *Posesión y propiedad*, 2.ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo 1.º, 7.ª edición, Ed. Trivium, Madrid, 2000.

- LETE DEL RÍO, J. M.: *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales* (art. 324), T. IV, 2ª edición, Ed. Edersa, Madrid, 1985.

- LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Leyes de familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio*, Revista de Derecho Privado, marzo-abril, 2006.

- LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001.

- LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990.

- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª J.: *La protección del trabajador menor de edad, en Jornadas sobre Derecho de los Menores*, (Coords.) LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MAYORAL NARROS, I., Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.

- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.<sup>a</sup> J., en *Los menores en el Derecho español*, (Coord.) LÁZARO GONZÁLEZ, I., Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
  
- LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
  
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *La protección jurídico-civil de las personas por razón de la edad*, en Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre, 1992.
  
- MORENO QUESADA, B.: *Derecho civil de la persona y de la familia*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada, 2002.
  
- NAVARRO COSTA, R.: *Concurrencia de titulares sobre la creación intelectual*, Ed. C.E.R.S.A., Madrid, 1994.
  
- PANTOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, Ed. Colex, Madrid, 1997.
  
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> C.: *La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*, Aranzadi Civil, 2003-I.
  
- PAU PEDRÓN, A.: *La Capacidad en los Negocios sobre Inmuebles*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 275 a 278.
  
- PÉREZ DE CASTRO, N.; *El menor emancipado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

- PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *“Derecho de autor: la facultad de divulgación”*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
  
- PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: *“Consideraciones generales sobre el artículo 44 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual”*, en *“Homenaje al Profesor Juan Roca Juan”*, Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989.
  
- PUIG FERRIOL, L.: *Comentario al art. 324 del Código Civil*, en *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES, Rodrigo BERCOVITZ y Salvador CODERCH, Tomo II, Ed. Ministerio de Justicia , Madrid, 1991.
  
- RAMS ALBESA, J.: *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales (arts.428 y 429 del Código civil y Ley de Propiedad Intelectual)*, T. V, vol. 4.º-A, Ed. Edersa, Madrid, 1995.
  
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992.
  
- RIVERA ALVAREZ, J. M.: *La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes*, en Cuadernos de Trabajo Social, núm. 10, 1997.
  
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *Anotaciones a la Ley 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, Revista General de Derecho, núm. 621, junio, 1996.
  
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios en Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, (Coord.) Consejo General del Poder Judicial, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000.
  
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil. Parte General del Derecho civil, vol. 2.º, Personas*, Barcelona, 1983.
  
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil. Parte General del Derecho civil, vol. 3.º, El derecho subjetivo*, Barcelona, 1984.
  
- ROCA, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
  
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
  
- ROGEL VIDE, C.: *Derecho de la persona*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1998.
  
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, (Coord.) F. J. SÁNCHEZ CALERO, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
  
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIVAS, B.: *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- SEOANE RODRIGUEZ, J. A.: *La esterilización de incapaces en el derecho español*, Ed. Fundación Paideia, La Coruña, 1996.
  
- SERRANO MOLINA, A. en *Los menores en el Derecho español*, (Coord.) LÁZARO GONZÁLEZ, I., Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
  
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.
  
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Capacidad para contratar. (En torno al art. 7)*, en Cívitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, 1, 2000 (Ejemplar dedicado a: *El estatuto de los trabajadores Veinte años después*), págs. 311 a 330.
  
- TOLDRÀ ROCA, M.<sup>a</sup> D.: *La anulabilidad por causa de incapacidad (Reflexiones en torno al art. 1304 del Código Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

## **CAPÍTULO II: NORMATIVA ESPECÍFICA APLICABLE AL MENOR**

### **1. Consideraciones previas.**

La enorme importancia que en los últimos años ha cobrado la figura del menor ha sido palpable en todos los ámbitos, desde un punto de vista tanto nacional como internacional, y no solo en el aspecto jurídico, sino también el social, educativo e incluso político. Este nuevo protagonismo del niño ha cristalizado en toda una red jurídica cuyo principal objetivo es el reconocimiento y protección del menor en todos sus ámbitos.

Comprendemos que cualquier análisis de materias relacionadas con la minoría de edad debe partir del propio concepto de *menor*, dado que va a ser el principal objeto de nuestro estudio.

La concepción tradicional del menor entendía a éste más como un objeto de protección que como un sujeto titular de derechos y obligaciones. A finales del siglo XIV la alta mortalidad de los menores provocó un incipiente cambio de actitud en la sociedad, sobretudo en las familias acomodadas, así como la Ilus-

tración influyó decisivamente en la preocupación por la educación de los menores.

Sin embargo no se produjo un cambio sustancial en la consideración de la minoría de edad hasta después de la Segunda Guerra Mundial, impulsada por importantes cambios sociolegislativos producidos en los Estados democráticos, entre los que destacan los siguientes<sup>189</sup>:

- La aparición de nuevas formas de familia al margen del matrimonio,
- El principio de igualdad, extendido tanto en las relaciones entre cónyuges como entre padres e hijos,
- La disminución de la autoridad paterna sobre los hijos, al entenderse la patria potestad no como un derecho de los padres sino como una función que debe ejercerse en beneficio de los hijos,
- Y por último, el creciente protagonismo del menor en el ámbito legislativo con un reconocimiento del mismo como sujeto de derechos y obligaciones.

En la actualidad, existe una extensa y complicada red jurídica de protección, cuyo destinatario viene definido en el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, entendiéndose por niño “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Nuestro ordenamiento jurídico se pronuncia en el mismo sentido, así el artículo 315 del Código Civil español (en adelante CC) afirma que “la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos”. A sensu contrario, menor es todo aquel ser

---

189. ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, pag. 17-18.

humano que no haya cumplido aún los 18 años.

La minoría de edad, según veremos más adelante, no impide ser titular de derechos y obligaciones, si bien su ejercicio vendrá limitado en función de la capacidad de entender y querer que el menor tenga en el momento concreto de su ejercicio, que, en caso de faltar, deberá ser sustituida por la representación de los padres (art. 162 CC.).

No podemos olvidar, sin embargo, que es posible salir de la minoría de edad antes de alcanzar dicha edad a través de la *emancipación*. Se accede a la misma tanto por matrimonio del menor, a partir de los 14 años, como por concesión del juez o de quien ejerza la patria potestad, a partir de los 16 años (art. 314 del CC). El menor emancipado, a pesar de no haber alcanzado la mayoría de edad, es considerado a todos los efectos civiles como un mayor de edad. Solo va a ver limitada su actuación en una serie de actos, como son tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, para los cuales necesitará la asistencia de sus padres o de un curador (art. 323 CC).

El *Código Penal* recoge una situación similar en su artículo 19, al establecer que los menores de 18 años son inimputables<sup>190</sup>, lo que significa que no tienen la capacidad o facultades mínimas para ser responsables penalmente de las faltas o delitos que ellos mismos cometan. Esto se complica en la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*

---

190. Este término debe ser entendido como “la posibilidad de conocer el sentido de los mandatos y prohibiciones del derecho y de actuar conforme a esa comprensión” (QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996, pag. 416 y 417) o como el “conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo atípico y antijurídico” (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pag. 397).

(en adelante, LORPM), que distingue dos categorías, denominando menores a las personas que no han cumplido los dieciocho años y jóvenes a las personas mayores de 18 años y menores de 21. En relación a los menores, la LORPM recoge una normativa especial que se aplica a los menores con edades comprendidas entre 14 y 18 años, de forma que estos sí deberán responder de los delitos y faltas cometidos por ellos, si bien de forma diferente a como lo harían los adultos. Lo anterior pone de manifiesto una contradicción ya señalada por la doctrina, puesto que a pesar de ser inimputables según el Código Penal, los menores comprendidos entre esas edades podrán ser declarados responsables penalmente según la LORPM<sup>191</sup>.

En relación a los jóvenes, la *Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, introduce como principal novedad la exclusión del ámbito de aplicación de la LORPM a las personas con edades comprendidas entre los 18 y 21 años, de forma que se elimina esta categoría, pasando a responder como cualquier adulto.

La edad de 18 años es por lo tanto el momento en el cual se alcanza tanto la plena capacidad de obrar como la plena responsabilidad penal. Por debajo de esa edad, y siempre que no se haya producido la emancipación, estamos hablando de un menor de edad, debiendo por tanto tomar todas las cautelas y precauciones que, según veremos más tarde, los ordenamientos exigen en cualquier ámbito que les afecte.

---

191. Es muy difícil justificar que los menores de 18 años no sean imputables penalmente según el artículo 19 del C.P. y sin embargo se les haga responsables de los delitos y faltas cometidos, aunque sea a través de una legislación especial para menores como es la LORPM. La responsabilidad, por muy menor que sea, es penal y por lo tanto se le debe considerar imputable desde esta edad para poder aplicarles dicha legislación. En este sentido ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R.: *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio.*, Bosch, Barcelona, pag.39.

En las siguientes páginas nos proponemos hacer un breve análisis del tratamiento dado en el ámbito internacional y nacional a los derechos y la protección de los menores, lo que nos podrá indicar los principales logros y problemas en el reconocimiento de los menores como sujetos de derechos.

## **2. Normativa Internacional.**

### **2.1. La Protección General del menor en el ámbito de las Naciones Unidas.**

El reconocimiento internacional de los derechos de los menores fue el impulsor y la guía de los diferentes Estados en el compromiso para la creación y desarrollo del actual entramado jurídico-social de protección de los menores. El panorama internacional ha pasado por diferentes etapas hasta alcanzar el nivel actual de desarrollo y compromiso en relación a la protección de los menores.

En un primer momento la protección de los menores no era un objetivo de la política internacional en sí mismo, si bien se veía alcanzado, en cierto modo, a través del paulatino reconocimiento de los derechos fundamentales de los seres humanos con carácter general, es decir, los derechos que cualquier ser humano tiene por el hecho de ser tal, entre los que sin duda se incluyen los menores de edad.

Así la *Carta de la Naciones Unidas* proclama la libertad, justicia y paz en el mundo, basándose en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de “todos los miembros de la familia humana”. Así mismo las Naciones Unidas reafirman su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, decidiéndose a promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

También la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1940 y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de septiembre de 1966* recogen explícitamente que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. La edad, por lo tanto, no puede ser un motivo de distinción.

En alguno de los textos internacionales encontramos breves referencias<sup>192</sup> a los menores y a sus necesidades especiales de protección, pero únicamente como principios orientadores o referencias genéricas sin más concreción.

En una segunda etapa, el ordenamiento jurídico internacional asume como uno de sus objetivos principales el reconocimiento y protección de los derechos de los menores, ahora con un carácter más específico.

El primer cuerpo normativo que recoge un decálogo de principios básicos para la protección de los menores es la *Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959*, incentivando un desarrollo normativo orientado a crear un cuerpo de normas vinculante para los países firmantes, con medidas de fiscalización y penalización de infracciones comprobadas.

---

192. Por ejemplo la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* subrayó, entre otras cosas, que “la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado” y que “la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencias especiales, y que todos los niños, nacidos del matrimonio o fuera de el, tienen derecho a igual protección social”. De forma más específica, el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* de 16 de septiembre de 1966 establecía que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia de la sociedad y del Estado. Todo niño será inscrito inmediatamente después del nacimiento y deberá tener un nombre. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

Pero, sin duda, el hito más importante se alcanzó con el **Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989**, ratificado por todos los países excepto EEUU y Somalia<sup>193</sup>. Destacamos tres aportaciones específicas de este Convenio: en primer lugar, se recoge un elenco desarrollado de los derechos y obligaciones de los menores; en segundo lugar, por primera vez se pone de manifiesto las especiales características que surgen cuando el titular de un derecho es un menor de edad; y por último se desarrollan mecanismos de protección y garantías de estos derechos para que los mismos sean efectivos.

*A) Se recoge una relación de los derechos y deberes reconocidos a los menores:*

Este Convenio recoge de forma extensa un elenco de derechos de los menores, obligando a los Estados firmantes a respetarlos y asegurar su aplicación a los niños sujetos a su jurisdicción (artículo 2).

Estos derechos pueden clasificarse en *derechos civiles y políticos* (art. 6-22)<sup>194</sup>, *derechos económicos, sociales y culturales* (art. 23 a 31)<sup>195</sup>, *derechos en circun-*

---

193. España ratificó la Convención el 30 de noviembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre de 1990).

194. Derecho a la vida y la supervivencia. Derecho a un nombre, nacionalidad y conocer a sus padres. Derecho a la identidad. Derecho a no ser separado de sus padres, salvo exigencias fundadas. Derecho a entrar y salir de un país. Derecho a la libertad de expresión. Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Derecho a la libertad de asociación y de reunión pacífica (con las restricciones habituales). Derecho a la no injerencia en su vida privada, familiar y correspondencia, honra y reputación. Derecho al acceso a la información. Derecho a la crianza y al desarrollo a cargo de sus padres. Derecho a la protección contar toda forma de perjuicio o abuso físico o mental. Derecho a la protección especial de Estado en caos de abandono o desamparo. Derecho a la adopción. Derecho al estatuto de refugiado.

195. Derecho a la asistencia sanitaria, especialmente a los minusválidos o impedidos. Derechos al más alto nivel posible de salud y a la asistencia médica. Derecho a la nutrición, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Derecho a la educación en todos sus niveles y perspectivas, para el desarrollo de su personalidad y respeto a los derechos humanos, la paz, la tolerancia y la igualdad. Derecho al medio ambiente. Derecho a la infancia de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Derecho al descanso y al esparcimiento. Derechos relativos al trabajo.

*stancias sociales especiales o situación de riesgo* (art. 32 a 38)<sup>196</sup>, *derechos y garantías procesales y penales* (art. 40).

La lectura detenida de estos derechos permite afirmar que este Convenio recoge tanto derechos positivos, entendidos como formas concretas de determinar el contenido de ciertos derechos humanos “naturales” (así por ejemplo encontramos el derecho a una educación primaria gratuita), como otros derechos que simplemente se consideran necesarios para el buen desarrollo de los menores, como el derecho a un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1) .

*B) Las especiales características de la titularidad de los derechos por los menores de edad.*

Se pone de manifiesto por primera vez que la titularidad de un derecho por parte de un menor de edad requiere tener en cuenta dos cosas: *la dirección parental en el ejercicio del derecho cuyo titular sea un menor*<sup>197</sup> *y la modulación del ejercicio del derecho según las circunstancias del menor.*

Los menores son los titulares de los derechos, si bien se recoge en este Convenio el derecho y obligación de los padres a orientarles y dirigirles en el ejercicio de

---

196. Derecho de los niños a la protección contra la explotación económica o contra cualquier trabajo peligroso. Derecho de los niños contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y en la producción y tráfico de ellas. Derecho de los niños contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Derecho de los niños contra el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma. Derecho de los niños contra cualquier forma de explotación. Derechos de los niños contar torturas o tratos crueles o inhumanos o privaciones de libertad. Derecho de los niños en situaciones bélicas.

197. “Los Estados parte respetaran los derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirles, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (art. 5).

los derechos, debiendo ser respetados por sus hijos. Esa necesaria dirección paterna ha obligado a los Estados asumir ciertas obligaciones con el fin de asegurar y garantizar el trato y el contacto con los hijos. Así el art. 10 del Convenio recoge el derecho de salida y entrada de un Estado con el fin de una reunión familiar. El art. 9.1 vela para que el niño no sea separado de sus progenitores mientras que el 9.3 recoge el derecho a mantener relaciones personales y el contacto directo con sus padres. Y por último el art. 7.1 recoge el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Respecto a la modulación del ejercicio del derecho, ésta va a depender de la capacidad de obrar del menor, es decir, de las condiciones de madurez (intelectuales o psicológicas) que le permitan conocer y entender el alcance del ejercicio del derecho del cual es titular<sup>198</sup>.

Se presume, *iuris tantum*<sup>199</sup>, que podrá asumir toda la responsabilidad cuando tenga 18 años, pero mientras alcanza dicha edad, el menor debe ir aprendiendo a ejercitar sus derechos, según su propia capacidad le permita hacerlo. Es destacable que el Convenio haga hincapié en el hecho de que “el niño debe estar preparado para una vida independiente en sociedad” y para ello se deben facilitar las medidas para que el menor pueda asumir plenamente sus responsabilidades llegada dicha edad. Se rechaza, por tanto, la antigua concepción del menor como un sujeto inútil e incapaz hasta alcanzar la mayoría de edad.

Se trata, en definitiva, del reconocimiento de una *titularidad plena* de los de-

---

198. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: *La patria potestad...ob. cit.*, pag. 42.

199. ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad...ob. cit.*, pag. 18. “Lo paradójico de la posición jurídica del menor es que, a pesar de su condición de sujeto de derechos fundamentales en paridad jurídico-constitucional con el mayor de edad, aparece necesitado por lo limitado de sus condiciones de madurez y de su experiencia vital, de especial protección a través, fundamentalmente, de las instituciones de heteroprotección como la patria potestad, lo que motiva que puedan surgir conflictos entre el menor, en cuanto sujeto de derechos, y los padres en el ejercicio de su potestad de guarda”.

rechos de los menores de edad, y de una *capacidad progresiva* para ejercerlos<sup>200</sup>, hasta alcanzar la mayoría de edad, donde asumirán su ejercicio de forma plena.

*C) Sistema de garantías y protección de esto derechos.*

El sistema de protección y garantía de los menores que se trata de establecer en este Convenio se basa en el siguiente orden:

En primer lugar, la protección primaria y directa del menor la ejerce la *familia*, y subsidiariamente el guardador legal.

Faltando cualquiera de las anteriores o siendo éstas inadecuadas, *los poderes públicos nacionales* tienen atribuida subsidiariamente la protección del menor. Estos poderes públicos serían: el Estado, que tiene en este ámbito no solo facultades y competencias, sino también deberes; una institución pública o autoridad administrativa, que necesariamente debe estar determinada y que tiene atribuida dicha competencia (art. 3, en España sería el Defensor del menor); y por último el poder judicial, con importantes intervenciones preventivas y sancionadoras.

Se prevé también una protección supranacional del menor por parte de las Naciones Unidas. Así se crea el *Comité de los Derechos del Niño*, constituido por 18 expertos independientes, democráticamente elegidos, por periodos de 4 años. Sus funciones son de fiscalización e información sobre el cumplimiento por los Estados parte de la normativa existente y ofrecer sugerencias y reco-

---

200. PANTOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997, pag.,8.

mendaciones a la Asamblea General. También se han creado *organismos especializados* en materias de menores, como UNICEF, UNESCO, OMS, etc, que deben cooperar con el Comité de los Derechos del Niño.

Los Estados firmantes del Convenio y los organismos independientes se comprometen a emitir informes sobre las medidas adoptadas en relación a los menores y el progreso de las mismas. El primer informe se debía realizar a los dos años de la entrada en vigor del convenio, y partir de entonces cada cinco años.

Teniendo presente toda la información, el Comité expresa sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como “observaciones finales”, que se hacen públicas; hace pública su interpretación de las disposiciones recogidas en la convención, que se conocen como “observaciones generales”; y expresa sus recomendaciones sobre cuestiones temáticas a estudiar.

## **2.2. Ámbito específico de protección de las Naciones Unidas: Adopción y Guarda de menores.**

Después de este reconocimiento internacional de los derechos y libertades fundamentales, en Europa se ha ido dando respuesta a las principales necesidades en la protección de los menores en aquellos aspectos más difíciles y complicados, dando lugar a regulaciones sobre cuestiones muy concretas y puntuales<sup>201</sup>. Entre ellas destacamos las siguientes:

---

201. *Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de las medidas de lucha contra el turismo sexual que afecta a los niños.* COM (1999) 262-C5-0096/99 – 1999/2097 (COS). Acta de 30 de marzo de 2000.

- Decisión de 29 de mayo de 2000, del Consejo relativa a la lucha contra la pornografía infantil en internet (2000/375/JAI). DOCE n° L 138, de 9 de junio de 2000.

*A) La problemática de la custodia del menor y la sustracción de menores.*

El incipiente aumento de las separaciones y divorcios así como de su conflictividad ha provocado el colapso de los Juzgados con competencias en materia de familia. Si a ello añadimos el aumento de parejas donde sus miembros son originarios de distintos países, podemos afirmar que uno de los principales problemas en estos conflictos es la manera de garantizar el derecho de los menores a tener contacto con ambos progenitores.

Entre los principales problemas podemos encontrar el de los progenitores que, inmersos en la conflictividad judicial, impiden el contacto con el otro progenitor. La principal problemática consiste entonces en como valorar el bienestar e interés de un menor que se ve inmerso en esta situación. El *Convenio Europeo sobre el Reconocimiento y ejecución de decisión en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia*,<sup>202</sup> recoge una serie de medidas para trata de garantizar el derecho de los menores a tener una relación con sus padres. Pero también contempla, entre otras cuestiones, la posible denegación del restablecimiento de custodia (art. 10) si por cambio de circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, los efectos del traslado pueden ir contra el interés del menor.

Por su parte el *Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*<sup>203</sup>, trata de evitar los efectos perjudiciales que podría ocasionar un traslado o retención ilícita de un menor por parte de uno de sus progenitores. Para ello establece procedimientos que garantizan la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su re-

---

202. Luxemburgo, 20 de mayo de 1980, fue Ratificado por España el 19 de mayo de 1984, BOE 1.9. 1984.

203. Fue ratificado por España el 28 de mayo de 1987.

sidencia habitual, asegurando la protección del derecho de visitas. Recoge en su artículo 13 excepciones a norma general del reintegro del menor sustraído como son que el menor esté integrado en su nuevo medio o que exista un grave riesgo de que la restitución represente un peligro físico o psíquico o una situación intolerable para el menor, al igual que cuando existe oposición del menor que cuente con la edad y el estado de madurez apropiados<sup>204</sup>.

*B) Las medidas a adoptar en caso de falta o inadecuado de ejercicio de la patria potestad.*

Existe en la Comunidad Internacional un compromiso claro de intervención en los casos de falta de protección de los menores. Esta intervención está basada en la asistencia a las familias cuando éstas no saben o no pueden garantizar la completa satisfacción de las necesidades de los menores y el ejercicio de sus propios derechos. Pero también se contempla la posibilidad de la separación del menor en los casos en que se esté produciendo un perjuicio al menor en dicho entorno familiar.

*Así, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, recogida en la Resolución 4/85 de 3 de diciembre de 1986, contempla en su artículo 3 la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva –adoptiva o de guarda- o en caso necesario, una institución apropiada (art. 4).*

---

204. En este aspecto también destaca Reglamento (CE) no1347/2000 de 29 de mayo de 2000, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes.

También el *Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989* trata de recoger la obligación de los Estados partes de velar por el bienestar del menor, y establece la obligación de una reacción por parte de los mismos adoptando las medidas oportunas para evitar el menor dicho perjuicio.

Esta reacción va a ser distinta cuando la falta de asistencia al menor sea involuntaria, en cuyo caso se prevé la creación de instituciones y servicios para asistir al menor (art. 18<sup>205</sup>), que cuando sea voluntaria, en cuyo caso se solicitan medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, debiendo separar al menor de sus padres (art. 19 y 9<sup>206</sup>)<sup>207</sup>.

En estos casos los poderes públicos de cada Estado deberán intervenir de la forma que resulte más adecuada, puesto que los textos legales analizados no establecen la manera en que dicha protección pública debe ser llevada a cabo, dejando su determinación a la realidad del propio Estado.

---

205. Art. 18. "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios de cuidado de los niños".

206. Art. 19: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio y abuso físico o mental, descuido o trato negligentes, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo". Artículo 9. 1 establece "Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto, cuando a reserva de revisión 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".

207. Vid. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: *Abandono y Desamparo...ob., cit.*, pag. 281-284.

Sin embargo la adopción es una medida subsidiaria, puesto que deberá valorarse en primer lugar la posibilidad de una guarda por una familia de forma transitoria, siempre que sea posible y beneficioso el retorno del menor a la familia de origen.

La adopción internacional es la última de las alternativas, pues se contempla sólo cuando no sea posible una familia adoptiva nacional u otras formas de cuidado adecuado en el país de origen (art. 17). A este respecto el *Convenio de la Haya número XXXIII, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional* (Instrumento de ratificación de 30 de junio de 1995) trata de establecer las garantías necesarias para que estas adopciones tengan en consideración el interés superior del niño y sus derechos fundamentales tratando de prevenir la sustracción, venta o tráfico de menores.

### 2.3. La Protección del Menor en el Ámbito Europeo.

Siguiendo las directrices internacionales y de la Unión Europea, ha sido una nota común en los ordenamientos jurídicos europeos<sup>208</sup> el reconocimiento *los*

---

208. Vid. [www.protecciondelmenorenelmundo.es](http://www.protecciondelmenorenelmundo.es)

**Francia:** en el CC. francés se recoge la patria potestad que se define como un conjunto de deberes del padre y la madre durante la minoría de edad del niño y cuya finalidad es el interés del menor. Los padres tienen el deber de proteger la seguridad, salud y moralidad de su hijo, dándole una educación y permitiendo su desarrollo con el respeto que merece su persona. Si ninguno de los padres puede ejercer la patria potestad se constituirá una tutela.

**En Italia:** cuando un progenitor no ejerce sus funciones adecuadamente puede suponer el inicio de un procedimiento en el cual se considere que el menor se encuentra en un estado de abandono, al cual sigue la constitución de un tutor en un procedimiento posterior, salvo que se haya nombrado como medida cautelar en el curso del procedimiento previa suspensión de la patria potestad. La competencia para el caso de una conducta perjudicial de uno o ambos padres hacia el menor la ostenta el tribunal de menores del lugar del domicilio habitual del menor en el momento de la demanda (art. 336 CC. italiano). El tribunal puede adoptar la medida del distanciamiento del progenitor de la residencia familiar e incluso la privación de la patria potestad.

**Luxemburgo:** la patria potestad corresponde a los padres, protegiendo la seguridad, salud y moral del menor. En cuanto a las obligaciones de los padres se incluyen la custodia, vigilancia y educación

*progenitores* como las personas que tienen otorgada en primer lugar la protección de los menores, así como la obligación de garantizar su desarrollo personal, salud, y educación.

En alguno de estos países, como Francia, Italia, Austria, Luxemburgo o España, a esta figura se la denomina *patria potestad*, sin embargo pueden utilizarse otras fórmulas: como en Irlanda, Inglaterra, Malta o Países Bajos, donde se denomina *responsabilidad parental*; como Hungría donde se conoce como *custodia parental*; o Portugal y Polonia que utilizan el término *autoridad parental*.

Independientemente del término utilizado, dentro de este concepto todos los ordenamientos europeos incluyen siguientes facultades:

- Mantener, alojar, alimentar a los menores,
- Garantizar una educación adecuada a los hijos.
- Garantizar la salud y el bienestar de los menores.
- Gestionar el patrimonio del menor y a la representación legal del menor.

De forma más específica, algunos países recogen las siguientes facultades a los progenitores:

- La determinación de un tutor (persona con la guarda del menor) y excluir a una persona particular de la guarda (artículo 71 (2) de la FLA

---

del menor. En el caso de que los padres no existan o no puedan realizar sus funciones adecuadamente se constituirá una tutela. El progenitor que fallezca en último lugar será quien nombre el tutor, si no lo hace la decisión corresponde al consejo de familia o en su defecto al juez competente en materia de tutela.

**Malta:** se utiliza el término responsabilidad parental y para el caso de que los padres no puedan ejercer las funciones adecuadamente el órgano jurisdiccional nombrará un tutor.

húngara).

- La obligación de llevar e incentivar a los menores a alcanzar la independencia, responsabilidad y madurez (Sección 1, de la *Child Custody and Right of Access Act finlandesa*).
- La posibilidad de dirigir y orientar adecuadamente al niño en su desarrollo (Escocia);
- El derecho a vivir con el niño, o, de no ser así, determinar su residencia; a controlar; a mantener relaciones personales y contacto directo frecuentes con el niño en caso de no vivir con el (Escocia e Irlanda en la *Children Northern Ireland Order de 1999*<sup>209</sup>).

En todos los ordenamientos jurídicos europeos se plasma la necesidad de una institución que se encargue de la protección de los menores en caso de que los progenitores no quieran o no puedan ejercer sus funciones parentales con responsabilidad. Esta situación es denominada *tutela* o *guardianship*, si bien cada Estado ha concretado de forma diferente quien que puede ejercer esa tutela<sup>210</sup>.

---

209. En **Irlanda** la ley del menor de Irlanda del Norte (*Children Northern Ireland Order de 1995*) define la responsabilidad parental como el conjunto de derechos, deberes, facultades y responsabilidades que, por ley, tienen los padres respecto de sus hijos. La ley no enumera cuales son estos derechos y responsabilidades, pero se reconoce que los titulares de la responsabilidad parental tienen: el deber de proteger al niño, ofrecerle un hogar y cuidar de él, la capacidad de decidir donde debe vivir el niño, la capacidad de decidir quien puede mantener contacto con el niño, el deber de garantizar la educación del niño, el derecho a autorizar la concesión del pasaporte del niño, el deber de garantizar el niño tratamiento o asistencia médica y el derecho a autorizar dicho tratamiento o asistencia, el derecho a dar un nombre al niño y el derecho a garantizar la formación religiosa del niño.

210. **Eslovaquia**: cuando los padres no puedan ejercer sus funciones adecuadamente se nombrará un "guardian" o guardador.

**Austria**: en el caso de que los menores se vean perjudicados por la actuación de los padres los tribunales podrán retirar la patria potestad parcialmente o entregarsela a otra persona, que guardará relación de parentesco con el menor o se seleccionará entre los más allegados. Si no existiera persona de estas características el Tribunal entregará al menor al Servicio de protección de menores, que tiene obligación de adoptar las medidas oportunas para evitar cualquier situación problemática. La transmisión de la patria potestad puede ser también fruto de un acuerdo entre los padres y el Servicio de protección de menores, en cuyo caso se podrá revocar unilateralmente el consentimiento prestado por los padres. El Servicio de protección de menores puede valerse de otras personas para ejercer la

Así en *Irlanda* normalmente las autoridades locales del servicio de salud local (*Health Board Authorities*) pueden recurrir al tribunal del distrito para que dicten una orden judicial que les encomiende la custodia del menor. En Lituania Código Civil<sup>211</sup> ha creado *The institute of the guardianship and curator-*

---

patria potestad o de una familia o centro de acogida.

**Polonia:** no hay definición de patria potestad en el Código de Familia y Guarda polaco. En términos generales se entiende como autoridad parental el conjunto de obligaciones y derechos de los padres respecto a los menores de edad para ofrecer un cuidado y protección adecuados a los intereses de los menores. Esta autoridad se extiende hasta que los menores cumplen los 18 años. Entre las obligaciones incluidas encontramos la de cuidado, crecimiento, cuidado de su salud mental y física, educación y representación y administración de sus bienes.

**Portugal:** no se habla de responsabilidad parental si no de autoridad parental “paternal authority”. La autoridad paternal puede ser limitada o prohibida hasta el punto de que los menores pueden ser entregados a una tercera persona (tutor o “guardian”) o un centro de asistencia. La prohibición ocurre en los siguientes casos: comisión de un delito a la que la ley asigne este efecto; declaración de incapacidad por anomalía psíquica o Ausencia, desde el nombramiento del tutor provisional. Los menores pueden ser cuidados por una tercera persona o en un centro de asistencia en los casos en que los padres han infringido sus deberes habiendo producido un serio daño. Es obligatorio nombrar un guardian o guardador: cuando los padres hayan fallecido; si han sido inhabilitados para ejercer la patria potestad; si han sido privados de facto por mas de 6 meses del ejercicio de la patria potestad; si son desconocidos.

**Finlandia:** en caso de que los padres no puedan hacerse cargo de los menores el juzgado puede establecer que la custodia se entregue a un tercera persona si ésta presta su consentimiento. En caso de fallecimiento, la comisión de asuntos sociales debe realizar los trámites necesarios para atribuir la responsabilidad parental.

**Suecia:** en determinados casos puede procederse al nombramiento de uno o dos tutores especialmente designados.

**Inglaterra y Gales:** se habla de responsabilidad parental. Si los progenitores no están capacitados los tribunales pueden nombrar un tutor. El progenitor que ostente la responsabilidad parental puede decidir quien será el tutor de sus hijos en caso de que él fallezca.

**Escocia:** si el progenitor no está dispuesto a ejercer sus responsabilidades parentales, toda persona interesada puede solicitar al tribunal que le retire derechos y responsabilidades parentales. La Ley Escocesa del Menor (Children Scotland Act de 1995) precisa que las responsabilidades parentales se deben ejercer en la medida en que sea posible.

**Irlanda:** los titulares de la responsabilidad parental no pueden concederla ni transferirla. Sin embargo pueden designar a una persona par que ejerza dicha responsabilidad en su nombre. Por otro lado, una persona distinta de los progenitores puede asumir la responsabilidad parental sobre su hijo mediante resolución judicial.

211. Los fundamentos de establecimiento de los menores bajo una guarda o curatela temporal o permanente están recogidas en los artículos 3254 a 3257 de dicho cuerpo legal.

*ship of minors* (el instituto de guarda y cuartela de menores). En Hungría<sup>212</sup>, es la autoridad (*Guardianship authority*) quien determina la persona que ejercerá la guarda. Normalmente la autoridad nombra como guardador a la persona que hubiera sido nombrada por los padres en documento público o para el caso de que muera en su testamento. Si no existe este nombramiento otra persona adecuada será la nombrada.

En los *Países Bajos*<sup>213</sup> existe una forma de protección del menor sin necesi-

---

212. **Hungría:** el artículo 93 de la FLA, determina que si el menor no está bajo la custodia parental, tendrá que establecerse una guardianship, que es el concepto legal de la institución que sustituye la guarda parental para los siguientes casos: muerte de ambos padres, terminación de la guarda parental por decisión del juez. Según la Ley de Familia de Hungría este supuesto solo puede darse en estrictas condiciones legales, establecidas en el art. 88 de la FLA, como son cuando la conducta de los padres supone un daño o pone en peligro seriamente al menor). Las consecuencias legales de esta medida son que los padres no tendrán título ni siguiera para la custodia del menor ni a tener ningún contacto con los menores, excepto en los casos en que se permita excepcionalmente por la autoridad (Guardianship Authority) en interés del menor. Si por decisión judicial se vuelve a instaurar la guarda parental, la guardianship termina ipso iure. Si la custodia parental es suspendida (dormant) para ambos padres. Se suspende (becomes dormant) por la ley cuando alguno de los progenitores, temporal o permanentemente no ejerce la custodia parental por cualquier razón (ejemplo, tiene una incapacidad, no se sabe su paradero, etc.). si desaparece esta razón termina la guardianship ipso iure. Si el niño es adoptado, el adoptado tiene la misma situación legal que un hijo natural, estando bajo la custodia parental de los padres adoptivos.

213. **Países Bajos:** utiliza el termino responsabilidad parental, que se mantiene hasta tres años después de que el menor cumpla los 18 años, es decir, hasta los 21. En el caso de que los padres no puedan o no quieran ejercitar sus funciones parentales, existen tres alternativas:

- Si ambos padres, que comparten la custodia del niño, están temporalmente inhabilitados para ejercer la responsabilidad (ejm, salen del país o no se conoce el paradero) el tribunal nombrará un guardador. Es una tercera parte, normalmente familiares o amigos cercanos.

- Cuando la custodia se ejerce por uno de los progenitores y se encuentra temporalmente incapaz de ejercer sus funciones (ejm: problemas psicológicos temporales) el juzgado puede encargar al otro progenitor la responsabilidad. Cuando el juzgado considere que el interés del menor puede ser seriamente dañado por el otro progenitor puede nombrar un guardador en lugar del otro progenitor, suspendiéndose la responsabilidad parental.

Si ambos progenitores tienen la responsabilidad parental y uno de ellos muere, el superviviente tendrá solo la responsabilidad. Si el otro progenitor es incapaz de ejercer al responsabilidad se nombrará un guardador (guardian).

En ocasiones, cuando el interés del menor o su salud se ven seriamente comprometidos, se puede limitar la responsabilidad de los padres, aún manteniéndola. Es lo que se conoce como supervision order. El menor continua con la familia con la asistencia de una autoridad (family custody authorithy) que ofrece ayuda, incluso con instrucciones por escrito a los padres que están obligados a seguir.

En otros casos el juez puede desde privar de la responsabilidad parental (deprivation custodi) cuando hay serios problemas como abusos de responsabilidad, negligencias del deber de desarrollo del menor, etc; hasta simplemente liberar de la responsabilidad, solo en los supuestos de que los padres sean colaboradores.

dad de la separación de sus padres. Cuando el interés del menor o su salud se ven seriamente comprometidos se puede limitar la responsabilidad de los padres (*supervision order*), pero esta limitación no impide que el menor siga viviendo con su familia, si bien con la asistencia de una autoridad (*family custody authority*) que ofrece ayuda, incluso con instrucciones por escrito a los padres que están obligados a seguir.

Estos pocos trazos anteriormente apuntados nos permiten afirmar que la mayor parte de los ordenamientos europeos recogen medidas y principios para la protección de los menores que tratan de plasmar las directrices dadas desde la Unión Europea. Las principales diferencias, que no son tanto de contenido sino más bien de forma, se encuentran en la autoridad que puede determinar cuándo existe un inadecuado ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental. También es destacable que la totalidad de ellos contempla la obligación de separar al menor de la familia cuando se esté produciendo un perjuicio.

### **3. Normativa Estatal.**

#### **3.1. La Constitución.**

Antes de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), la patria potestad era concebida como un derecho de los progenitores sobre sus hijos, de forma que aquellos decidían en función de su propio interés, y no en función del interés del menor, sin ningún tipo de control por parte de las entidades públicas.

La CE introdujo cambios fundamentales en la concepción de la relación pater-nofilial que se plasmaron posteriormente en leyes que reformaron el Derecho de familia, como la de 13 de mayo y 7 de julio de 1981<sup>214</sup>.

---

214. BOE nº 119, de 19 de mayo de 1981 y BOE nº 172, de 20 de julio de 1981.

Entre las principales novedades introducidas por la Constitución destaca el artículo 39<sup>215</sup>, que recoge por primera vez la idea del interés del menor como concepto jurídico y establece que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos...durante su minoría de edad”. Este artículo recoge una nueva forma de entender la familia como el lugar más adecuado para procurar el desarrollo personal del menor y su correcta inserción social. Según HERNANDEZ IBÁÑEZ<sup>216</sup> supone “que uno de los contenidos de la patria potestad (la guarda) se eleva al deber de rango constitucional, e incluso se independiza de la propia institución (patria potestad) quedando indisolublemente unida a la condición de progenitor, ya sea titular, o no, de la patria potestad”.

El artículo 39 de la CE establece también como principio rector de la política social y económica el de que “los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos”.

Entre los cambios introducidos podemos destacar:

En primer lugar, la consideración del menor como sujeto de derechos y obligaciones y no como simple objeto de protección, considerando que solo el propio ejercicio autónomo de dichos derechos y obligaciones adecuado a las condiciones de madurez del menor, permitirán el verdadero desarrollo de su personalidad.

---

215. La protección del menor llevada a cabo en la propia Constitución Española no se agota con el artículo 39.4. Así el artículo 20.4 establece como límite a la libertad de creación, expresión, información y cátedra “la protección de la juventud y la infancia”, el artículo 27.3 configura el derecho de los padres “a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, o el artículo 48 que exige a los poderes públicos que promuevan “las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”.

216. HERNANDEZ IBÁÑEZ, C.: “La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas”, Dykinson, Madrid, 1998, pag. 9.

En segundo lugar, la consideración de que los padres no ostentan derechos sobre sus hijos, sino que son las personas a las que se les atribuye la función social de cuidar y proteger a los menores, al considerar que son los propios padres quienes mejor pueden cumplir con tal función.

En tercer lugar, la desprivatización de la patria potestad, es decir, la necesidad de un control público del ejercicio de esas funciones por parte de los progenitores en caso de abandono, inadecuado ejercicio de las funciones o falta de progenitores.

La Constitución recoge una serie de derechos fundamentales de cualquier persona, entre las que se incluyen tanto los mayores de edad como los menores, sin hacer distinción por razón de la edad (art. 14 CE) siempre y cuando todos ellos tengan capacidad jurídica adquirida cumpliendo los requisitos del artículo 30 del CC.

Entre estos derechos fundamentales se encuentran, sin lugar a dudas, los derechos de la personalidad, que son definidos como “aquellos derechos subjetivos, amparados al más alto nivel normativo, en virtud de los cuales se reconocen a su titular facultades de goce y protección de los atributos e intereses esenciales e inherentes a su persona”<sup>217</sup>.

Una de las cuestiones más polémicas respecto a la titularidad por parte de los menores de los derechos de la personalidad estriba en determinar si estos derechos solo pueden ejercitarse por sus titulares, aunque sean menores de edad, dado que son inherentes a su persona, o si pueden ejercitarse por los padres en

---

217. GARCÍA GARNICA, M<sup>ª</sup>C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004

representación de sus hijos, según establece el art. 162 del CC.

La falta de claridad en la redacción del artículo 162.1 ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales, al establecer que quedan excluidos de la representación paterna “los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes o con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

Una parte de la doctrina, como DÍEZ-PICAZO<sup>218</sup>, considera que dado que los derechos fundamentales son derechos de la personalidad<sup>219</sup>, no pueden ser ejercitados por los padres en representación de sus hijos<sup>220</sup>.

Otro sector doctrinal considera que el menor podrá realizar los actos relativos a los derechos de la personalidad sólo si tiene condiciones de madurez suficientes, admitiendo la representación paterna en los casos en que carezca de ésta.

Por último, un tercer sector doctrinal distingue si se trata de un acto de carácter patrimonial o de un negocio de carácter estrictamente personal. En el primero de los casos los padres deben representar al menor<sup>221</sup>, siendo anulable el acto

---

218. DIEZ-PICAZO, L.: “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en *Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pag., 291-315.

219. GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004. “Así, es indiscutible que los derechos fundamentales como el derecho a la vida, la integridad física, la intimidad, el honor y la propia imagen, son también derechos de la personalidad; sin que su directa oponibilidad frente a poderes públicos implique desconocer su eficacia en las relaciones jurídico privadas. E, incluso cabe defender que aquellos derechos de la personalidad no contemplados expresamente en el texto constitucional adquieren el rango de fundamentales a través de su genérico encaje en el artículo 10 de la CE, o como derivación particular de otro derecho fundamental (y de la personalidad)”.

220. GONZALEZ MORÁN, “El artículo 162.1 del CC y el derecho de menor a la salud”, en *Tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, págs 219 y 220.

221. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pag 188.

de carácter patrimonial en caso de no ser representado el menor, mientras que en el segundo de los casos será el menor quien lo realice según su capacidad y madurez.

Desde nuestro punto de vista la posición más adecuada es la siguiente:

A. Siempre que el menor tenga *condiciones de madurez* para expresar su voluntad en la materia, *no es posible la representación legal por los padres o tutores en el ámbito de los derechos de la personalidad*, dado que en esta materia no es posible la representación ex lege<sup>222</sup>. No es posible sustituir la voluntad del menor, que es necesaria para el cumplimiento del mandato constitucional del art. 10.1 de la CE relativo al libre desarrollo de la personalidad. Todo ello siempre que el derecho en cuestión no tenga un marcado carácter patrimonial, puesto que en estos casos a pesar de existir voluntad y madurez suficiente para realizar acto, su capacidad deberá ser completada por sus padres o tutores según exige el CC en el art. 162 CC en aras a la protección de la seguridad jurídica y de los intereses de terceros. La función de los progenitores en estos casos no es suplir la voluntad del menor, cumpliendo con lo establecido por el art. 162 CC. en los derechos relativos a la personalidad, sino simplemente completarla, como lo haría un curador<sup>223</sup>.

Sin embargo, consideramos que en estos casos, a pesar de que el menor tenga capacidad de entender y querer sigue bajo la patria potestad de sus progeni-

---

222. GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado...ob.cit.*, pag., 80. "Ello no significa que esta norma sea inútil a falta de desarrollo legislativo, ya que de ella cabe extraer un principio aplicable en todo caso. La inadmisibilidad de que los representantes legales lleven a cabo un acto relativo a la esfera de los derechos de la personalidad del representado contra su voluntad o sin su consentimiento, si este reúne las condiciones necesarias para expresar una u otro, porque ésta es ajena al ámbito de su poder de representación ex lege".

223. GARCÍA GARNICA, MaC.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado...ob. cit.*, pág 90.

tores, y por lo tanto sigue vigente la obligación de éstos de velar por sus hijos recogida en el artículo 154 del CC. Esto supone que, a pesar de que el menor pueda adoptar la decisión por sí mismo sin la representación de sus progenitores, en caso de que éstos consideren que dicha decisión puede ser perjudicial para el menor, deben, al menos, poner en conocimiento de la autoridad su disentimiento con la decisión adoptada, a fin de que, en caso de derivarse un perjuicio por la decisión asumida por su hijo, no sean responsables de la falta de asistencia necesaria.

Lo contrario, es decir, la no exigencia de dicha actuación de los padres se produce solo cuando el hijo deja de estar bajo la patria potestad de sus progenitores, lo cual solamente ocurre con la emancipación o la mayoría de edad a los 18 años.

*B. Cuando el menor no tenga capacidad natural de entender y querer, no podrá ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad, pero evidentemente no puede verse perjudicado en sus derechos por esa falta de capacidad.*

La doctrina admite unánimemente que serán los padres o tutores los que asuman el ejercicio de los derechos de los menores, si bien lo justifican de formas distintas.

Para una parte de la doctrina, los padres actuarían como representantes legales en los derechos de sus hijos según establece el artículo 162 del CC. Se trataría de una excepción a la regla que excluye la representación en lo relativo a los derechos de la personalidad.

Para otra parte de la doctrina, los padres asumen el ejercicio de los derechos de la personalidad de sus hijos no como representantes sino en ejercicio de su función de patria potestad, que les obliga a velar por los intereses de sus hijos<sup>224</sup>.

Esta posición es la que nos resulta más adecuada siguiendo el artículo 6.3 de la LOPJM que establece que “los padres y tutores tiene el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”. Es decir, que en los casos en los que los padres actúan en relación a un derecho de la personalidad de su hijo no lo hacen en su representación, sino en el ejercicio de unas facultades y obligaciones atribuidas como titulares de la patria potestad.

## **3.2. En el Derecho Civil: La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.**

### **3.2.1. Principios fundamentales reconocidos por la Ley: especial referencia al interés del menor.**

Desde la promulgación de la CE y con el mandato constitucional como referente se produjo una importante renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores.

La primera modificación se produjo con la *Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio*, que suprimió la filiación ilegítima y estableció la igualdad de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad y la investigación de la paternidad.

Posteriormente, la *Ley 21/1987 de 11 de noviembre* introdujo importantes cambios en lo que a la protección de menores se refiere, sustituyendo el anticuado concepto de abandono por el de desamparo y aportando en otros aspectos destacables gran agilidad a los procedimientos.

---

224. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: *La patria potestad...*ob. cit., pag. 101.

Pero sin duda la *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*, ha supuesto un antes y un después en la protección de los menores en España.

Pese a que esta Ley ha sido considerada reiterativa por algunos autores dado que recoge un electo de derechos que ya estaban en la propia Constitución<sup>225</sup>, debemos tener en cuenta, sin embargo, que pretende no solo enumerar los derechos de los menores sino también establecer aquellos que tienen un tratamiento especial cuando su titular es un menor de edad<sup>226</sup>.

El artículo 2 de la LOPJM recoge sus principios fundamentales, al señalar “*En aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”.

Este artículo recoge tres principios básicos en la protección de los menores:

- El interés del menor.
- Las medidas de carácter educativo.

---

225. Artículo 3: “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 los Derechos del Niño de las 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”.

226. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: *La patria potestad...ob. cit.*, pag. 32-33. “No obstante, si bien es cierto que dicha reiteración era hasta cierto punto superflua, tiene de valioso reforzar su status dada la especial debilidad de su posición en el núcleo familiar y social, siendo ésta la finalidad que persigue la Ley. Por eso el legislador no enumera todos los derechos del menor, son sólo aquellos en los que la condición del menor de su titular tiene una especial incidencia”.

- La interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de los menores.

La cuestión más importante<sup>227</sup>, y que debe ser abordada en este momento dado que surgirá reiteradamente a lo largo de estas páginas, es la necesidad de saber qué quiere decir la normativa, la doctrina y la jurisprudencia con **el interés del menor**.

El artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>228</sup> por primera vez positiva este principio general al establecer *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño”*.

En España, el artículo 2 de la LOPJM recoge con rotundidad un pronunciamiento general en relación con este principio al establecer *“en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

Encontramos referencias a este interés del menor en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento, pero especialmente en el ámbito civil, tratando de concretar su contenido desde un punto de vista positivo<sup>229</sup>, en algunas ocasiones, o desde

---

227. El carácter educativo de las medidas es algo accesorio al propio interés del menor, sobretodo respecto a las medidas de carácter sancionador, y la interpretación restrictiva de las limitaciones pone de manifiesto que no es posible extender las limitaciones establecidas a situaciones no contempladas, evitando la aplicación analógica o la interpretación extensiva en estos aspectos.

228. El reconocimiento del interés del menor ya existía en la legislación anterior a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, pero existía como pauta interpretativa de carácter general, llegando incluso a ser recogido en 1944, en el Decreto de 2 de Junio, creador de la figura del *“protector social”* al referirse de forma expresa a la conveniencia del menor.

229. Artículos 20.a. 87, 92, 103, 154, 156, 163, 170, 172.4, 304 y 216 del CC, artículos 771.2, 772.2, 773.2, 774.4 1908 de la LEC o artículos 2, 4 LOPJM.

un punto de vista negativo<sup>230</sup>, en otras.

De la lectura de todos estos artículos podemos concluir que este reiteradísimo principio de protección del interés del menor, no es solo una *norma de actuación* de la administración (debiendo respetar este interés) sino que es una *norma interpretativa* para el Juez (debiendo primar incluso sobre los intereses de los progenitores) y *legitimadora de la actuación del Ministerio Fiscal*, cuya participación en los procedimientos de familia se limita a estos casos.

Muchos autores han tratado de definir y concretar qué queremos decir cuando utilizamos la expresión “interés del menor”. Lo cierto es que se trata de un concepto cambiante y dependiente de otros muchos parámetros, ya sean sociales, jurídicos, intelectuales<sup>231</sup>, si bien se suelen incidir en los siguientes aspectos:

---

230. Artículo 90, cuando utiliza la expresión “si son dañosos para los hijos”, 158.2 cuando hace referencia a “perturbaciones dañosas” o de “apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios”.

231. La evolución sufrida por este concepto podemos verla en la propia doctrina, siguiendo lo establecido por RIVERO HERNÁNDEZ en su libro sobre el Derecho de visitas:

“En el orden doctrinal, varias son las opiniones y perspectivas. DAGNINO que se ha hecho, para su Ordenamiento italiano, preguntas parecidas a las que antes he sugerido hace referencia a un interés objetivo del menor, que se referiría a toda o cualquier utilidad pro tempore y pro loco consideranda; y un interés en sentido subjetivo, comprensivo de toda ventaja que responde a la inclinación natural y a las aspiraciones del mismo y que incrementa su capacidad y sus aptitudes humanas en todos los órdenes.

La doctrina francesa, la jurídica y la especializada en Psicología infantil, se ha ocupado con atención de esta cuestión. Varias tendencias y distintas concepciones dentro de cierta incertidumbre por lo delicado y relativo de ese “interés de niño”

a) Una tendencia tradicional colocaría el interés del niño en la perfección- de su educación, concebida ésta fundamentalmente desde arriba e impuesta al niño por quien dirige su vida, en la que cabe el derecho de visita por una parte para atenuar sus excesos, si es demasiado rígida, o para colmar sus deficiencias; la voluntad y parecer personal del niño no es tomada en consideración como índice o expresión de su interés, por poco formada.

b) Otra tendencia, opuesta a la anterior, y a su aspecto impositivo y hasta autoritario, identifica el interés del menor con sus gustos y sus deseos (consecuente con las orientaciones psicoanalíticas): el derecho de visita se acomodaría al interés de aquél en la medida en que coincida o se corresponda con su deseo (si le apetece o no). Esta segunda dirección tiene el mérito de tomar en consideración la personalidad del niño, si bien en este último aspecto, desenfocado o exacerbado, puede encontrar su punto débil.

c) Una tercera Posición, intermedia, sin dejar de ponderar lo que es la formación del niño, atenúa su aspecto autoritario para poner el acento en la noción de «necesidades educativas», en las que se insertan las relaciones del menor en y que el derecho de visita consiste. El equilibrio entre las necesidades

1. *No se trata de garantizar la voluntad del menor sino que se trata de garantizar aquello que es más beneficioso para él.*

Se trata de hacer una labor de determinación y búsqueda de lo que en cada caso es lo mejor para ese menor. En esta búsqueda no podemos olvidar, como afirma SERRANO RUIZ-CALDERÓN<sup>232</sup>, que los menores son seres humanos “en formación” y por lo tanto fácilmente influenciables o moldeables, a menudo influidos por sus propios deseos o satisfacciones presentes sin prestar atención a sus necesidades futuras o presentes.

2. *A través de este principio se trata de garantizar el libre desarrollo de la personalidad; por ello se trata de garantizar lo más beneficioso para él, no ahora, sino para el futuro.*

La Exposición de Motivos de la LOPJM recoge como objetivo de la misma tratar de crear un *marco de protección integral* de los menores, una especie de Carta Magna basándose en el *reconocimiento de la condición de sujetos de derechos* a las personas menores de edad. Trata de convertir al menor en mayor como sujetos activos, participativos, creativos, con capacidad de creación de su propio entorno personal y social y de determinar sus propias necesidades y la forma de satisfacerlas. Para conseguir este objetivo es necesario proteger al menor durante su etapa de formación como sujeto de derechos teniendo en cuenta su propia situación, capacidad y realidad.

---

que en ese orden tiene el niño y las tensiones afectivas y demás que dichas relaciones puedan crear se lograría administrándolas con ponderación, teniendo en cuenta que el niño de corta edad necesita más la estabilidad emocional, y la libertad especial acento en cambio más necesaria para el adolescente: el interés del menor, desde esa perspectiva, varía y está en función de su edad y de su personalidad”.

232. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M: *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, pag.,176; “tampoco se puede considerar que este interés deba coincidir siempre con sus apetencias o deseos, en muchos casos caprichosos, y que tendremos que determinar siempre a través del análisis de coordenadas como la edad, la madurez, educación, etc.”

El principio del interés del menor permite por lo tanto engarzar dos conceptos: protección y desarrollo responsable del menor. Por ello se suelen distinguir dos aspectos de este principio básico, uno positivo, de *búsqueda del provecho del menor*, y otro negativo, de *procurar la evitación de un daño*<sup>233</sup>.

Así RIVERO HERNANDEZ<sup>234</sup> puntualiza “el interés del menor (valoración positiva de lo que le conviene), no coincide con toda situación o acto que deba considerarse más ventajoso para él respecto a otros posibles, sino aquellos que, más allá de una valoración comparativa con otras opciones más o menos buenas, comporten un beneficio para el menor y sus principales centros de interés actual o futuro, considerado desde un punto de vista objetivo”<sup>235</sup>.

### 3. La supremacía del interés del menor.

El interés del menor goza de una especial protección por dos cuestiones:

La primera de ellas deriva, precisamente, de esa consideración del interés del menor como elemento necesario para el derecho fundamental del libre desar-

---

233. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “El interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio” en (VVAA) *El menor en la legislación actual*, Universidad Antonio de Lebrija. Universitas Nebrissensis, Hoyo de Manzanares (Madrid), 1998, pag., 91.

234. RIVERO HERNANDEZ, F: *El interés del menor*, Dykinson, 2000, pags., 95 y siguientes.

235. La SAT de Bilbao de 9 de enero de 1985, que en relación con el traslado a Francia de la madre a cuya custodia estaban los hijos matrimoniales, refiere el posible perjuicio de ello derivado para éstos y sus relaciones con su padre al “desarrollo personal y para las expectativas de futuro desenvolvimiento de aquéllos”. Más taxativamente la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de julio de 1997 recoge “este principio puede configurarse tomando como base lo dicho en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.- como equivalente al bienestar físico, moral, intelectual y social y, en definitiva, a la garantía de la formación y desarrollo integral del menor”.

rollo de la personalidad<sup>236</sup> recogido en el artículo 10 de la Constitución española. Esta consideración se ha traducido en el reconocimiento de la protección del mismo ha de estar garantizada por parte de los poderes públicos, según se establece en el artículo 39.2 del mismo cuerpo legal<sup>237</sup>. Es decir, la existencia de un menor introduce en la cuestión un elemento de orden público que debe ser protegido tanto por los poderes públicos como judiciales.

La segunda hace referencia al caso de conflicto con otros intereses también dignos de protección en nuestro ordenamiento, debiendo prevalecer siempre el interés del menor, según establece el propio artículo 2 de la LOPJM. Sin embargo coincidimos con ZARRALUQUI en la necesidad de haber introducido en dicho artículo una matización, que se refiere a que el interés del menor primará sobre cualquier interés legítimo “de similar entidad”<sup>238</sup>. Esto significa que es necesaria una ponderación y valoración de los intereses en juego debiendo suponer que ante intereses iguales es el del menor el que debe primar, pero no puede significar también su primacía ante intereses muy superiores aunque fuesen de un mayor de edad.

Tratándose, como se trata, de un concepto ambiguo, deberá ir concretándose con la práctica y las específicas connotaciones de cada caso.

---

236. RIVERA ALVAREZ, J.: “La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes”, en *Cuadernos de Trabajo Social* nº 10 (1997), Ed. Universidad Complutense de Madrid, págs 75-92. “deben referirse, respecto a los aspectos personales, a la formación de la personalidad del menor como ser con dignidad propia y autorresponsable y, en el aspecto patrimonial, a la conservación e incremento del patrimonio dentro de una actuación diligente (art. 164 y 168.2º párrafo, art. 270 del CC)”.

237. La SAP de Tarragona de 13 de diciembre de 1993 17 bis dice que “el interés preponderante, que debe prevalecer sobre cualquier otro, es el interés del menor de edad y ello porque sus derechos de cara a su protección y tutela exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a gozar de la consideración de derechos públicos, para los que la Constitución sanciona su protección in-egral por parte de los poderes públicos (art. 39.2)”.

238. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “El interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio”...ob. cit., pag. 92.

En principio, la determinación de qué es mejor para el menor y su ejercicio corresponde a *los padres o aquellas personas que tengan otorgado el ejercicio de las funciones de la patria potestad*. Sin embargo, en ocasiones puede producirse un conflicto entre los intereses de unos y otros. En este caso, según lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas de 1989 (artículo 3) y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor (artículo 2), primaría el interés del menor.

En estos casos se podría pensar que la determinación de cuál es el interés del menor corresponde al defensor judicial, pero lo cierto es que está pensado más bien para las cuestiones de carácter patrimonial o de relaciones contractuales, y no tanto para el ámbito personal. En este último caso, será el Juez quien deba concretar qué entiende el que es lo mejor para el menor.

Llegados a este punto debemos establecer una serie de consideraciones:

La primera, que aunque lo mas beneficioso para el menor puede no coincidir con lo mas beneficioso para los padres, en determinados casos de deja a éstos la determinación de lo que ellos consideran mas adecuado para sus hijo, como en el artículo 27 de la Constitución que faculta a los padres a exigir una educación de los hijos conforme a sus creencias y convicciones.

La segunda, que aunque el juez goce de una gran discrecionalidad a la hora de determinar qué considera lo mejor para el menor, no puede pensarse en una decisión arbitraria, por lo que debe fundamentar su decisión.

La tercera, que en muchas ocasiones serán las condiciones sociales las que determinen qué es lo mas beneficioso, puesto que los órganos de la Administración (los jueces) son quienes determinan este concepto.

### 3.2.2. Los derechos reconocidos a los menores:

Algunos de los derechos expresamente recogidos en la LOPJM se limitan a repetir lo establecido en la CE y en la Convención de 1989. Estos derechos son el derecho a la no discriminación (art. 3 LOPJM<sup>239</sup>), el derecho de participación, asociación y reunión (art. 7 LOPJM<sup>240</sup>) y el derecho a la libertad de expresión (art. 8 LOPJM)<sup>241</sup>.

Vamos a analizar las especialidades establecidas para el resto de los derechos:

#### *A. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4 LOPJM)<sup>242</sup>.*

---

239. Establece este artículo: “Los menores gozarán e los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de las 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”.

240. La principal especialidad introducida es el establecimiento como límite del ejercicio de la libertad de expresión no solo el derecho al honor, la intimidad y propia imagen de los demás, sino también el honor, la intimidad y propia imagen del propio menor. Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *La protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, pags. 124- 130.

241. La principal especialidad introducida es el establecimiento como límite del ejercicio de la libertad de expresión no solo el derecho al honor, la intimidad y propia imagen de los demás, sino también el honor, la intimidad y propia imagen del propio menor. Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *La protección jurídica del menor...ob., cit.*, pags. 130-133.

242. “1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de comunicaciones.

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”.

El derecho al honor, al a intimidad y a la propia imagen está regulado en el artículo 18 de la CE y en la *Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la Intimidad personal y Familiar y a la Propia Imagen*.

La LOPJM refuerza, frente a la Ley anterior<sup>243</sup>, la intervención del Ministerio Fiscal a la hora de instar las acciones en defensa de estos derechos, las medidas cautelares, o solicitar indemnizaciones, siendo destacable que esta intervención puede ser solicitada tanto de oficio como a *instancia del propio menor* o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública (párrafos 2 y 4 del artículo 4 de la LOPJM).

Una de las cuestiones más importantes en relación al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen es el concepto de intromisión ilegítima, en lo que la LOPJM ha sido poco original (artículo 3) en relación a la LO 1/82 (en su artículo 7)<sup>244</sup>. Podemos simplificar la cuestión considerando que serán intromisiones

---

243. Se hace una referencia expresa a la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y el secreto de las comunicaciones, incluso por sus representantes legales o progenitores.

244. “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta ley:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familiar que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
4. La revelación en privado de una persona o familiar conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
5. La captación o reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.
6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
7. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en al consideración ajena.

ilegítimas aquellas que cumplan dos requisitos: el primero, la utilización de su imagen o nombre del menor en cualquier medio de comunicación; y el segundo, que esta utilización suponga un menoscabo a su reputación o buen nombre o que sea contrario a sus intereses.

La principal novedad introducida por la LOPJM consiste en la consideración como intromisiones ilegítimas aquellos supuestos en los que se cumplan estos dos requisitos *incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales* (art. 4.3 in fine). La propia Exposición de de Motivos de la LOPJM justifica esta disposición señalando que el menor “*puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes o grupos en los que se mueve*”.

También es novedoso que para valorar en qué medida se está produciendo un menoscabo, deberá tomarse en cuenta no lo que es socialmente considerado como una afrenta en el entorno adulto, sino lo que puede ser considerado como tal entre los menores y en su propio entorno social<sup>245</sup>. De la misma manera, la valoración de los intereses del menor deberá hacerse sobre el análisis de si la intromisión realizada es contraria al conjunto de derechos que nuestro ordenamiento jurídico recoge para los menores así como un análisis del contexto familiar y social del menor.

Por último, llegamos al punto más interesante, y que consiste en cómo se valora si el menor puede o no ejercer este derecho por sí mismo, o si lo hace representado por sus progenitores.

El artículo 3 de la LO 1/82, establece expresamente que si el menor tiene madu-

---

245. PANTOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996...ob., cit.*, pag. 13.

rez suficiente podrá prestar por sí mismo el consentimiento, mientras que en el caso de que no tenga madurez para hacerlo serán los padres o sus representantes legales quienes lo presten.

El problema en este punto consiste en determinar cuándo el menor tiene esa “madurez suficiente”. PANTOJA GARCIA<sup>246</sup> propone un criterio objetivo al considerar que la edad en la que se puede considerar el menor como maduro sería la de los 16 años.

La necesidad de una valoración es contemplada muy acertadamente por LINACERO DE LA FUENTE<sup>247</sup> incluso cuando el menor tiene madurez suficiente en aquellos casos en los que el acto en cuestión puede razonablemente suponerle un perjuicio. Esta valoración es entendida como una especie de control previo o algún tipo de formalismo para la prestación del consentimiento por parte del menor.

Cuando el menor carezca de la madurez suficiente serán los progenitores o representantes legales quienes consientan *por escrito* el acto, debiendo ser puesto *previamente* en conocimiento al Ministerio Fiscal, quien podrá oponerse, en cuyo caso resolverá el Juez lo que estime oportuno. El hecho de no poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento prestado por los progenitores o representantes legales convierte la intromisión en ilegítima.

---

246. PANTOJA GARCÍA, F.: Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996...ob., cit., pag. 16.  
247. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *La protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, pag. 102 y 103. “En efecto, en el caso de que los menores cuyas condiciones de madurez lo permitan, presten su consentimiento a la utilización de su imagen o nombre, o a la difusión de información en los medios de comunicación que razonablemente puedan perjudicarlos, sus representantes legales y en su caso, el Ministerio Fiscal, estarían legitimados para oponerse a las mismas. Se trataría no ya de invalidar el consentimiento del menor, sino de establecer algún tipo de control previo a su otorgamiento o de formalismo, de forma similar al previsto para el consentimiento prestado por los representantes legales en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982”.

*B. Derecho a la información (art. 5 LOPJM<sup>248</sup>).*

Se trata de garantizar el derecho de los menores a tener a su disposición la información necesaria para un adecuado desarrollo, en la línea marcada por la Convención de los derechos del Niño de procurar un desarrollo responsable del menor y preparararlo para la vida en sociedad de forma gradual.

Se pretende que tanto los padres como la Administración pública se responsabilicen de que el menor tenga a su disposición toda la información que le sea necesaria, así como de que la información que los menores reciban no solo sea veraz, sino que promueva valores como la igualdad y solidaridad, evitando imágenes de violencia, explotación o trato degradante. No en vano, este artículo tiene su origen en el artículo 24 de la CE, el cual limita la libertad de expresión a la protección de la juventud y la infancia.

Lo que resulta extraño es que esta ley no se haya preocupado de establecer las consecuencias que el incumplimiento de este artículo puede acarrear, sobre todo teniendo en cuenta los niveles de violencia, falsedad, tratos degradantes y sexistas actualmente alcanzan los contenidos de determinados medios de co-

---

248. "1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.

2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.

3. Las Administraciones públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales. En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista.

4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigidas a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.

5. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita".

municación, principalmente la televisión.

En este aspecto se ha tenido un especial cuidado o tutela con los menores tratando de que la publicidad en los medios de televisión no vulnere su integridad física o moral (artículo 16 de la *Ley 25/1994* y art. 22 *Directiva 89/552/CEE sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de radiodifusión televisiva*).

Una de las aportaciones más novedosas de la LOPJM radica en la atribución al Ministerio Fiscal de las competencias para el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de la publicidad ilícita<sup>249</sup>, ya definida en la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad*<sup>250</sup>.

---

249. Llegados a este punto es necesario diferenciar varios conceptos: la publicidad engañosa, la publicidad falsa, el fraude y la publicidad desleal. La publicidad falsa es aquella en la que lo ofrecido y la realidad no se corresponden. Es por lo tanto un engaño que induce al error dado un falseamiento de datos (FERNANDEZ GIMENO, J. P. y TAMAYO CARMONA, J. A.: «Protección de los intereses económicos... ob. cit., pág. 122). La *publicidad engañosa* es aquella que induce al error, dado que los datos publicitados no se corresponden con la realidad y existe falta de correspondencia entre lo ofrecido y la realidad. Cuando la publicidad engañosa provenga de la inexactitud entre lo ofrecido y la realidad entonces coincidirá con la publicidad falsa. Pero ese error puede además venir provocado por otras muchas consecuencias, ilegibilidad o ambigüedad del mensaje, el silenciar datos fundamentales, etc., de forma que la publicidad engañosa no siempre es publicidad falsa. La publicidad desleal es aquella que es contraria a las exigencias de la buena fe. La diferencia entre la publicidad engañosa y la desleal se encuentra, según manifiesta FERNANDEZ GIMENO (pag 122), en que “la primera trata de proteger a los consumidores y la segunda a los competidores. La primera está regulada y protegida por la Ley 26/84 y la segunda por la Ley 3/91”.

250. Tiene como antecedente la *Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984*, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Ley 39/2002, de 28 de octubre que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 97/55/CE de 6 de octubre de 1997 que a su vez modifica la anterior Directiva 84/450/CEE a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. Así mismo, La ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se regula las actividades de radiodifusión televisiva establece que, además de lo dispuesto por la Ley General de la Publicidad, se consideran ilícitos los mensajes publicitarios que fomenten, vulnere o infrinjan la salud o seguridad de las personas, su dignidad, convicciones religiosas o políticas, la igualdad, inciten a la violencia, o a comportamientos antisociales, crueldad, maltrato de las personas o animales, destrucción de bienes de la naturaleza o culturales, apelen al miedo o a la superstición o finalmente fomenten abusos, imprudencias, negligencias o conductas agresivas (art. 8).

Para entender la principal dificultad en relación a la publicidad ilícita con los menores, LINACERO DE LA FUENTE<sup>251</sup> desarrolla lo que denomina límites éticos de la publicidad, cuya nota de ilicitud no se asientan en razones estrictamente económicas sino fundamentalmente a planteamientos de carácter ético o moral. Considera que podrá ser considerada publicidad ilícita “*en función de la existencia de grupos de consumidores que por razones físicas, psíquicas o intelectuales requieren una especial tutela (niños, ancianos, disminuidos o aquellos que adolecen de deficiencias culturales...)*”<sup>252</sup>. Se trata, en definitiva, de considerar al menor como un grupo especial de consumidores. La publicidad dirigida a este grupo puede ser, en determinadas ocasiones, considerada ilícita por la especial situación de indefensión de sus destinatarios<sup>253</sup>.

### *C. Derecho a la libertad ideológica, conciencia y religión (art. 6 LOPJM).*

El artículo 16.1 de la CE recoge el derecho a la libertad religiosa a los “individuos y las comunidades” y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa reconoce ese derecho en su artículo 2.1 “a toda persona”, lo que supone que se reconocen a cualquier persona, tanto mayor como menor de edad.

---

251. LINACERO DE LA FUENTE, M.: «Notas sobre la publicidad ilícita en el ordenamiento español y comunitario. Límites éticos de la publicidad»...ob. cit., págs, 217-233.

252. LINACERO DE LA FUENTE, M.: «Notas sobre la publicidad ilícita en el ordenamiento español y comunitario. Límites éticos de la publicidad» en *Actualidad Civil*, nº 10, 4 al 10 de marzo de 1996, págs 221 y 222. alude a un concepto amplio de publicidad ilícita que desglosa en cinco grupos: “1.PUBLICIDAD ILÍCITA POR ATENTAR BÁSICAMENTE CONTRA LOS INTERESES ECONÓMICOS DE SUS DESTINATARIOS (PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y DESLEAL). 2 PUBLICIDAD ILÍCITA POR INCUMPLIR LAS NORMAS RELATIVAS A LA PUBLICIDAD DE DETERMINADOS PRODUCTOS, BIENES O SERVICIOS (bebidas alcohólicas, tabaco, estupefacientes, medicamentos...). 3.PUBLICIDAD ILÍCITA POR ATENTAR CONTRA VALORES O PRINCIPIOS DIGNOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN (salud, seguridad de las personas, protección del medio ambiente, respeto a la dignidad humana, no discriminación por motivos de raza, religión, sexo, no incitación a la violencia o al fomento de conductas negligentes, agresivas...). 4.PUBLICIDAD ILÍCITA POR EMPLEO DE TÉCNICAS SUBLIMINALES. 5.PUBLICIDAD ILÍCITA EN FUNCIÓN DE LA EXISTENCIA DE GRUPOS DE CONSUMIDORES QUE POR RAZONES FÍSICAS, PSÍQUICAS O INTELLECTUALES REQUIEREN UNA ESPECIAL TUTELA (niños, ancianos, disminuidos o aquellos que adolecen de deficiencias culturales...)”.

253. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *La protección jurídica del menor*. Ob. cit., pag., 120.

De forma más específica se refieren a ello la Convención de los Derechos del niño en su artículo 14, que establece que los Estados estarán obligados al respeto del “derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión” sin perjuicio “de los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho o modo conforme a la evolución de sus facultades”, y la LOPJM que establece en su artículo 6 “el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión” cuyo ejercicio “tiene únicamente las limitaciones prescritas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás” añadiendo que “los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”.

Por lo tanto, un menor tiene garantizado el derecho fundamental a su propia libertad ideológica, cultural o de religión, si bien, según vimos anteriormente, el ejercicio de estos derechos será diferente dependiendo del grado de madurez que ostente, debiendo ser valorado en cada caso concreto.

Dependiendo de la madurez del menor la situación puede ser muy diferente. En unos casos el menor podrá adoptar la decisión por sí mismo, en otros casos los padres deberán adoptar la decisión debiendo tener en cuenta la opinión del menor y siempre en atención al interés de éste, y por último, habrá ocasiones donde los padres no deben si quiera oír al menor (por ejemplo en los casos en los que el menor sea un recién nacido).

La edad y la convicción mostrada en cada caso son elementos a tener en cuenta a la hora de valorar esta madurez. Esta valoración puede ser muy difícil, sobre todo a la hora de deslindar los distintos derechos fundamentales que pueden estar en juego en una situación y la madurez del menor necesaria para cada uno de ellos.

El problema de este derecho cuando entra en conflicto con otros derechos, tanto del propio menor como de terceros.

La principal dificultad la encontramos cuando el *derecho a la libertad religiosa* entra en colisión con el *derecho a la propia vida*.

Del excelente análisis realizado por FERNANDEZ DE FRUTOS<sup>254</sup> de la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 28 de julio, que tiene por sujeto a un menor de 13 años, testigo de Jehová, que se niega a recibir una transfusión de sangre<sup>255</sup>, compartimos sus reflexiones finales al poner de manifiesto la necesidad de deslindar los derechos fundamentales en peligro, sus titulares y su alcance.

En estos casos debe distinguirse si la madurez exigible para que un menor pueda adoptar libremente decisiones respecto a la libertad religiosa es la misma que para rechazar un tratamiento que puede desencadenar en su muerte. Compartimos con la autora que la madurez necesaria en ambos casos es distinta,

---

254. FERNANDEZ DE FRUTOS, M.; "Titularidad y ejercicio de los Derechos Fundamentales por los menores de edad. Examen de la Jurisprudencia constitucional", en *Revista Jurídica de Catalunya*, pags 153-169.

255. Sentencia T.C. 154/2002 de 28 de julio de 2002. En esta ocasión se trataba de un menor de 13 años que sufrió un accidente grave que requería una transfusión de sangre. Tanto los padres como el menor, testigos de Jehová, se negaron a realizar dicha transfusión. Ante la negativa el centro hospitalario solicitó autorización al Juzgado de guardia, que concedió la misma. Sin embargo, cuando se procedía a realizarla el menor rechazó violentamente la intervención acordando no realizarla finalmente. Tras varios intentos en diversos hospitales donde se les informaba de que la única opción era la transfusión, los padres trasladaron al menor a su domicilio. El Ayuntamiento de la localidad de residencia familiar solicitó una orden de entrada y registro para ofrecerle asistencia médica y una vez concedida y realizada se trasladó de urgencia al menor donde se le practicó dicha transfusión con la oposición del menor y de los progenitores. El menor murió dado que cuando se realizó dicha intervención ya estaba en coma.

En este caso el Tribunal Supremo condenó a los padres al considerar que se había producido un delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión, si bien el Tribunal Constitucional anula la sentencia anterior al considerar que obligar a los padres del menor a actuar en contra de sus convicciones religiosas (convenciendo a su hijo a la transfusión o a permitir la misma) atenta contra su derecho fundamental a la misma.

según señala la propia normativa sanitaria que establece que cuando el menor no pueda comprender el alcance de la intervención o de la falta de ella, el consentimiento lo deberán dar sus padres o familiares<sup>256</sup>.

En estos casos será necesario valorar cual de estos derechos debe primar: si el propio ejercicio del derecho por su titular o si los padres deberían velar por la vida del menor en estos casos.

Cuando el *derecho a la libertad religiosa* entra en colisión con el *derecho a la integridad física* del propio menor, compartimos la opinión de que el derecho a la integridad física del menor no es un derecho donde su titular goce de una libertad absoluta, y esto lo demuestra el propio artículo 155 del CP que prohíbe causar lesiones a un menor aún contando con su consentimiento. Pero la agresión que se haga al cuerpo puede ser de muy distinta consideración, puesto que podemos incluir en este concepto desde los pendientes que quiera hacerse un menor en cualquier parte de su cuerpo hasta la ablación. En estos casos no solo la madurez del menor es suficiente, sino que, dependiendo del caso, será necesaria la valoración por los padres o en su caso por los jueces.

Por último, no podemos olvidar que el derecho a la libertad religiosa del menor se encuentra frente al derecho de los padres a elegir la educación religiosa de sus hijos. Éstos tienen el derecho a elegir “para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar,

---

256. Art. 10.5.b) de la Ley 14/86 que establecía que no era necesario el consentimiento de los pacientes cuando éstos no estuvieran incapacitados para tomar decisiones en cuyo caso correspondería a sus familiares o personas a él allegados. Y el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece que se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en cuyo caso lo dará el representante del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos”.

la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 2.1.c) LOLR).

Cuando los progenitores eligen si el menor acudirá a clase de religión o de ética, lo hacen en ejercicio de su *propio* derecho a la libertad religiosa, si bien esta función deberá realizarla sin lesionar el desarrollo a la personalidad del menor y la libre formación de su conciencia<sup>257</sup>. La decisión deberá ser adoptada mediante la ponderación en el caso concreto de lo que será el interés del menor.

Si el menor tiene madurez suficiente será él mismo quien ejerza autónomamente este derecho, adoptando sus propias decisiones. Si no reúne las condiciones de madurez, serán los padres quienes tomarán las decisiones sobre esta cuestión, pero no lo harán como representantes de su hijo (artículo 162.1 CC), sino ejercitando su propio derecho a la libertad religiosa. El ejemplo más claro lo encontramos cuando los progenitores deciden bautizar a su hijo. Este acto no lo hacen “en representación” del menor, sino en ejercicio de su propio derecho a la libertad religiosa siempre y cuando se respete por éstos el propio derecho a la libertad religiosa del menor, el interés del mismo y su derecho a la integridad moral.

Los principales conflictos surgen cuando el menor no tiene capacidad natural o madurez suficiente para la realización del acto en cuestión. El problema estriba en determinar hasta qué punto los padres pueden hacer valer su modelo ideológico o religioso, ya que un exceso podría vulnerar el derecho del menor a la propia libertad religiosa y a la formación de conciencia.

*D. El derecho a la audiencia del menor (art. 9 LOPJM).*

---

257. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: *La patria potestad...*ob. cit., pag. 101.

El derecho a la audiencia del menor se encuentra regulado en numerosos textos jurídicos<sup>258</sup>. El artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor,

258. El Consejo de Europa en su *Recomendación 1121, (1990)* mantiene que el menor es un titular de derechos y propone, entre otras cosas, que los Estados Miembros nombren un *mediador especial para los niños*, que pueda aconsejarles, informarles de sus derechos, intervenir y, en su caso, ejercer acciones en su nombre. El deber de los padres de prestar el apoyo que sea necesario (facilitarles información, consultarles, explicarles las consecuencias, tener en cuenta su opinión) y cuando tal apoyo no se ejercite adecuadamente, por intereses contrapuestos u otra razón o cuando resulte insuficiente para hacer efectivo el derecho del menor, obtener información de los que ejercen la responsabilidad, *ótr a los menores en persona o por medio de otra autoridad*, poder limitar el ejercicio incorrecto de la responsabilidad parental cuando no se de en interés de los niños o sea contrario, designar un representante al niño, etc.

Asimismo, la *Carta Europea de los Derechos del Niño*, del 8 de julio de 1992, reconoce este derecho en su apartado 8.14, disponiendo a tal efecto:

“8.14. Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, *y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten*. Con objeto de ayudar a a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño.”

En nuestro Derecho civil también se ha recogido de forma expresa. En lo que se refiere a los *procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial* el artículo 92. 2 del Código Civil establece en su apartado 2, que “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”. A este aspecto nos vamos a referir con detenimiento en páginas posteriores .

En lo referente a la *patria potestad* encontramos varios artículos. El artículo 154 afirma que si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. El artículo 156 señala que cuando ante el desacuerdo en el ejercicio de la función parental entre progenitores, éstos acudieran al juez, éste resolverá después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. El artículo 159 se refiere al caso en que los padres no se decidan sobre quien de ellos tendrá el cuidado de los hijos, será el juez quien lo haga, pero “El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.” En el ámbito de la *adopción* el artículo 177.3 establece “deberán ser simplemente oídos por el Juez: 3º El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio”. En el ámbito de la *tutela* el artículo 231 establece “El juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años”. El artículo 237 establece en su segundo párrafo establece en lo relativo al ejercicio de las facultades de tutela por dos personas que “A falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá si n ulterior recurso lo que estime conveniente.” El 248 establece la misma media en caso de remoción del tutor y el 273 establece “antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oír al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes”.

que repite textualmente el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, establece:

*“1.- El menor tiene derecho a ser oído, tanto 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 aquellos.”*

Como vemos, a través de este derecho se trata de garantizar la participación el menor en cualquier proceso que le afecte. A nuestro entender, en determinadas ocasiones puede suscitarse la duda de si el derecho a la audiencia del menor debe considerarse como tal, un derecho, o mas bien como una obligación.

Compartimos con ZARRALUQUI la opinión de que este derecho debe concebirse fundamentalmente como una *opción*, de ser oído o no. Sin embargo la redacción de la mayoría de los artículos de nuestro CC. y de la LEC exigen al juez la realización de esta diligencia cuando se cumplan los requisitos de edad o suficiencia de juicio requeridos en cada caso. Siguiendo este criterio, el derecho a la audiencia del menor pasa a convertirse en deber.

Ante esta situación, parece acertada la afirmación que hace el autor al apuntar que la obligación atañe al juez, estando éste obligado al cumplimiento del trámite procesal de la audiencia, pero no existe obligación del menor de comparecer ante el miso ni manifestar sus opiniones<sup>259</sup>.

Esta audiencia del menor puede ser llevada a cabo en nuestro ordenamiento jurídico de muy diversas maneras:

En unos casos se llamará al menor como **testigo**. Solo los menores de 14 años podrán ser llamados como testigos si, según el criterio del Tribunal, poseen discernimiento para conocer y declarar verazmente (art 361 LEC).

En otros casos podrá ser **objeto de prueba pericial**. Los menores podrán ser citados por el equipo psicosocial del juzgado o por un psicólogo externo, elegido por el juzgado o por las partes, a fin de dictaminar sus condiciones personales o sociales que habrán de ser tenidas en cuenta por el Juez a la hora de adoptar

---

259. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres” en (VV.AA.) La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción, Dykinson, Madrid, 2004, pag. 70. “Hay que subrayar que en todos los casos antes expuestos, los diferentes preceptos legales establecen LA OBLIGACIÓN –EL DEBER– DEL JUEZ DE OÍR AL MENOR, pero nada dice de la aobligación del menor de comparecer ante el Juez ni de “hablarle”, de expresarle sus opiniones o juicios. Es más, el mencionado art. 9 de la Ley del Menor de lo que ÚNICAMENTE habla es del DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO, que es algo diferente. (...) El Juez tiene obligación de oírle solo en la medida en que el menor tiene derecho a ser oído y en la forma que la Ley Orgánica regula dicha audiencia”.

algún tipo de decisión que les afecte. Así, serán citados para su examen en los procesos sobre incapacitación, filiación o en procesos matrimoniales donde las medidas puedan afectarles.

En otros casos, se le podrá llamar **como parte con interés en el objeto del proceso**. En estos casos su intervención puede ser de distinta índole:

- Es posible que se exija para la adopción de determinadas medidas o derechos que sea el menor quien lo solicite, como ocurre en la adquisición o recuperación de la nacionalidad, al exigir que el menor de 14 años jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes y renuncia a su anterior nacionalidad (art. 23 CC.).
- Se puede también requerir su consentimiento para la conclusión de un negocio jurídico en el que es parte, como por ejemplo al menor de más de 12 años en la adopción (art. 177 CC.).
- En otros supuestos su intervención consistirá en la posibilidad de oponerse a la realización de determinado negocio o a determinadas consecuencias jurídicas, como en la restitución internacional de un menor (art. 13.3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980) o como en la posibilidad de oponerse a un régimen de visitas con uno de sus progenitores (art. 160 CC)
- Por último, su participación se puede limitar a ser oído por el Juez antes de adoptar una decisión.

La pregunta que debemos hacernos a continuación sería *qué criterio se utiliza para determinar cuándo debe ser oído el menor*.

Ninguna de las leyes de carácter internacional, ni la propia Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establecen una edad determinada para el ejercicio obligatorio del derecho a la audiencia, ya que se refieren únicamente al hecho de que tengan *suficiente grado de madurez y discernimiento*.

Podríamos decir entonces que el derecho a ser oído se determina en función del hecho natural y jurídico de si tiene o no suficiente juicio, por lo que podrá ser oído normalmente a partir de que ostente uso de razón (circunstancia que, según la opinión generalizada, comienza a los siete años de edad). Sin embargo, lo manifestado conlleva importantes problemas, entre los que destaca el apuntado por ZARRALUQUI<sup>260</sup> al decir que “si para darle intervención o ser oído en un proceso, hay que dilucidar previamente si un menor tiene suficiente juicio, este reconocimiento no se puede alcanzar sin una valoración personal del menor, a realizar por el mismo que dirige el proceso, y para ello es indudable que a éste habrá de darle participación u oírle o las dos cosas para poder enjuiciar su capacidad. Y si ya se le ha oído o enjuiciado para determinar su juicio, ya se le ha dado participación en el proceso, sea cual sea la conclusión a que llegue en cuanto a la suficiencia de su madurez”.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico se ha introducido junto con este criterio subjetivo del “suficiente juicio” otro *criterio objetivo*, el de *la edad*. Así, dependiendo del ámbito en el que nos encontremos, se requerirá en unos casos que el menor tenga 14 años (como la posibilidad de contraer matrimonio con dispensa de un juez solo por encima de esa edad o la posibilidad de participar como testigos en un juicio solo a partir de esta edad) y en otros 12 años, como en los casos de crisis matrimoniales, ejercicio de la patria potestad o adopción.

---

260. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres” en (VV.AA.) La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción, Dykinson, Madrid, 2004, pag. 54.

El criterio objetivo de la edad es necesario, en primer lugar, por razones de *seguridad jurídica*, permitiendo determinar de una forma clara y sencilla una eventual vulneración de este derecho, de forma que su ejercicio no dependa únicamente del libre arbitrio del Juzgador o los equipos psicosociales. Y en segundo lugar por razones de economía procesal, evitando tener que realizar una valoración sobre la capacidad de comprensión del menor, dado que al presumirse tendrá un resultado positivo en niños mayores de doce años, directamente se practica.

Hasta ahora hemos analizado el derecho del menor a manifestarse, pero nos queda por plantear *qué valor tiene lo manifestado por el menor*.

La característica principal de la audiencia es su *carácter no vinculante* para el juzgador. Éste ha de tener en cuenta todo lo manifestado por el menor, pero además ha de tener en cuenta otros factores, como las restantes pruebas practicadas, la edad del menor, su madurez o las posibles consecuencias futuras de su decisión.

Lo que es imperativo para el juez es la realización de la audiencia cuando se encuentre el menor en la edad o condiciones de madurez exigidas por nuestro ordenamiento, dado que dicha audiencia constituye un requisito de validez del acto que, en caso de inobservancia, conllevaría la *anulabilidad* del mismo. No obstante, la opinión o manifestaciones del menor no vincularán al juez como reiteradamente viene manifestando nuestra jurisprudencia<sup>261</sup>.

---

261. La A.P. de Madrid de 5 de Octubre de 1993 respecto al hecho de que el deseo del hijo manifestado en su exploración no vincula la decisión judicial:

“ha de prevalecer el criterio del beneficio del menor o interés de los hijos, según proclaman los artículos 92 y 94 de la Ley sustantiva civil, en íntima relación con el artículo 39 de la Constitución Española y la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las N.U. de 20 de noviembre de 1959, y sobre tales principios la juzgadora de instancia accede al cambio de custodia propugnado, criterio no compartido por esta Sala, que entiende que del contexto probatorio operante

El problema se plantea a la hora de tratar de determinar las consecuencias del no cumplimiento de este derecho en los casos en que fuera preceptivo. Podríamos considerar que el hecho de no ejercitar el derecho a la audiencia del menor puede suponer una vulneración del derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva* (recogido en el *art. 24 de la C.E.*). Incluso podemos pensar que el derecho a la audiencia es expresión del derecho del menor a desarrollarse como persona, a su integridad física y moral, y en definitiva a ser partícipe de su propia vida, reconocido en el *artículo 15 de la C. E., derecho a la integridad física y moral*.

En este sentido puede ser considerado un derecho fundamental en sí mismo y así poder acceder al mecanismo del recurso de amparo como protección. Por el contrario, se puede considerar que el hecho de que el propio artículo 9 de la LOPJM establezca la posibilidad de denegar el ejercicio de este derecho de forma motivada, así como el hecho de que la jurisprudencia<sup>262</sup> permita considerarlo como un requisito formal, puede llevarnos a la conclusión de que en la mente del legislador no estaba su consideración como un derecho fundamental y, por lo tanto, tampoco un recurso de amparo.

---

en autos resulta acreditado que el progenitor más adecuado para ostentar la guarda es el padre, al estar más capacitado para actual e incluso en ocasiones imponer, aun a conciencia de la posible antipatía que de ello pueda entrañar, una serie de obligaciones y deberes no deseados pero necesarios para la formación del hijo como ser humano, lo que determina que ciertas actitudes de los menores mas que responder a un auténtico deseo responsable, sean debidas a móviles de mayor libertad y permisividad, lo cual debe producir a inspirar cautelas en este Tribunal tener en cuenta para alterar, como se accedió por el Juez a quo...”.

Quizás mas concretamente lo establece la *St. de 27 de Mayo de 1994* “si bien el párrafo 20 del artículo 92 del CC. viene a disponer que el Juez adoptará las oportunas medidas sobre el cuidado y educación de los hijos tras oírles, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años, el resultado de dicha audiencia no vincula necesariamente la decisión judicial al deseo manifestado por el menor, habiendo de constituir el mismo un elemento más, aunque ciertamente importante, de valoración de la realidad subyacente sometida en unión con los demás instrumentos probatorios, a la resolución dirimente del conflicto planteado, y que ante todo ha de venir presidida pro el principio de *bonum filii*, que consagra el mismo precepto, en armonía con lo prevenido en el artículo 39.2 de la C.E. y la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea general de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1959...”

Asimismo la *St. de 7 de marzo de 1995* establece que la audiencia de los hijos menores no constituye un medio de prueba en sentido técnico, por lo que su contenido puede permanecer bajo el solo conocimiento del Juez.

262. St. T.S. 5 marzo de 1996.

### *E. Derecho a la educación (art. 10 LOPJM)*

El derecho a la educación se recoge en el artículo 27 CE<sup>263</sup>. El propio texto constitucional considera que su objetivo es alcanzar el “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Este principio tiene dos grandes manifestaciones:

Por un lado, es la vía a través de la cual se permite al menor asentar y desarrollar su personalidad según establece el propio artículo 10 CE, mediante una educación en libertad y democracia, sustentando los valores propios de nuestra sociedad y potenciando las capacidades de los menores.

Por otro lado, el derecho a la educación se encuentra recogido en el artículo 154 del CC. como una de las funciones que deben desarrollarse por los progenitores, deber que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de los padres a educar

- 
263. “1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
  2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
  3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
  4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
  5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
  6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
  7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
  8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
  9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
  10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”.

a sus hijos conforme a sus propias convicciones, recogido en el artículo 27 CE.

Esto no puede llevarnos al error; el derecho a la educación es de los hijos, y no de los padres, mientras que el derecho a que los hijos se eduquen según las convicciones de sus progenitores es un derecho de éstos, y no de aquéllos<sup>264</sup>. Se trata de un derecho que los padres tienen frente a la Administración, y no frente a su propio hijo consistente en, por un lado, poder exigir los medios adecuados para la educación del menor; y, por otro, en no poder imponer la Administración una educación no adecuada a las convicciones paternas. Los límites a este derecho de los padres vendrían dados por el propio interés del menor.

El sistema educativo debe, como mínimo, garantizar los principios recogidos en el art. 27 de la CE, siendo estos principios el límite para otros derechos presentes en el ámbito de la educación, como la libertad de cátedra, la libertad de creación de centros, etc.

La ley Villar de 1970 modificó la antigua Ley Moyano, que rigió en nuestro país durante un siglo. Esta Ley Villar recogía solo 5 derechos que no implicaban una gran autonomía y participación. *La Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación*, LODE, marcó el inicio de una progresiva serie de reformas que han ido recogiendo entre otros los siguientes derechos:

- Derecho a la libertad religiosa.
- Derecho a la participación en el funcionamiento y vida del centro.
- Derecho a la información.

---

264. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: *La patria potestad...* ob. cit., pag. 79. “En nuestra opinión, el derecho de los padres a educar a sus hijos conforma a sus propias convicciones sería un auténtico derecho de los padres y no del hijo. Así se infiere de la dicción del propio artículo 27.3 CE, del artículo 2.1.c) LOLR y de los Tratados Internacionales ratificados pro España, y, además, del artículo 162.1 CC, que al excluir de la representación paterna los derechos fundamentales, impide interpretar este derecho como un auténtico ejercicio por representación del derecho a la educación del hijo”.

- Derecho al asesoramiento y reunión.

Una de esas modificaciones se produjo con la promulgación de la *Ley 1/1990 de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo*, LOGSE, extendiendo la enseñanza obligatoria a los 16 años, momento en que puede accederse al trabajo<sup>265</sup>.

### **3.1.3. Las medidas y principios rectores de la política administrativa.**

Las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos a los menores se encuentran recogidas en el artículo 10 de la LOPJM<sup>266</sup>. Este artículo supone el reconocimiento de que la Administración Pública cumple una función tuitiva en relación a los derechos de los menores. Sin embargo parece que la situación es distinta según se trata de menores nacionales o extranjeros.

La protección por la Administración para los *menores nacionales* alcanza todos sus derechos y libertades, independientemente de la situación en la que el

---

265. Los conflictos en esta materia se pueden presentar en tres ámbitos: conflictos padres e hijos, conflictos padres y Administración y conflictos entre padres (normalmente en situaciones de separación o divorcio) Vid. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: *La patria potestad...* ob. cit., pag. 81-98.

266. Ar. 10: "1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto.

2. Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede:

- a. Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente.
- b. Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas.
- c. Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo. A tal fin, uno de los Adjuntos de dicha institución se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores.
- d. Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas.

3.- Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España.

4.- Una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen".

propio menor se encuentre, tanto de normalidad bajo la custodia de sus padres, como en situación de riesgo, tutela, etc.

Respecto a los *menores extranjeros*, la Administración limita su función a la intervención cuando se encuentran en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la propia Administración. La referencia en este artículo 10 a los menores extranjeros crea una apariencia de contradicción con el artículo 1 del mismo cuerpo normativo. Por un lado se reconoce expresamente el derecho a la sanidad y a la educación de los menores que se encuentren en el territorio español (art. 10) y por otro lado se afirma en el art. 1 que la LOPJM se aplicará íntegramente a todos los menores que se encuentren en el territorio nacional, independientemente de su nacionalidad española o extranjera. Parece por tanto que carece de sentido reconocer en el artículo 10 unos derechos que ya tienen atribuidos en el artículo 1.

Por otro lado, la actuación de la Administración no se limita a lo establecido en el punto 2, dado que la Administración está obligada a actuar de oficio ante cualquier situación de riesgo, desamparo o agresión a los derechos fundamentales.

Entre las cuestiones destacables de la norma podemos citar: en primer lugar, el nombramiento del Defensor del Pueblo como un órgano fundamental en la defensa de los derechos de los menores; y en segundo lugar, la importancia que se atribuye al Ministerio Fiscal, que se identifica con el defensor del interés público o social tutelado por la ley, enmarcados en el principio de legalidad, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

Se trata, en definitiva, de atribuir competencias, y responsabilidades, a la Administración en el ejercicio y reconocimiento efectivo de los derechos de los menores. Los principios rectores que debe tener esa actuación administrativa

dirigida a hacer efectivos los derechos recogidos en la LOPJM, se encuentran plasmados en su artículo 11<sup>267</sup>, el cual contiene una serie de mandatos legales, de los que son destinatarios como sujetos pasivos y obligados a su cumplimiento, las autoridades, administraciones y poderes públicos.

Este precepto no solo obliga a la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones locales y a los poderes tanto ejecutivo, legislativo y judicial, sino también, a todo aquél que desempeñe una actividad profesional relacionada con los menores.

Este artículo se puede dividir en dos partes. El apartado primero fundamentalmente desarrolla, concreta y complementa el artículo anterior, 10.2. obligando directamente a la Administración en general, e indirectamente a las personas que están desarrollando una actividad profesional con menores. El apartado segundo establece, por orden de importancia, los principios rectores que más tarde se ven reflejados en las correspondientes modificaciones del CC y LEC realizadas por la Disposición Adicional 1<sup>o</sup> y 19<sup>o</sup> de la LOPJM y que afectan a la función protectora, preventiva y reparadora de la Administración pública.

Estos principios han sido desarrollados en las diversas leyes autonómicas de atención a la infancia y a la adolescencia. Se incluyen entre otros:

- La subsidiariedad respecto a las funciones inherentes a la patria potes-

---

267. Art. 11.2: “a) La supremacía del interés del menor.

b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.

c) Su integración familiar y social.

d) La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

e) Sensibilizar a la población ante situación de indefensión del menor.

f) Promover la participación y la solidaridad social.

g) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas”.

tad (art. 6.d. Ley 1/1995 de 27 de enero de Asturias).

- La sensibilización a la población en relación con los derechos de los menores y las actuación ante situaciones de indefensión, riesgo y de-samparo (art. 4.K. ley 1/1997 de 7 de febrero de Canarias).
- Propiciar el rápido acceso en al prestación de los recursos institucionales, fomentando la coordinación y actuación conjunta con las distintas Administraciones Públicas para obtener un óptimo aprovechamiento de los mismos (art. 3.d. Ley 4/1994 de 10 de noviembre de Extremadura)

### 3.3. En el Derecho Penal<sup>268</sup>: Ley Penal del Menor.

En España, la respuesta penal a los delitos o faltas cometidos por los menores ha sufrido una importante evolución.

Podemos decir que uno de los puntos de inflexión en este aspecto se produjo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero que de-

---

268. En el ámbito penal existen los siguientes textos internacionales que deben ser tenidos en cuenta: - *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (normas Beijing)*. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985. Tienen como objeto procurar el bienestar del menor, evitando en lo posible que tenga que pasar por la justicia de mayores y que, en caso de ser necesario, sea lo menos perjudicial posible. Trata de potenciar la idea de la proporcionalidad en las sanciones aplicables a los menores.

- *Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*. Es uno de los momentos clave en la protección penal del menor, destacando tres principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. El artículo 40 se centra en la administración de justicia de menores y el artículo 37 se refiere a los principios básicos en la privación de libertad de los menores, tratando de establecer un sistema de garantías y derechos para esta situación.

- *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*. Aprobadas el 14 de diciembre de 1990, tratan de establecer un sistema de garantías, derechos y seguridad para los casos de privación de libertad siendo la idea central que esta privación debe ser el último recurso cuando se trata de menores.

- *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*. Aprobadas el 14 de diciembre de 1990, constituye una serie de criterios para evitar que los jóvenes cometan acciones ilícitas.

clara aplicables a la reforma de los menores las garantías del art. 24 de C.E.

Este reconocimiento introdujo dos importantes modificaciones. En primer lugar la Ley Orgánica de 4/1992 de 5 de junio sobre la reforma de la *Ley Reguladora de la Competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores*. En segundo lugar la *Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial* que terminó con los Tribunales Tutelares de menores y los sustituyó por los Juzgados de Menores, que son un orden esencial de la Jurisdicción ordinaria. Establece que en cada provincia debe existir al menos un juzgado de menores.

Estas modificaciones han permitido que el papel represor del Estado, estrictamente vinculado al *principio de legalidad*, en virtud del cual no puede existir un delito salvo que esté previamente tipificado y su castigo o pena debe ser exclusivamente el contemplado en la Ley, ha venido dando paso al *principio de oportunidad*<sup>269</sup>, importado de otros sistemas que, como el anglosajón, no cuenta con la limitación garantista de los textos legales<sup>270</sup>. Esto supone que el

---

269. Junto con este principio de oportunidad se recogen como principios del proceso penal con menores los siguientes:

- El interés superior del niño.
- El de igualdad del menor ante la ley. Lo que significa que el menor deberá al menos tener los mismos derechos y garantías que un adulto en el proceso.
- El principio de intervención mínima. Se trata de impedir, en la medida de lo posible, la iniciación de un proceso penal en las cuestiones de escasa importancia, dado que la justicia debe ser “el último recurso”.
- Separación entre menores infractores y menores protegidos. Con este principio se trata de evitar que se apliquen auténticas penas a menores que simplemente tienen una conducta irregular o que han cometido una infracción no tipificada como delito o que sea de escasa entidad. La proporción en las medidas aplicadas debe ser tenido muy en cuenta en aplicación también de otro principio, el del interés del menor.

270. SEBASTIÁN CHENA, V. J.: «Mediación y Justicia penal», *Otrosí*, Mayo, 1999. Pág. 80. Establece que “la mediación resulta posible en nuestro ordenamiento desde el enfoque de integración en el sistema de justicia como búsqueda de alternativas más ágiles y soluciones más satisfactorias para todos los implicados. El problema que se plantea es la dificultad técnica de aceptar la aplicación del principio de oportunidad, por medio del cual se atribuiría al Ministerio Fiscal la facultad de no ejercitar la acción penal aun existiendo el delito. Se señalan como obstáculos el principio de legalidad la sujeción del ministerio fiscal, reflejada en su estatuto orgánico, a tal principio. Cuando se ponen tales objeciones debe recordarse que el Comité de Ministros del consejo de Europa, en su recomendación 18 (1987), ya aconsejaba a los estados miembros que acogieran en sus ordenamientos jurídicos el principio de oportunidad. El ejercicio del principio de oportunidad podría someterse, como han hecho otros países de nuestro entorno, a la concurrencia de determinados requisitos legalmente establecidos”.

fiscal podrá valorar si admite o no a trámite la demanda, según los hechos sean o no constitutivos indiciariamente de delito y, dependiendo del tipo de delito de que se trate, podrá desistir de la incoación del expediente.

El juez penal debe tratar de conseguir un equilibrio difícil: por un lado, tratará de salvaguardar todos los derechos y garantías que deben ser aplicados en el procedimiento; por otro lado, deberá tratar de conseguir que la medida tenga en cuenta la personalidad del menor, sus circunstancias personales y la reeducación y reinserción social.

El **Código Penal de 1995** introdujo con carácter general para todos los delitos, entre las circunstancias que atenúan la pena que pueda corresponder al autor, la de “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral” (art. 21.5). Esto abre la posibilidad de establecer mecanismos, como la mediación que ofrezcan una mayor atención a la víctima y traten de compensarla<sup>271</sup>.

La actual **ley 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor**<sup>272</sup>, consolida los cambios introducidos, desarrollando de forma explícita los programas de mediación y reparación.

Esta ley se va a aplicar a los menores que se encuentren entre los 14 y los 18 años.

---

271. El art. 88 CPÁG. Prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal puedan sustituir las penas de prisión que no excedan de un año, excepcionalmente dos años, por arresto de fines de semana o multa, cuando la naturaleza del hecho, las circunstancias especiales del reo, su conducta y en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado, así lo aconsejen. También en este sentido, rebajando las penas, encontramos el artículo 340 (voluntariamente a reparar el daño causado), el artículo 214 (cuando se retracten de las injurias y calumnias), el artículo 244 (cuando se produzca la devolución del vehículo dentro de 48 horas) el 480 (cuando se revelare la rebelión a tiempo para evitar consecuencias) o el 462 (cuando se retracte del falso testimonio a tiempo).

272. Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El artículo 69 preveía que al mayor de edad que se encuentre entre los 18 y los 21 años se le podrá aplicar las disposiciones de esta ley en los casos y con los requisitos que esta disponga, es decir, que se les podría aplicar una serie de medidas establecidas para los menores de edad. Sin embargo, la reciente reforma operada a través de la **Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores**<sup>273</sup>, ha suprimido definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los menores comprendidos entre los 18 y los 21 años. De esta forma, en la actualidad, solo es posible aplicar la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores a aquellos que efectivamente lo sean, es decir, a los menores de 18 años.

Se recogen en esta LORPM ciertas actuaciones que benefician a los menores en determinadas circunstancias, como son el desistimiento de la incoación del procedimiento o el sobreseimiento del expediente.

Respecto al *desistimiento de la incoación del procedimiento* (art. 16), se produce cuando el menor se encuentra en ciertas circunstancias, como son que los hechos no sean constitutivos de delitos graves, que no haya existido violencia o intimidación a las personas, y que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza. Cuando se encuentre en estas circunstancias, el Ministerio Fiscal puede desistir de la incoación del expediente si bien deberán tomarse medidas de protección y corrección por la entidad pública de protección a los menores.

Sin embargo, el artículo 18 establece que el desistimiento de la incoación del procedimiento especial de la LOPJM no impide que la responsabilidad civil que haya podido nacer del ilícito se sustancie a través de la correspondiente pieza

---

273. BOE nº 290, de 5 de diciembre de 2006.

de responsabilidad civil o el ejercicio de las acciones civiles ordinarias según el art. 1902 y ss CC<sup>274</sup>.

Respecto al *sobreseimiento del expediente* (art. 19), se trata también de una facultad que el Ministerio fiscal podrá adoptar cuando no exista violencia o intimidación grave en la acción ilícita, atendiendo a la gravedad<sup>275</sup> y circunstancias de los hechos y del propio menor, *y además el menor haya conciliado o asumido el compromiso de reparar a la víctima o perjudicado por el delito o asumido la obligación de cumplir una actividad educativa propuesta por el equipo técnico en el informe.*

En el párrafo 2 de este artículo, según la redacción dada por la Ley 8/2006, se definen los conceptos de conciliación y reparación de la siguiente manera:

- Se entenderá producida la *conciliación* cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas.
  
- Se entenderá por *reparación* el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. La reparación del daño tiene en los menores un efecto diferente que en los

---

274. DIAZ ALABART, S.: “Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores...ob. cit., pág. 83. “Sin embargo, mientras que con respecto a los menores de 14 años el art. 3 de la Ley no dice nada sobre su responsabilidad civil-quizás por entender que, tratándose de menores inimputables, la responsabilidad corresponde exclusivamente a sus guardadores, aplicándoseles a éstos lo dispuesto en el art. 1903 Cc-, el art. 18, aún previendo que se den las circunstancias para el desistimiento del Ministerio Fiscal de incoar el procedimiento, añade: “Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil”. Aún no llegándose a incoar el procedimiento especial de la LORPM, no hay obstáculo, en interés del perjudicado, en que la responsabilidad civil que haya podido nacer del ilícito cometido por el menor se sustancie conforme a lo dispuesto en el art. 61.3 LOPJM, y con el procedimiento regulado en ese mismo precepto y los demás del título VIII de la Ley”.

275. En función de que se atribuyan penas graves, menos graves y leves (art. 33 CP).

adultos, ya que mientras que a éstos puede suponer una reducción de la pena, a aquéllos puede suponer la terminación con el conflicto jurídico. La reparación puede venir dada de muy diferentes formas: desde la reposición de las cosas o bienes dañados a su estado inicial hasta la realización de ciertas actuaciones a favor de la víctima cuando dicha restitución in natura no sea posible<sup>276</sup>.

Añade para finalizar este artículo “todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil”.

La conciliación y los acuerdos respecto a la reparación pueden ser alcanzados a través de la **mediación penal**. La necesidad de la mediación penal fue reconocida en la *Recomendación (99) 19, del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal*, adoptada el 15 de septiembre de 1999 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>277</sup>. En el comentario a su apéndice,

---

276. El artículo 19.4 establece que cuando el cumplimiento de lo pactado no sea posible por causas ajenas a la voluntad del menor se producirá igualmente el sobreseimiento del expediente. Compartimos con DIAZ ALABART que puesto que se busca no solo la mera restitución sino también una acción educativa parece excesivo “que, sin más, la imposibilidad de cumplir lo pactado permita solicitar el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Desde el punto de vista de la víctima porque vería defraudado automáticamente su legítimo interés a que se le indemnice la totalidad de los daños causados. Desde el punto de vista del interés del propio menor, porque lo que resulta educativo no es el mero compromiso, sin su cumplimiento”. DIAZ ALABART, S.: “Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores...ob. cit., pág. 92.

277. Establece los principios que deben regir la mediación en los Estados miembros en el ámbito penal. Según el apéndice, la mediación: se llevará a cabo cuando las partes consienten, es confidencial, salvo que se cometa un “serio crimen” (artículo 30), debe ser un servicio accesible, debe existir en todos los estados del proceso judicial penal, debe tener la suficiente autonomía. (Como podemos observar recoge prácticamente los mismos principios que la mediación familiar).

Asimismo, el apartado III del apéndice establece en el punto 6 que la legislación debe facilitar la mediación en estas materias, debiendo existir una guía del uso de la mediación y contener las garantías legales fundamentales de los procedimientos.

La participación en mediación no podrá ser usada como reconocimiento de culpabilidad en el procedimiento legal subsiguiente (Apartado IV punto 14) y las decisiones tomadas en función de acuerdos de mediación tendrá el mismo estatus que la decisión judicial y por lo tanto precluyen la persecución de los mismos hechos (non bis in idem. Punto 17 apartado IV). Debemos destacar algunas actuaciones finales de la UE respecto al desarrollo de la mediación en materias penales. Entre éstas hacemos

se define esta mediación como un proceso donde la víctima y el ofensor pueden participar voluntaria y activamente en la resolución del conflicto producto de un crimen a través de la ayuda de una tercera parte imparcial o mediador. La referencia exclusiva a la víctima y ofensor no excluye a otras personas (expertos o especialistas tanto legales como psíquicos) de la posibilidad de participar en la mediación<sup>278</sup>.

En este ámbito, la mediación tiende a la consecución de tres fines: a una conciliación extrajudicial entre el autor de la infracción y la víctima en el marco de un encuentro, a una despenalización y a lograr una reparación libremente consentida por ambas partes.

Llevar a cabo esta conciliación o conocer si existe intención de reparar a la víctima es labor del equipo técnico formado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, que realizarán un informe para el Ministerio Fiscal sobre la situación.

Una de las principales objeciones que se establecen frente a la mediación penal consiste en la posible contradicción con la misma esencia del Derecho Penal, como materias que se sustrajeron de la voluntad de los sujetos para dejarlas en manos del Estado, evitando así la autotutela y otorgando a las penas finalidades más acordes con el bienestar social.

---

referencia a la reciente *Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa el estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)*. El artículo 17, referente a la aplicación establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco. En lo que a mediación se refiere establece como fecha límite el 22 de marzo del 2006.

278. "a process whereby the victim and the offender can be enabled, voluntarily, to practice actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party or mediator. The reference only to the victim and the offender as parties does not exclude other persons (legal and physical) participating in the mediation".

Pero en palabras de SEBASTIÁN CHENA “la reconciliación entre las partes, que es el objetivo de la mediación redundará en beneficio de la comunidad, reduciendo el nivel del miedo y tensión: la solución de conflictos a través de la mediación puede, además, suponer un alivio al saturado sistema judicial”<sup>279</sup>.

#### **4. Normativa Autonómica. Competencias atribuidas.**

El artículo 149.1 de la Constitución Española determina el reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma. La difícil redacción de este artículo, con reglas generales, excepciones y excepciones a las excepciones, ha dejado un farragoso articulado que ha dado lugar a muy diversas interpretaciones.

Para tratar de sistematizar un poco la cuestión de este reparto de competencias en el ámbito del Derecho Civil, vamos a empezar por la **regla general: el Estado tiene competencia exclusiva para legislar en el ámbito civil.**

La **excepción** a esta regla general es que hay determinadas materias civiles que podrán ser reguladas por las Comunidades Autónomas, que son, ni más ni menos todas las relativas al propio Derecho foral, si es que éste existía en el momento de la aprobación de la Constitución. Es decir, las **Comunidades Autónomas con Derecho foral tendrán competencia para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho foral.**

El principal problema estriba en determinar qué Comunidades Autónomas son las que tienen dichas competencias. La redacción del artículo es la siguiente: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por

---

279. SEBASTIÁN CHENA, V. J.: “Mediación y...” ob. cit., pág. 81.

las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, *allí donde existan*".

Esta redacción ha supuesto dos posiciones doctrinales. La primera de ellas, la foralista (LACRUZ), considera que aquellas Comunidades Autónomas que en el momento de publicarse la Constitución tuviesen Derecho Foral en relación a ciertos aspectos del derecho civil podrán conservarlo y las competencias las mantendrán en estos aspectos<sup>280</sup>. Sin embargo, aquellas Comunidades Autónomas que no tuvieran nada regulado al respecto deberán regirse en materia civil por el derecho común recogido en el CC. y en otras leyes nacionales.

La otra corriente doctrinal, los autonomistas (DIEZ-PICAZO), consideran que son todas la Comunidades Autónomas las que pueden legislar en materia civil si tienen Derecho Foral propio.

El problema estriba en determinar el alcance de las competencias atribuidas a las Comunidades autónomas con Derecho Foral en materia civil, es decir, el alcance de la expresión "conservación, modificación y desarrollo" del derecho civil existente.

También aquí existen diversas tendencias doctrinales, que van desde aquellos que consideran que solo podrán legislar respecto a las materias contempladas en el Derecho Foral, hasta las que consideran que no se puede limitar las materias desde un punto de vista foral puesto que los Principios Generales del

---

280. El principal problema lo tenemos en el Comunidad Autónoma de Valencia, según manifiesta SERRANO RUIZ-CALDERÓN. M.: Abandono y desamparo...ob., cit., pag., 206 y 207. "y ello porque, como es bien conocido, tras la Guerra de Sucesión, el rey Felipe V derogó, junto a otras, la legislación propia del antiguo Reino de Valencia, sin que, como después hizo con la mayoría, se la devolviera a través de los Decretos de Nueva Planta. Con lo que muchos entendemos que, a partir de entonces, no pudo gozar de tal legislación y, por lo tanto, en el momento de la aprobación de nuestra Constitución, no gozada de Derecho Foral propio. Y ello a pesar de haber accedido a la competencia civil por la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencia a la Comunidad Autónoma de Valencia de competencias en materia de titularidad estatal (...)".

Derecho informan todo el ordenamiento y conectan unas materias con otras, pasando por la postura intermedia que aboga por permitir una expansión del Derecho foral sólo a las instituciones colindantes y conexas.

Esta última opción parece ser la mantenida por el Tribunal Constitucional, en sentencias como la 88/1993, de 12 de marzo o la 156/1993, de 6 de mayo, afirmando en esta última que la noción de desarrollo permite “la regulación de materias que, aún ausentes del texto originario de la Compilación, guardan una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquélla u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil”.

Por último, **la excepción a la excepción**, consiste en que, **incluso en los territorios forales, el Estado tiene competencias exclusivas en las siguientes materias civiles:**

- La aplicación y eficacia de las normas jurídicas.
- Relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio.
- Ordenación de registros e instrumentos públicos.
- Bases de obligaciones contractuales,
- Normas para resolver conflictos de leyes.
- Normas sobre la nacionalidad y extranjería.
- Con ciertas matizaciones, las propiedades especiales.
- Y, añadimos, las fuentes del derecho.

Y por último, **la excepción a la excepción de la excepción**, que consiste en que **si bien en los territorios forales las fuentes del Derecho son competencia del Estado, no lo son las fuentes del Derecho Foral, que son competencia de la Comunidad Autónoma foral.**

El artículo establece que, “la determinación de las fuentes del derecho” es com-

petencia estatal incluso en los territorios forales, pero añade “con respeto, en este último caso, *a las normas de derecho foral especial*”. Esto ha supuesto que, a pesar de atribuir al Estado la potestad de renovar el derecho, esta potestad ha sido excluida (excepción) en los Derecho forales, de forma que son los propios Derechos forales, sus Compilaciones, los que determinan las fuentes de creación del Derecho foral o especial.

Estas competencias atribuidas por la Constitución a las Comunidades Autónomas son respetadas por la LOPJM, en cuya Exposición de Motivos establece:

*“la Ley pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y el estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.*

*En este sentido, la Ley regula aspectos relativos a la legislación civil y procesal y a la Administración de Justicia, para lo que goza de habilitación constitucional específica en los apartados 5º, 6º y 8º del artículo 149.1.*

*No obstante, se dejan a salvo, en una disposición final específica, las Competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil, Foral o Especial propio, para las que la Ley se declara subsidiaria respecto de las disposiciones específicas vigentes en aquellas.*

*Así mismo, cuando se hace referencia a competencias de carácter administrativo, se especifica que las mismas corresponden a las Comunidades Autónomas, y a las Ciudades de Ceuta y Melilla, de conformidad con el reparto constitucional de competencia y las asumidas por aquellas en sus respectivos Estatutos”.*

¿Cómo asumen las Comunidades Autónomas las competencias en la protección de los menores? En este aspecto debemos hacer una distinción entre las Comunidades Autónomas de Primer y Segundo Grado.

Las *Comunidades Autónomas de Primer grado*, las que sus respectivos Estatutos hubieran establecido competencias en estas materias, las tendrán acogíendose a dicho Estatuto. Estas Comunidades Autónomas son:

- Los territorios que hubieran ya plebiscitado sus Proyectos de Autonomía (Cataluña, País Vasco y Galicia)
- Los que accedieran a la autonomía por la vía del art. 151.1 CE (Andalucía) o por la Disposición Transitoria cuarta (Navarra).

Solo Andalucía y País Vasco asumieron competencias en materia de protección de menores. Todas aquellas materias que estas Comunidades Autónomas no quieran asumir en virtud de su Derecho foral, serán asumidas por el Estado (art. 149.3 CE).

Las *Comunidades Autónomas de Segundo Grado*, pueden acceder a la protección de los menores por la vía del art. 148.1.20 de la Constitución Española, que señala que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias "(...) Asistencia Social", lo que supone que tienen competencia para legislar sobre asistencia social o servicios sociales, y concretamente sobre la protección del menor, según confirma la Ley 21/1987 de 11 de noviembre en el párrafo 2<sup>a</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006.
- DIEZ-PICAZO, L.: “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en *Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pag., 291-315.
- FERNADEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M<sup>a</sup>A.: “Derecho a la propia imagen del menor”, en *Actualidad Civil*, Revista quincenal técnico-jurídica de Derecho Privado, 2004-1, pags., 725-739.
- FERNANDEZ DE FRUTOS, M.; “Titularidad y ejercicio de los Derechos por los menores de edad. Examen de la Jurisprudencia constitucional”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, pags 153-169.
- GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado. Especial consideración al consentimiento*

*a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

- GONZALEZ MORÁN, “El artículo 162.1 del CC y el derecho de menor a la salud”, en *Tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, págs 219 y 220.

- HERNANDEZ IBÁÑEZ, C.: *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónoma*, Dykinson, Madrid, 1998.

- JIMENEZ FRANCO, E.: *Legislación del menor*, Tecnos, Madrid, 2001.

- LINACERO DE LA FUENTE, M.: «Notas sobre la publicidad ilícita en el ordenamiento español y comunitario. Límites éticos de la publicidad» en *Actualidad Civil*, nº 10, 4 al 10 de marzo de 1996.

- MIRANDA ESTRAMPES, M.: “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales”, en *SEPIN net*, revista, persona y familia, enero 2005, nº 40, págs. 18-22.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R.: *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio*, Bosch, Barcelona, pag.39.

- ORTEGA GUTIERREZ, D.: *Normativa del Menor*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- PANTOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997, pag.,8.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- RIVERA ALVAREZ, J.: “La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes”, en *Cuadernos de Trabajo Social* nº 10 (1997).
- RIVERO HERNANDEZ, F: *El interés del menor*, Dykinson, 2000, pags., 95 y siguientes.
- SANTOS MORÓN, M<sup>ª</sup>J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pag 188.
- SEBASTIÁN CHENA, V. J.: «Mediación y Justicia penal», *Otrosí*, Mayo, 1999. Pág. 80.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M: *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.
- ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “El interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio” en (VVAA) *El menor en la*

*legislación actual*, Universidad Antonio de Lebrija. Universitas Nebrissensis, Hoyo de Manzanares (Madrid), 1998.

- “Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres” en (VV.AA.) *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, pag. 54.

## **CAPÍTULO III. LA FILIACIÓN.**

### **1. 1. Concepto y clases, naturaleza y régimen jurídico de la filiación.**

**1.1.** El hecho del nacimiento de un nuevo ser humano de la madre gestante establece la maternidad de ésta y la filiación del hijo, si este hecho se manifiesta ante el Derecho y sus instituciones. Además el Derecho, dado que el hombre que mantuvo la relación sexual generante no es identificable “a primera vista”, interesa una serie de reglas y procedimientos para conocer la paternidad del hombre y la filiación del hijo a partir de una serie de presunciones, declaraciones de conocimiento o actos jurídicos. A la determinación de quién son la madre y el padre por el simple hecho de la generación natural se le llama filiación por naturaleza.

Es importante tener presente que nos podemos encontrar con que la filiación por naturaleza de los padres no haya accedido al reconocimiento del Derecho – y por lo tanto al Registro Civil-. Esto puede ocurrir por que se desconozca por el Derecho, cuando no consta quien es la madre o el padre, o por que conste una filiación que no sea la real – ya sea, en

el caso de la filiación matrimonial, porque se haga valer por el juego de las presunciones, la del marido cuando no tuvo con su mujer el hijo; ya sea, en el caso de la filiación no matrimonial, por que se reconoció por la pareja de la madre a un hijo a sabiendas o en el error de creer que fuera suyo-.

Dentro de la filiación por naturaleza se suele distinguir entre la filiación matrimonial y no matrimonial, entendiendo por la primera cuando los padres están casados entre sí, tal como nos indica el art. 108 del CC. Actualmente se distinguen ambas por los sistemas diferentes que tienen para determinar, sobre todo, la filiación paterna, y para reclamar o impugnar la maternidad o paternidad. Hoy no se distinguen, como pasaba antes, por el contenido de su regulación. Dejaremos su definición al momento en que se trate la determinación de la filiación por ir ambas cuestiones relacionadas.

Por una serie de circunstancias – ausencia de determinación legal de quienes son los padres generantes o fallecimiento o imposibilidad de estos, el hecho de la impotencia o de la esterilidad de alguno de los progenitores u otros-, el Ordenamiento Jurídico puede establecer la relación filial entre personas diferentes a los generantes y generados a partir de una serie de actos jurídicos relevantes que determinan lo que consideraremos la filiación por adopción o por técnicas de reproducción asistida –en este último caso, cuando se ha utilizado el material genético de un donante anónimo-.

A la filiación legalmente establecida, el Ordenamiento le confiere una serie de efectos que veremos a continuación. Antes de comenzar a estudiar su régimen, deberemos tener presente que vamos a examinar este capítulo esencialmente desde la perspectiva de la filiación por naturaleza ya que la adopción se estudiará a continuación. También se hablará de la filiación producida por la utilización de técnicas de reproducción asistida. Si bien su incidencia es reducida y

sólo es relevante en el caso de la fecundación heteróloga ya que, en dicho caso, no se puede decir que la filiación, paternidad o maternidad, se da por el hecho de la generación. Todo lo cual se tratará al final de la lección. Es interesante tenerlo presente dado que, por virtud de la institucionalización de las parejas homosexuales – ya sea como pareja casada o no-, estas pretenden el acceso a la paternidad/maternidad por diferentes medios como son la adopción o la utilización de técnicas de reproducción asistida mediante la fecundación heteróloga. No pueden aplicarse las reglas de determinación de la filiación por naturaleza a las parejas homosexuales: conclusión que ya el legislador tiene presente en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 2 de julio: “Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”. De todo lo cual se deduce la interpretación restrictiva de la Disposición Adicional de la Ley cuando nos dice: “Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”.

**1.2.** Con independencia de las polémicas doctrinales existentes sobre el significado de los estados civiles en la actualidad, la filiación está dentro de los hechos concernientes al estado civil de la persona recogidos en el Art.1 de la Ley del Registro Civil. Dicha norma nos recuerda que el estado filial configura una relación jurídica entre el hijo y sus padres y demás parientes consanguíneos o por adopción de tal intensidad, permanencia y relevancia que exige su específica atención para el Derecho<sup>282</sup>.

---

282. No así RAMS ALBESA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.,L. et alios: Elementos de Derecho Civil, IV, Familia, 20ed, revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid 2005, Pag.311 que lo entiende dentro del status familiae, si bien considerando la figura del padre, por ejemplo, determinado judicialmente contra su oposición, resulta difícil que el estado que les relaciona es el status familiae.

**1.3.** Se deben examinar cuales son sus principios de la regulación legal por su relevancia en la materia. Estos principios los recogemos a partir del examen de la Constitución Española de 1978 y la legislación civil que se reformó por ésta – especialmente, destacamos, la legislación común derivada del Código Civil y sus modificaciones en las leyes de 13 de mayo de 1981, relativa a la filiación, de 11 de noviembre de 1987, 15 de enero de 1996 y 8 de julio del 2005, relativas a la adopción, pero también debe tenerse presente la Ley del Registro Civil y sus modificaciones y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida -.

Debe hacerse una consideración sobre el Derecho Foral ya que, en esta materia, alguna de las normas especiales sí contienen una regulación propia. En Aragón, se deben tener presente, las Leyes de sus Cortes, Ley 3/85, de 21 de mayo y Ley 3/88, de 25 de abril, que integran dentro de su Ordenamiento la Compilación y modifican normas que afectan a nuestra regulación establecidas en el Libro I de la persona y de la familia, como son las de derechos de los hijos, adopción...etc. En Cataluña, se debe tener presente, la Ley 9/1998, de 15 de Julio que crea el Código de Familia, que regula en su Título IV, la filiación, y en el Título V, la adopción – modificado últimamente por la Ley 3/2005, de 8 de abril, que elimina la restricción para que una pareja homosexual pueda adoptar y se permite la adopción del hijo de la pareja homosexual así como la tutela del menor de éste-. Actualmente, se tramita en su Parlamento, el Proyecto de Ley que aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y familia que, en las líneas siguientes se comentará a partir del Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, Num. 353, de 15 de junio del 2006. En Galicia, hay que tener presente, en cuanto a la adopción, el Título II de la Ley gallega 2/2006, de 14 de Junio de Derecho Civil de Galicia. En Navarra, se tiene presente, la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra con su modificación por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

Tradicionalmente, se han indicado, a partir de los arts. 14, 32 y 39 de la Constitución Española y de la regulación de la Ley 11/1981 una serie de principios que regulan esta materia:

1º) La igualdad jurídica de los hijos con independencia de que sus padres estuvieran o no casados, los hubieran tenido por naturaleza o por adopción – o se entiende utilizando técnicas de reproducción asistida-. Dicha igualdad está reconocida en el Código Civil, art. 108 cuando nos dice: “la filiación matrimonial y no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”. Norma que es consecuencia de lo dispuesto en la Constitución de 1978, art. 14 (“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ... nacimiento...”) y 39.2 (“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, cualesquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad”). Hay que tener presente que, con anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981 del Código civil sí se distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos – naturales o no- a los efectos de la concesión de derechos y obligaciones entre estos y sus padres y parientes. Hoy en día, la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales o entre éstos y los adoptivos no determinan ninguna clase de discriminación a los efectos del contenido de la relación filial.

2º) Nuestro Derecho pretende la fijación de un sistema de filiación por naturaleza que parta de la realidad; para lo cual, también, se reformó el Código Civil por la Ley 13 de mayo de 1981 para que pudiera investigarse la paternidad –a partir de lo que indicaba el art. 39.2 de la Constitución Española- ya que nuestro Ordenamiento seguía el sistema francés que procuraba la defensa formal de la filiación determinada, esencialmente por el matrimonio, con objeto de procurarse la paz familiar. A estos efectos, actualmente, el art. 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que:”En los juicios sobre filiación será admisible la

investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas” – antiguo art. 127 del CC, derogado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil-.

## **2. Contenido de la filiación**

El reconocimiento por el Derecho de la existencia de una relación filial entre los padres y el hijo determina una serie de derechos y obligaciones entre ambos que son tratados en el Código Civil, unos en el mismo Título V (“De la paternidad y filiación”), otros a lo largo de los Libros, Títulos y Capítulos que tratan de las cuestiones referentes a la persona, familia y patrimonio.

El hecho de la filiación es una cualidad personalísima. Es una cualidad fuera del comercio de los hombres y es irrenunciable, indisponible, imprescriptible. La Ley impone múltiples normas que son imperativas en la regulación por afectar a un interés público preferente, lo que determina que la autonomía privada quede sujeta a los casos en donde expresamente se permite; algunos de los cuales veremos a continuación.

Identificaremos los primeros y los más relevantes de los segundos:

1º) Los apellidos: Nos dice el art. 109.2 del CC: “La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley”, se entiende que se refiere a ambas líneas, la paterna y la materna – cuando han sido ambas reconocidas-. Usualmente la ley contempla primero el paterno y, después, el materno. Si bien, como se sabe, de común acuerdo, los cónyuges pueden alterar el orden de apellidos de su primer hijo. Si la filiación está determinada exclusivamente respecto a uno sólo de los progenitores, éste podrá determinar el orden de apellidos (art. 55 de la Ley del Registro Civil).

Posteriormente, los hijos, alcanzada la mayoría de edad, podrán solicitar la alteración del orden de apellidos. Sólo se puede hacer una vez y dicha facultad tiene carácter personalísimo, como indican diversas Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado<sup>283</sup>.

2º) Los alimentos: Aunque el art. 110 del CC se preocupe específicamente de detallarnos que “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”, la obligación de alimentos es recíproca entre parientes, tal como aclara el art. 143 del CC. De tal modo que, si bien, en los momentos iniciales de la vida se entiende que quien necesitará usualmente alimentos es el hijo respecto de sus padres, con posterioridad puede darse la situación contraria. Por otra parte, no debe aplicarse, en el primer supuesto, el régimen legal de alimentos entre parientes del art. 142 y ss del CC cuando se trata de los hijos menores de edad sometidos a la patria potestad de sus padres, dado que el art. 154.1.º del CC debe interpretarse más extensamente, tal como se ve en los capítulos referidos a la responsabilidad parental y la obligación de alimentos<sup>284</sup>.

---

283. Ver la RDGRN de 21 de septiembre de 1994 (Aranz.-10180/1994) y 10 de septiembre de 1994 (Aranz.-7832/1994) entre otras muchas.

284. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993 (Aranz.-7464/1993) que declara: “ a) La norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»; b) Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1.º), la cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -así, art. 145.3.º- y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados; c) En este sentido ha de entenderse el art. 152.2.º que el recurrente dice haberse infringido, cuya alusión a las necesidades de la familia del alimentante denota una diferencia sólo comprensible si se admite una familia más próxima con derecho en todo caso preferente; d) Lo realmente pretendido por el recurrente, en lo que ahora interesa, es que se declare la cesación de su obligación alimentaria respecto a su hijo menor de edad porque carece de ingresos, mas ello ha de rechazarse en atención a que no es admisible que quien tuvo un puesto de trabajo y posteriormente dedica su tiempo a la propia mejora de su formación profesional, disponiendo de medios para

3º) Relación entre parientes (art. 160-161 del CC): El hecho de la filiación establece una especial relación ordinariamente entre los padres e hijos, y entre los últimos y todos los parientes y allegados. Dicho mundo relacional determina un ambiente afectivo en donde el menor va desarrollando su personalidad y formación, diferenciadas de los demás, pero permeables a los modelos que tienen a su alrededor. Por otra parte, los padres, los parientes y los allegados también necesitan del mundo de afectos, familiar, cercano, para mantener su estabilidad emocional. Por todo ello es necesario que el Derecho se preocupe en asegurar la relación del menor con todo este círculo de personas; tanto si previamente mantuvieron dicha relación, como en el caso de que deba establecerse o recuperarse. Es cierto que, en relación con los padres, dicho derecho relacional es mucho más intenso y de mayor significado –por derivación de las obligaciones de vela y alimentos que subsisten, se tenga o no el ejercicio

---

cubrir sus gastos de toda clase, sea relevado de su obligación de alimentar a un hijo menor de edad, cuanto más cuando, como consta en la sentencia, «era propietario de un vehículo... y de una parcela de terreno valorados respectivamente en las cantidades de 475.000 pesetas el vehículo “Opel Corsa” y 5.634.000 pesetas el inmueble. Tales bienes los enajenó a su madre el 6 abril y el 18 mayo 1988 en una operación a todas luces simulada y tendente a generar una apariencia de insolvencia donde amparar la pretensión que nos ocupa. Debe tenerse presente cómo en el ejercicio fiscal de 1987 declaró como rendimientos de actividades empresariales la suma de 2.247.185 pesetas, es de suponer brutas, y pequeños movimientos de capital mobiliario», hechos cuya certeza ha de prevalecer en casación; y e) Por tanto, ha de decaer el motivo estudiado sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestar alimentos al hijo menor de edad carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación, lo que aquí no acontece”. Y sigue remarcando: “No se aprecia, por tanto, infracción de los preceptos invocados, pues ha de señalarse también que: a) Lo dispuesto en los arts. 146 y 147 sólo es aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (art. 154.1.º) con carácter indicativo y con las matizaciones que derivan de cuanto se lleva dicho; b) Lo propio acontece respecto al art. 145, dado que ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 154 («Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre») y 156, sobre ejercicio conjunto de la patria potestad, de donde se sigue que la madre también habrá de coadyuvar a la alimentación, educación y formación integral de los hijos, lo cual en este caso se cumple por doña Sonia R.-W. V. con quien convive el hijo menor de edad, sin que sea convincente el argumento del señor O. V. en el sentido de que la suma fijada para la pensión es excesiva atendiendo a que parte de los gastos debieran ser satisfechos por la madre, pues es indudable que así acontece y, no obstante, es necesaria la aportación paterna en la cuantía fijada; y c) El transcurso del tiempo, lejos de disminuir los gastos necesarios para dar cumplimiento al deber impuesto a los padres en el art. 154.1.o, debe naturalmente aumentarlos, por lo que el mantenimiento de la cifra fijada en la S. 1987 –el hijo había nacido en 1984– resulta del todo razonable; no debe prosperar, por todo ello, el motivo examinado”.

de la patria potestad- (arts. 160.1º párrafo, 90 y 94 del CC, relativos, los últimos, a la separación, nulidad o divorcio). Pero el Código también se fija en los parientes y allegados, especialmente los abuelos, determinando que “no podrán impedirse sin justa causa” la relación con ellos. En cuyo caso, tanto el menor, como los abuelos, parientes y allegados podrán pedir al Juez que alce dicha oposición (art. 160, 2º y 3º párrafos del CC).

4º) Derechos hereditarios: El estado filial determina, a favor de dichos descendientes, una serie de derechos a la sucesión de sus padres, tanto en el caso de la sucesión testada, como intestada y viceversa. Claramente, no habiendo testamento, el art. 930 del CC nos indica que “la sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendiente”, aclarando la siguiente norma (art. 931 del CC) que “los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación”. Por el contrario, “a falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes” (art. 935 del CC). En la sucesión testada, se establecen una serie de derechos legitimarios legales a favor de descendientes y ascendientes, tal como nos indica el art. 807 del CC (“Son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes...”)<sup>285</sup>. Hay otros derechos que deben tenerse presente, como las reservas legales del art. 811 y 968 y ss del CC respecto a los bienes de la herencia recibida del cónyuge o de los ascendientes, si bien los límites de este trabajo nos impiden tratarlos extensamente.

Por último, respecto a los derechos reconocidos por ley a los padres con relación a los hijos, el art. 111 del CC sanciona dos situaciones infractoras específicas: la primera, cuando el padre “haya sido condenado a causa de las relaciones

---

285. Ya, los artículos siguientes, el Art. 808 y 809 del CC aclara las proporciones, así como el significado de la legítima, sus clases, legítima estricta y mejora de los hijos y descendientes.

a que obedezca la generación, según sentencia penal firme” – que, tal como nos indica el art. 193 del Código Penal, vienen referidos a los delitos contra la libertad sexual (agresión y abuso sexuales)-. La segunda, “cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra “la oposición del progenitor<sup>286</sup>”. En ambos casos, se establece “ex lege<sup>287</sup>: a) “La exclusión de la patria potestad”, si bien quedan a salvo “las obligaciones de velar por los hijos y prestarse alimentos”. Es decir, el progenitor no es privado sino que no ejercerá, desde el inicio, la responsabilidad parental –diferenciándose de la “privación” judicial recogida en el art. 170 del CC derivado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad-. b) La privación de los derechos que, por ministerio de la ley, tenga respecto de los hijos y descendientes; de modo que, respecto a los alimentos y los derechos sucesorios antes vistos, no los tiene. c) No ostentará el hijo sus apellidos, salvo que éste o su representante legal lo solicitare. Todas estas sanciones quedarán sin efecto si, el hijo, alcanzada la mayoría de edad, o su representante legal, previa aprobación judicial, así lo manifestaran expresa y formalmente –se entiende en documento público que haga fe de la manifestación, con independencia que deba incorporarse al Registro Civil-.

### **3. Determinación de la Filiación por naturaleza y su prueba.**

#### **3.1. Determinación de la filiación matrimonial.**

---

286. Interesa el examen de la Sentencia del T.S. de 10 de julio de 2001 (Aranz.-5152/2001) en donde se estima que no estamos ante un caso de los recogidos en el Art. 111.2º del CC ya que “el demandado no interesó más que una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió, todo lo cual evidencia una actuación procesal sometida a unos principios que están muy lejos de originar la oposición de consecuencias sancionadoras en el Orden Civil del reseñado art. 111” por lo que, propiamente, no había oposición. Tampoco cabe, por la restricción propia a la aplicación analógica de las leyes sancionadoras (Art. 4.2 del CC) de aplicarlo a otros supuestos; como el del desistimiento a la acción de impugnación de la paternidad (Sentencia del T.S. de 11 de mayo de 1995, Aranz.-4230/1995) o la desestimación de la acción de impugnación de la paternidad (Sentencia del T.S. de 23 de julio de 1987, Aranz.-589/1987).

287. Sentencias del T.S. de 24 de junio del 2004 (Aranz.- 4275), 7 de julio del 2004 (Aranz.-5103/2004) y 2 de febrero de 1999 (Aranz.-746/1999).

**3.1.1.** Anteriormente, identificamos la filiación matrimonial como aquella que se genera de padres casados entre sí. Si bien dicha circunstancia puede haber ocurrido: antes de nacer la nueva criatura o con posterioridad, por contraer estos matrimonio, tal como nos indica el art. 119 del CC: “La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente”.

Como el matrimonio de los progenitores puede producirse, incluso, después del fallecimiento del hijo, aclara el art. 119. 2º párrafo del CC: “Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijos fallecido”. El significado del aprovechamiento no se ve, dada la igualdad respecto al régimen jurídico, salvo excepcionales normas, como la de la publicidad restringida que tiene el carácter no matrimonial de los hijos habidos y parecidas.

Debemos distinguir ambos casos por cuanto la determinación de la filiación variará, ya que, en el supuesto de que haya matrimonio antes del nacimiento operarán las normas del art. 115 a 118 del CC, mientras que en el caso de matrimonialización, previamente habrá que haberse determinado la filiación como no matrimonial, para que automáticamente opere ésta. De no ser así, por que no conste la determinación con relación a uno de los progenitores, ni habrá propiamente matrimonialización, ni filiación matrimonial. En tal caso, se deberá haber utilizado el reconocimiento y demás medios del art. 120 del CC para que se produzca la matrimonialización –alguno es coincidente como la sentencia judicial firme, si bien hay distintas reglas para reclamar la filiación , según sea esta matrimonial o no, como veremos-.

**3.1.2.** La filiación por naturaleza viene determinada por el hecho de haber

nacido de una mujer (maternidad); si bien, en cuanto al padre, inicialmente no puede decirse que haya una constancia inicial a partir del parto (paternidad). Por ello, el Derecho ha construido, atendiendo al estado matrimonial de la mujer (matrimonialidad), una serie de reglas presuntivas, a los efectos de que, comprobado el hecho del matrimonio, se presuma la paternidad del marido por el encargado del Registro Civil. En el caso de que no puedan operar las presunciones no quedará otro remedio que la resolución judicial que declare la filiación paterna, una vez probado dicho estado si hay oposición del padre.

Los efectos de la determinación de la filiación deben retrotraerse al momento del nacimiento, aun cuando su constancia se haya producido mucho más tarde. Y ello dado que la naturaleza del título no es constitutiva sino declarativa. El art. 112 del CC es claro: “la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario”. Si opera la presunción de paternidad por el nacimiento dentro del matrimonio se hará constar la filiación como matrimonial, con independencia del momento de inscripción del nacimiento (art. 183 del Reglamento del Registro Civil).

Así el art. 115.1º del CC declara que “la filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.2º Por sentencia firme”. Estos son los títulos de legitimación de la filiación matrimonial -con independencia de lo que hemos dicho en el caso de la matrimonialización y de los efectos que tendrá el reconocimiento de la filiación en éste ámbito o de los documentos que reflejen el consentimiento a la utilización de las técnicas de reproducción asistida -.

El parto o alumbramiento determina a favor de la madre un título de atribución del estado filial cuando el Derecho toma constancia del mismo. En el parto o

comprobante reglamentario se ve que la interesada dio a luz y se identifica al hijo que nace. Este parte, usualmente, con la declaración de los interesados se lleva al Registro y, comprobado el extremo de la coincidencia de la madre, se procede a inscribir marginalmente la filiación materna en la inscripción del nacimiento. A partir de la constancia del matrimonio con la madre, también constará marginalmente la filiación paterna (art 48 de la Ley del Registro Civil); se entiende a partir de la presunción de paternidad establecida en el Código Civil, en los arts. 116 a 118.

La presunción central de paternidad se establece en el art. 116 del CC: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”. Dicha presunción admite prueba en contrario, si bien deberá valerse de ella en proceso judicial de impugnación de la paternidad matrimonial, como veremos más tarde. Es más, la presunción puede regir más allá de lo razonable cuando el hecho de la separación de hecho de los padres no consta registralmente ya que obliga a la impugnación de esta paternidad tal como se establece en los arts. 136 y 137 del CC<sup>288</sup>.

Los plazos que se establecen en las reglas presuntivas parten de la realidad de los tiempos de concepción y gestación. Y así expresamente se reconoce en la legislación catalana, en el art. 88 de su Código de Familia- en adelante CF-: “1. El período legal de la concepción comprende los primeros ciento veinte días del período de gestación, que se presume de trescientos días.2. En el caso de que pruebas concluyentes demuestren que la gestación ha durado más de trescientos días, el período legal abar-

---

288. No siempre así, véase el supuesto de la Resolución de la DGRN de 29 de mayo de 1996 (Aranz.-4987/1996), en donde constaba en la sentencia de divorcio la fecha en donde se habían separado de hecho los excónyuges. Frente a ello, la RDGRN de 10 de febrero de 1996 (Aranz.-3409/1996), en donde no constaba prueba y se les remitió al proceso correspondiente.

ca los primeros ciento veinte días del tiempo real de gestación”. También es interesante reseñar que el art.89.1 del CF catalán añade a los supuestos de disolución y separación de la regla presuntiva central, el de la nulidad del matrimonio.

Ahora bien, si se produce el alumbramiento dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, se puede destruir la presunción de paternidad: a) mediante la sola declaración del marido contradiciendo la misma “dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto”. Si bien, “se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio”; b) mediante la declaración del marido contradiciendo la misma con el consentimiento de su mujer “antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo” (art. 117 del CC). Si se inscribió la paternidad, podrá ser cancelada por expediente gubernativo si consta la declaración auténtica en contrario en el tiempo y condiciones vistas (art. 184.2o párrafo del Reglamento del Registro Civil). Por ello, no se trata de una acción de impugnación sino propiamente un medio extrajudicial de destrucción de la presunción mediante expediente gubernamental en donde se comprobarán varios hechos: el conocimiento del parto o del embarazo, el reconocimiento expreso o tácito de la paternidad; quedando en manos de los que afirman estos hechos su prueba.

Si transcurrieron los trescientos días siguientes a la disolución o la separación legal o de hecho de los padres, se puede inscribir la filiación como matrimonial, si “concorre el consentimiento de ambos” (art. 118 del CC).

Cuando no obre la presunción de paternidad o el consentimiento de ambos, si se desea que conste el hijo como matrimonial, deberán las partes legitimadas reclamar la filiación matrimonial y obtener una sentencia en tal sentido, tal

como nos indica el art. 115.2º del CC<sup>289</sup>.

No podrá inscribirse una filiación no matrimonial por declaración de voluntad dentro de plazo, salvo que se compruebe antes de la inscripción que no rige la presunción de paternidad del marido (art. 185 del Reglamento del Registro Civil)<sup>290</sup>. Por último, es reiterado el criterio de que, vencidos los plazos para la inscripción de nacimiento, se puede llevar a cabo ésta y la inscripción como matrimonial de los hijos, constando el matrimonio de los padres, sin necesidad de prueba de la posesión de estado<sup>291</sup>.

### **Determinación de la filiación no matrimonial.**

**3.2.1.** Se entiende por filiación no matrimonial a aquella filiación por naturaleza en que los padres no están casados entre sí o que, casados, se encuentran separados de hecho o judicialmente al momento en que se produce la concepción y los hijos no son de sus esposos. Se debe dejar de lado el supuesto de matrimonialización que corresponde al anterior capítulo. La determinación de la filiación no matrimonial tiene diferentes reglas que la anteriormente vista, especialmente en el caso de la filiación paterna – compárese el art. 120 con el 115 del CC-.

Respecto de la determinación de la filiación materna no matrimonial hay algunas diferencias que, entiendo, no son tan relevantes como la paterna. Así, operada la inscripción dentro de plazo -30 días después del nacimiento, acre-

---

289. Añade RAMS ALBESA, J. ;Ob.cit, Pág. 323 la sentencia firme obtenida en proceso penal, por imperativo del Art. 193.2 del Código Penal, si bien no creo que sea un supuesto posible ya que, si se realizan los delitos durante el matrimonio se realizará la presunción de paternidad.

290. Ver, en sentido contrario, el extraño caso de la RDGRN de 10 de junio de 1994 (Aranz.-6040/1994).

291. Entre otras muchas, la RDGRN de 13 de mayo de 1987 (Aranz.-3923/1987).

ditando justa causa, 8 días en los demás casos- la ley tiene especial cuidado cuando, no habiendo parte o comprobación reglamentaria, la madre no es la que declara el hecho del nacimiento y la maternidad. Nos dice el art. 47.2 de la Ley del Registro Civil: “no costando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos”. De esta manera la presunta madre podrá realizar una declaración de desconocimiento<sup>292</sup>. Si hay identidad entre la persona que aparece en el parte como parturienta y la que se declara como madre por quien realiza la inscripción de nacimiento no cabe, a mi parecer, que pueda hacerse declaración de desconocimiento, tal como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 (Aranz.- 6944/1999). Transcurrido el plazo (art. 120.4º del CC), sólo podrá hacerse la inscripción por los demás medios de determinación que se contienen en el art. 120 del CC -expediente gubernativo o mediante el reconocimiento de la madre-.

Respecto a la determinación de la filiación paterna las reglas son muy diferentes ya que no se establece la presunción, vista anteriormente, en el matrimonio. Y ello, a pesar de que, en la actualidad, puede constar la convivencia de una pareja heterosexual no casada a través de los registros administrativos de parejas de hecho. No obstante lo cual, el legislador no ha extendido la regulación del matrimonio a estos. Por todo ello, sólo cabe el reconocimiento, el expediente registral o la sentencia judicial para determinar la filiación paterna no matrimonial. Al coincidir estos medios de determinación, tanto paterna como materna, los estudiaremos a continuación específicamente.

---

292. La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación. La supresión de la mención será notificada del mismo modo al inscrito o, si hubiere fallecido, a sus herederos; en su caso, si el representante legal del inscrito no fuere conocido, esta notificación rehará al Ministerio Fiscal.

En el art. 94 del Código de Familia catalán -al que hay que aplicar lo indicado en el art. 88- se fija dicha presunción de paternidad no matrimonial. Y así dice: 1. “Se presume que es padre del hijo o hija no matrimonial: a) El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción. b) El hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el período de la concepción. c) El hombre que ha reconocido la paternidad tácitamente o de forma diferente a la indicada en el artículo 93.2. Las presunciones a que hace referencia el apartado 1 pueden ser destruidas mediante toda clase de pruebas en el correspondiente juicio”

**3.2.2.** En el caso de que la filiación no sea matrimonial, el reconocimiento es una de las formas de determinación –art. 120.1 del CC- . Se trata de una declaración tanto del padre como de la madre que constará marginalmente con las aprobaciones y consentimientos que sean necesarios (art. 49.1º párrafo del CC). Este reconocimiento, por serlo de la filiación por naturaleza, debería ser de quien se cree padre o madre; sin embargo, en no pocas ocasiones, se pretende el reconocimiento por parejas de la madre o por quien no es la madre para evitar el procedimiento de adopción<sup>293</sup>.

Correctamente, se indica que el reconocimiento tiene eficacia no sólo en la determinación de la filiación no matrimonial sino en la filiación matrimonial – ya sea a los efectos de la matrimonialización de los hijos (art. 119 del CC) cuando se reconoce en capitulaciones matrimoniales el mismo o, después de la separación judicial o de hecho, cuando se reconoce por ambos que el hijo habido ha sido matrimonial (art. 118 del CC).

---

293. No obstante lo cual, véase las RDGRN de 22 de Diciembre de 1994 (Aranz.-1540/1995) y 11 de noviembre de 1987 (Aranz.-8734/1987). En la RDGRN de 28 de diciembre de 2002 (Aranz.- 2641/2003) se declara que: “las simples sospechas de que el reconocimiento no responde a la verdad es cuestión que escapa a la calificación del Encargado que sólo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento”.

El reconocimiento es una declaración de ciencia, libre, voluntaria, unilateral, formal, pura y simple de afirmación de la paternidad o maternidad por naturaleza de un hijo por su progenitor<sup>294</sup>. Es cierto que dicha declaración unilateral puede hacerse conjuntamente por los dos progenitores; pudiendo producir el efecto de que, reconociéndose ambos progenitores, no sea necesario la prestación de los consentimientos que se verán a continuación -véase las RDGRN de 3 de febrero de 1990, Aranz.- 2287/1990, 22 de julio de 1988, Aranz.-6355/1988, entre otras, sobre todo, referidas a la aprobación judicial cuando se hagan fuera de plazo-. Pero también se puede hacer separadamente, por lo que el Art. 122 del CC nos dice que, en este caso, “no podrá manifestarse en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente”. La norma debe interpretarse restrictivamente y aplicarse a los supuestos en donde es la mujer la que pretende declarar la paternidad de su pareja ya que no es posible aplicarla cuando es el padre el que accede al Registro a inscribir el nacimiento y lo reconoce él, manifestando la maternidad de la mujer que ha dado a luz, conforme al parte o comprobación reglamentaria, ya sea en tiempo o no de inscribir el nacimiento. Por el contrario, cuando no consta documentalmente el parto de la mujer o es la mujer la que reconoce su maternidad, no tiene validez en el mismo acto manifestar la identidad del otro.

Para llevar a cabo el reconocimiento es necesario tener una cierta capacidad. Conclusión a la que se llega del examen del Art. 121 del CC que fija la necesidad de aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal para el reconocimiento realizado por incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad. De todo lo cual se puede deducir varias cosas: a) Que, por incapaz, se tiene que interpretar aquel que no goza de la capacidad para entender y querer (capacidad natural) –lo que nos da diferentes posibilidades según esté incapacitado judicialmente por enfermedad o sea una persona incapaz pero no

---

294. No necesita que se desee ocupar la posición de padre jurídicamente: ALBALADEJO GARCIA, M: Ob.cit., Pag. 222.

haya accedido a la incapacitación-. No creo que la incapacidad por prodigalidad deba entrar en el supuesto legal; b) Que debe entenderse que el menor de edad no emancipado no puede propiamente reconocer sin las condiciones establecidas en dicho artículo, ya que es quien no puede contraer propiamente matrimonio –con independencia de que después, puede realizarse mediante dispensa, a partir de los 14 años<sup>295</sup>-; c) Que no encontramos con un acto personal que, por imperativo del art. 162.1º del CC se encuentra excluido de la representación de los padres y, por extensión analógica, de la representación legal de cualesquiera tutores o guardadores.

Inicialmente no puede determinarse la filiación derivada de una relación incestuosa y así el art. 125 del CC nos dice: “cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal cuando convenga al menor o incapaz”. No obstante lo que se acaba de decir, el segundo y último párrafo de dicha norma indica que, cuando el reconocido alcance la mayoría de edad podrá “mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiera consentido”. Es decir, si éste es mayor de edad, deberá consentir conforme al art. 123 del CC, no rigiendo lo contenido en el primer párrafo del 125 del CC, que sólo se aplica a los menores o incapaces reconocidos.

Hemos dicho que el reconocimiento es un acto formal, en el sentido de exigirse que deba hacerse ante el encargado del registro civil, en documento

---

295. En el Derecho especial catalán parece diferenciarse entre capacidad para el reconocimiento y necesidad de aprobación judicial. Véase el art. 95 del CF (“1. Tienen capacidad para el reconocimiento de la paternidad los mayores de catorce años y, para el de la maternidad, la madre desde que se acredite el hecho del parto, sea cual sea su edad. 2. Para la validez del reconocimiento hecho por personas menores no emancipadas o personas incapacitadas, es necesaria la aprobación judicial, con audiencia del ministerio fiscal”).

público<sup>296</sup> o en testamento<sup>297</sup> (art. 120.1º del CC). Se han de distinguir dos grandes grupos a los efectos de que el reconocimiento sirva por sí mismo o sea necesario una serie de autorizaciones, aprobaciones o consentimientos:

1º) Sirve por sí mismo el reconocimiento que se hace en el plazo de la inscripción de nacimiento por declaración ante el encargado del Registro Civil o en documento público que se lleva al Registro en dicho plazo –art. 188 del Reglamento del Registro Civil- o se hace en testamento. El art. 124, 2º párrafo del CC, nos dice: “la inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento”. Se entiende que dicha norma pretende que la madre, después de esta suspensión, haga inoperante el reconocimiento obligando al padre a buscar o su consentimiento o la aprobación judicial (“Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”, dice el último párrafo del art. 124 del CC).

2º) Fuera de dichos casos nos encontramos con que para que tenga validez el reconocimiento deberá:

a) Consentirse expresa o tácitamente si el reconocido fuera hijo mayor de edad o menor de edad emancipado –art. 123 del CC-. La extensión es comprensible desde la perspectiva de que el menor emancipado rige su persona como si fuera mayor salvo para lo actos contenidos en el art. 323 del CC.

b) Si fuera menor de edad no emancipado o incapaz, deberá consentirse expresamente por su representante legal o deberá solicitarse la aprobación judicial

---

296. Nos dice el art. 186 del Reglamento del Registro Civil: “Son documentos públicos aptos para el reconocimiento, la escritura pública, el acta civil o canónica de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación”.

297. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1982 (Aranz.-5548/1992).

con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (art. 124. 1º párrafo del CC). Si hubiera, antes de dichos consentimientos o aprobaciones, alcanzado el reconocido la mayoría de edad, corresponderá a él el consentimiento. Antes de llevarse a cabo el consentimiento o la autorización judicial deberá oírse al reconocido en cuanto tuviera suficiente juicio y, en todo caso, a partir de los 12 años (art. 154.3º párrafo del CC, 273 del CC, 9 de la LO 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica al menor). Se destaca la posibilidad de que pudiera existir conflicto de intereses entre el reconocido y el progenitor y/o representante legal, indicándose que debería nombrarse defensor judicial en dicho caso. Sin embargo, pudiendo operar la autorización judicial, como sustituto del consentimiento del representante legal, y el Ministerio Fiscal, con su posición ambivalente de defensor de la legalidad y representante de los menores (art. 3.7 de su Estatuto Orgánico), no sería más que un trámite añadido el nombramiento de defensor judicial. Véase así la RDGRN de 17 de abril de 1995 (Aranz.-4317/1995) donde el Ministerio Fiscal, cuando no hay representante legal del hijo menor, toma dicha posición en el reconocimiento de la filiación<sup>298</sup>.

c) Si hubiera fallecido el reconocido, deberán consentir “sus descendientes por sí o por sus representantes legales” (art. 126 del CC). No obtenidos los consentimientos o aprobaciones deberá reclamarse judicialmente la filiación.

El reconocimiento es un acto irrevocable. Su naturaleza se descubre cuando, al permitir la revocación del testamento se dice que no afectará al reconocimiento de la paternidad en él contenida (art. 741 del CC). Lo cual no es óbice para que, como se va a ver, a continuación, pueda ser impugnado.

---

298. A tal efecto, véase la RDGRN de 8 de noviembre de 1996 (Aranz.-5882/1996), en donde el Ministerio Fiscal y la entidad pública de protección, se oponen al reconocimiento de la filiación paterna que no haya oposición por la madre del menor que perdió sus poderes por la declaración de la situación de desamparo anterior. También la RDGRN de 23 de septiembre de 1993 (Aranz.-7074/1993).

A los efectos del otorgamiento de las autorizaciones judiciales que se prevén en las normas anteriores (arts. 121,124.1º párrafo, 125.1º párrafo del CC), la Disposición Adicional 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, indicaba que “mientras no se modificará la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán las normas de la Jurisdicción Voluntaria”. Ahora bien, aprobada la Ley 1/2000, de 7 de febrero de Enjuiciamiento Civil, que mantiene la vigencia de la anterior en relación con la jurisdicción voluntaria, ya se ha planteado anteriormente la vigencia de la norma anteriormente descrita. Si se hiciera una interpretación descriptiva de la norma se entendería derogada por estar vigente la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sin embargo corrigiendo esta se da uno cuenta que la nueva LEC no se regula íntegramente el proceso civil, permaneciendo la jurisdicción voluntaria todavía a la espera de una Ley (Disposición Final 18ª de la Ley). Argumento que se refuerza cuando se examina que esta nueva Ley no contempla en absoluto reglas relativas a este tipo de procesos, debiéndose remitir, si se procediere a su aplicación a las normas generales del procedimiento ordinario ya que los especiales no los regulan<sup>299</sup>. De este modo: a) Es posible la aplicación del art. 1817 de la LEC de 1881 por el cual, constando la oposición de la parte, debe convertirse el procedimiento en contencioso; b) Los recursos se admitirán en un solo efecto.

**3.2.3.** Una vez transcurrido el plazo de inscripción del nacimiento o por las circunstancias determinadas en el art. 49.2 de la Ley del Registro Civil sin, que haya filiación contradictoria, también, podrá inscribirse la filiación mediante expediente gubernativo en cualquier tiempo por quien tenga “interés legítimo o de su representante legal” (art. 189 del Reglamento del Registro Civil) siempre

---

299. Así véase el Auto de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1a) de 15 de diciembre de 2001 (JUR 45871/2005) en relación con la Disposición Adicional 1ª de la LO 1/96, de 15 de enero, de parecido tenor que la que examinamos.

pre que no haya oposición por el Ministerio Fiscal o de parte interesada (art. 120.2º del CC). Las circunstancias son las siguientes: “1º Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación. 2º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. 3º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo”.

Indica el art. 189 del Reglamento del Registro Civil que: “Para que la oposición de los constituidos en parte o del Ministerio Fiscal se entienda debidamente formulada a efectos de impedir la aprobación del expediente, debe presentarse en tiempo oportuno y expresar las razones por las que se estima que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud de invoquen”.

Cuando consta la oposición de parte interesada o no se den las circunstancias anteriormente expuestas sólo podrá determinarse la filiación mediante el proceso declarativo y contradictorio ante la Jurisdicción Civil.

**3.2.4.** Constando la oposición de parte interesada- usualmente el padre o madre que se desea determinar- o del Ministerio Fiscal a dicha determinación en el expediente gubernativo, no constando o no pudiendo ser eficaz el reconocimiento del padre o de la madre no queda otra solución que la acción declarativa para que, en el futuro, los Jueces y Tribunales determinen por sentencia judicial la filiación, tal como nos indica el art. 120.3º del CC. También, tal como indicamos anteriormente, se puede por sentencia penal firme determinar la filiación en los supuestos vistos en el art. 193.2 del Código Penal.

**3.3.** Respecto a la prueba de la filiación, nos dice el art. 113 del CC que “la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad ma-

trimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado”. Ahora bien, en esta norma creemos que, no sólo se contienen títulos de legitimación que hacen prueba plena de la filiación –claramente, la inscripción registral y la sentencia que determina legalmente la filiación quien, sino también reglas que sirven a los títulos de legitimación (presunciones) y títulos de atribución que han de incorporarse al Registro Civil o al proceso judicial de determinación para que se haga efectiva (posesión de estado<sup>300</sup>), en cuanto que permitan la prueba plena de la filiación (art.2 de la Ley del Registro Civil). Todo lo cual puede realizarse o mediante la inscripción del nacimiento o mediante documento o sentencia judicial firme que determine legalmente la filiación que, posteriormente, accede al Registro Civil<sup>301</sup>.

En cuanto a la posesión de estado, ésta no consigue, por sí sola, la prueba plena del hecho de la filiación sobre todo si hay personas interesadas que la contradigan. Es cierto que, unido o no a otros elementos, facilitan la prueba en un proceso judicial o extrajudicial para declarar la filiación. Pero, por sí sola, sólo cabe reclamar su eficacia para el sólo caso de que la filiación no se haya determinado y no haya en el Registro otra contradictoria, tal como indica el art. 2 de la Ley del Registro Civil (“Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere

---

300. Se entiende por posesión de estado la situación en la que se encuentra “quien de hecho y de modo estable ostenta signos suficientes de goce de tal estado de filiación, le corresponda o no efectivamente” (Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1968). Para que se de esta situación, tradicionalmente refiere la doctrina una serie de elementos: el nomen (el uso de los apellidos del padre o madre por el hijo), tractatus (un comportamiento propio de una relación paterno filial exteriorizada por el padre o la madre), fama o reputatio (Socialmente, se considera como hijo al sujeto); así en diversas Sentencias del Tribunal Supremo, 24 de febrero de 1966 (Aranz.-815/1966), 17 de marzo de 1988 (Aranz.-1974/1988), entre otras.

301. Entendiendo por estas sentencias judiciales una variedad de ellos que logran la determinación de la filiación, previo o simultáneamente la rectificación registral, según se trate de acciones declarativa, de reclamación o de impugnación. También debemos considerar la situación descrita en el art. 114 del CC “Podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados”. En cuanto a los documentos se refiere al testamento o documento público donde consta el reconocimiento, tal como describe el art. 120.10 del CC.

posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento”). En las situaciones en donde consten inscritos hechos contradictorios con la posesión de estado, deberá previa o simultáneamente procurarse la rectificación e impugnación de los mismos (art. 3 de la Ley del Registro Civil), ya que no será eficaz la determinación de la filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria (art. 113.2º párrafo del CC).

Conviene tener presente que la certificación literal de la inscripción del nacimiento es la que da fe de la filiación (art. 3º del Reglamento del Registro Civil, en relación con el art. 29 del mismo texto).

#### **4. Acciones de filiación**

##### **4.1. Concepto, caracteres y normas generales de la regulación de las acciones de filiación.**

Cuando no es posible la determinación actual<sup>302</sup> de la filiación por otros medios – el juego de las presunciones de paternidad en la filiación matrimonial, el reconocimiento o el expediente registral en la filiación no matrimonial-, los interesados no tienen otro remedio que ir a la jurisdicción civil para reclamarla – cuando no consta otra que la contradiga- o, previa o simultáneamente, impugnar la filiación contradictoria, pidiendo la declaración de la suya. De esta manera las acciones de filiación son pretensiones procesales de declaración de la filiación que se ejercitan con la intención de obtener una sentencia judicial firme que pueda determinar la filiación.

---

302. Véase el supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1993 (Aranz.-9874/1993).

Como acciones de estado, destacan algunas características:

1º) Se suele indicar que las acciones de filiación son de orden público; lo que determina, como es generalmente aceptado, que no pueden ser objeto de renuncia, allanamiento o transacción (art. 751.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Curiosamente, si cabe desistir de la acción siempre que no existan menores, incapaces y ausentes en el procedimiento (art. 751.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En este punto conviene hacer una digresión sobre la eficacia de la doctrina de los actos propios en esta materia. La cuestión es clara, ¿Permite la ley al anterior reconocedor o persona que consiente el reconocimiento impugnar después la filiación así determinada? Hay diversas soluciones en la jurisprudencia<sup>303</sup>; resulta adecuado decir, siguiendo a DIEZ PICAZO: “No se trata de atribuir un estado civil indebido o de perpetuarlo, cosa que, evidentemente, no es factible a través del mecanismos indirecto del *venire contra factum proprium*. Se trata, únicamente, de decretar la inadmisibilidad de la concreta demanda, por la improbidad y contradicción que encierra<sup>304</sup>”. De ahí que, ante reconocimientos de

---

303. Se suele mentar la sentencia de 28 de noviembre del 1992 (Aranz.- 9449) diciendo que no permite la aplicación de dicha doctrina por considerar las cuestiones de filiación de orden público y “quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía”, en un caso en que la madre ejercitaba la acción de reclamación no matrimonial, como representante legal de la hija, cuando en los procedimientos de separación y divorcio de su marido admitió la filiación matrimonial de la hija. Pero estimamos que es un caso en el que el Tribunal Supremo, como en otros, no permite la aplicación de la doctrina de los actos propios cuando, como en este caso, se actúa como representante y no en nombre propio. Siendo el argumento del orden público propiamente añadido al primero que debe considerarse verdadera “ratio decidendi”, a pesar de la relevancia que le quiere dar el Tribunal. No obstante lo cual, en el comentario a la misma de RIVERO HERNANDEZ, F., en CCJC, Num. 30, septiembre-Diciembre 1992, Pags. 1065 y ss, se reseñan dos sentencias que limitan lo indicado, la de 27 de mayo de 1919 y la de 20 de noviembre de 1967.

304. *La Doctrina de los Propios Actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona 1963 Pag. 332, comentando la Sentencia del T.S. de 27 de mayo de 1919; también, ROGEL VIDE, C. en LÓPEZ MESA, M.J.-ROGE VIDE, C.: *La Doctrina de los actos propios, Doctrina y jurisprudencia*, Madrid-Montevideo, 2005, Pág. 231, cuando indica que “puede llegar a ser discutible en determinados casos, sobre todo en relación con legitimaciones singulares que podrían llegar

conveniencia –propiamente en situaciones que, para no acudir a la posibilidad de adoptar, se reconoce contra la realidad biológica, la paternidad– se ha argumentado y aceptado la doctrina de los actos propios<sup>305</sup>.

2º) Como se verá específicamente en cada uno de los supuestos, la acción de impugnación de la filiación, por las exigencias de seguridad jurídica del estado filial ya determinado, tiene plazo de caducidad que no de prescripción; de modo que el sujeto interesado deberá ejercitar la acción que le corresponda en un plazo inexcusable, sin posibilidad de que se interrumpa la misma. Curiosamente, cuando se reclama, no hay plazo –así respecto a la imprescriptibilidad véase la Sentencia de 9 de julio de 2002 (Aranz.-8237/2002)-

3º) La acción tiene naturaleza declarativa del estado filial, desde el momento en que se produjo el nacimiento; “su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiera lo contrario” (art. 112.10 párrafo, del CC). No obstante lo dicho, teniendo presente que puede haber una filiación anterior contradictoria con lo declarado, la acción tiene también efectos constitutivos del título y deja sin efecto la anterior. También respecto al efecto retroactivo debe tenerse presente que “en todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiera sido determinada”.

4º) Como se ha destacado anteriormente, nuestro Ordenamiento permite la libre investigación de la paternidad o maternidad “mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas” (art. 767. 2 de la LEC). La investigación y prueba

---

a verse precluidas por manifestaciones anteriores, queridas y no debidas, del legitimado, que restan posibilidades de acción en el futuro”.

305. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 10) de 15 de Julio del 2005 (JUR 2006/81679).

del hecho de la paternidad y maternidad y su reclamación, es un derecho de tal relevancia que alcanza la naturaleza constitucional por afectar a la dignidad de la persona y a la personalidad. De este modo ha surgido una amplia jurisprudencia constitucional sobre dicho aspecto y sobre la virtualidad de las reglas de prueba.

Destacamos algunas 1º) Teniendo presente que el objeto de prueba biológica es la persona humana, el Ordenamiento no puede forzar al sujeto para la realización de la prueba, sin embargo impone a éste una carga procesal ya que “la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios” (art. 767.4 de la LEC). Norma perfectamente constitucional<sup>306</sup>. 2º) Teniendo presente que, en la actualidad, no hay una prueba biológica de resultados inequívocamente positivos<sup>307</sup>, se nos dice que “aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo” (art. 767.3 de la LEC). De

---

306. Así lo destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 (RTC 7/1994): “... en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares”.

307. No así en sentido negativo, como nos declara la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 enero de 1994 (RTC 7/1994) que indica que: “La ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99 por 100 [SSTS 30 junio 1989 (RJ 1989\4798), 5 abril 1990 (RJ 1990\2701), 2 enero y 11 julio 1991 (RJ 1991\103 y RJ 1991\5377)]”.

todo lo cual se infiere la exigencia de una prueba no sólo dirigida a la comprobación biológica de la relación paterno filial sino también a otras circunstancias que lleven al convencimiento de la jurisdicción civil de la paternidad o maternidad reclamada a través de los hechos y actos que, por su enlace directo y preciso, lleven a la conclusión del hecho de la paternidad/maternidad<sup>308</sup>.

Hay una serie de normas procesales especiales en este tipo de procedimientos:

A) Al momento de realizar la demanda debe presentarse “un principio de prueba de los hechos en que se funde” (art. 767.1 de la LEC). La exigencia de un mínimo elemento de prueba incorporado a la pretensión procesal trata de evitar demandas infundadas o temerarias, además de proteger el honor, la intimidad personal y la paz familiar –véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (Aranz.-1585/2002)-. No es necesario incorporar necesariamente un documento –por ejemplo, cartas que demuestren la relación afectiva al tiempo de la concepción, de reconocimiento de la filiación por el padre, fotografías...etc.- sino basta que se ofrezca en la demanda la realización de pruebas en el momento procesal adecuado -como pueden ser testificales que demuestren convivencias, relaciones afectivas o sexuales...etc.- que inicialmente determinen una posibilidad de la certeza y verosimilitud de la paternidad

---

308. A tales efectos, últimamente interesa ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005 (Aranz.,- 10182/2005), por sus extremas conclusiones – a partir de la estimación por el Tribunal Constitucional de una demanda de amparo del padre alegando que no había pruebas indiciarias que, unidas a su negativa a la prueba biológica determinara la declaración de filiación no matrimonial- en donde el Tribunal hace, contradiciendo la regla que mantiene inalterado los hechos probados de la instancia, nueva revisión del material probatorio, por entenderlo relevante a los efectos de la protección de la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE) y demás derechos fundamentales, para llegar a una conclusión diferente que la instancia en cuanto al resultado de la prueba, entendiendo que si hubo prueba relevante a los efectos de fijar otros indicios que, unidos a la negativa, determina la paternidad. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988 (Aranz.- 1959/1988) aplicando el art. 1253 del Cc.

o maternidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991 (Aranz.- 8909/1991) y de 4 de mayo de 1999 (Aranz.- 2881/1999) entre otras). Para evitar fraudes en esta materia deberá justificarse la no incorporación inicial del principio de prueba al momento de la demanda, teniendo presente los diferentes momentos procesales de presentación de la prueba<sup>309</sup>. El efecto de lo declarado es que, si no se incorpora tal principio probatorio, se deberá dictar auto de inadmisión de la demanda.

B) En los procedimientos de impugnación de la filiación se pueden acordar por el Tribunal, durante la tramitación del proceso, una serie de medidas cautelares para la protección de la persona y bienes del “sometido a la potestad del que aparece como progenitor” (art. 768.1 de la LEC). Dichas medidas pretenden evitar que el progenitor que ve impugnada su paternidad/maternidad pueda, no sólo incumplir los deberes propios de la responsabilidad parental, sino aprovecharse de su posición para perjudicarlo. Por otra parte, reclamada la determinación legal, el Tribunal puede acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, también, medidas de protección de la persona y bienes (art. 768.2 de la LEC).

Es interesante reseñar algunas especialidades del procedimiento de adopción de medidas cautelares: 1º) Ambas medidas se decidirán previa la audiencia a las personas que resultarán afectadas; si bien, si se aprecia su urgencia, se pueden acordar inmediatamente y, con posterioridad citar a las partes a una comparecencia, que deberá celebrarse dentro de

---

309. Así, teniendo presente que, procesalmente, difieren los momentos de presentación de la documental y la pericial – que debe, ordinariamente, hacerse al momento de la demanda- de otro tipo de pruebas - testificales, especialmente-. Si bien debe ser especialmente cuidadoso, ya que hay formas de llevar a formato documental pruebas que después para constar plenamente deberán realizarse en el plenario. Por ello, si cabe estar conforme con lo manifestado por ALBALADEJO GARCIA, M: Ob.cit., Pag. 242 sobre el fraude que supone la interpretación del Tribunal.

los 10 días siguientes, en donde cada una de las partes alegará lo que considere oportuno, decidiendo el Tribunal lo que considere oportuno (art. 768.3 de la LEC); 2º) El Tribunal puede no requerir caución a la parte que solicite las medidas (art. 768.4 de la LEC).; 3º) Dentro de la aplicación de las normas generales de los procedimientos para la adopción de medidas cautelares se destaca los arts. 734 a 736 de la LEC, a los efectos de señalar varias cuestiones, nosotros destacamos, que en la comparecencia se podrá solicitar la realización de una serie de pruebas, que el auto resolutorio de las medidas es recurrible en apelación en un solo efecto y que se pueden volver a solicitar las medidas “si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición”.

C) Respecto a la legitimación activa vemos como, en el caso de menores e incapacitados, se destaca la intervención del Ministerio Público, específicamente, nos dice el art. 765 de la LEC: “1. Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación Civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente”. Lo cual determina una posibilidad que va más allá de la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procesos relativos al estado civil (art. 749 de la LEC), para permitir su intervención representativa con independencia de los que son representantes legales en dicho momento (art. 3.7 del Estatuto Orgánico). Por otra parte, en relación a la posibilidad de que el actor pueda fallecer, se destaca que “en todos los procesos a que se refiere el capítulo, a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones entabladas”, lo que permite la sucesión procesal sin afectar al procedimiento, con independencia de los derechos que los herederos tienen a la propia acción.

D) Respecto a la legitimación pasiva, se destaca en el art. 766 de la LEC: “En los procesos a que se refiere este capítulo serán parte demandada, si no hubieran

interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiera fallecido, serán parte demanda sus herederos”. Se entiende que si no es el que interpone la demanda, el Ministerio Fiscal intervendrá en defensa de los menores o incapaces, o en defensa de la legalidad (art. 749 de la LEC).

E) Respecto a la cosa juzgada material<sup>310</sup> el art. 764.2 de la LEC declara: “Los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme. Si la existencia de dicha sentencia firme se acreditare una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de éste”. Es decir, una vez lograda la determinación judicial de la filiación e inscrita ésta en el Registro Civil, no podrá de nuevo plantearse otro procedimiento que pretenda la consecución de una determinación contradictoria con ella, se haya sido o no parte del proceso, tal como hace el art. 222 de la LEC ( “En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil”). Se entiende que queda a salvo la posibilidad extraordinaria del recurso de revisión de la sentencia, una vez agotados todos los recursos ordinarios posibles.

#### **4.2. Las acciones de reclamación o impugnación de la filiación matrimonial.**

---

310. Respecto a la cosa juzgada formal véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio del 2004 (Aranz.-4339/2004) que niega a la madre que actuó en representación del hijo la posibilidad de volver a reclamar cuando antes reclamó en nombre propio la determinación de la filiación.

La acción de reclamación de la filiación matrimonial pretende o la declaración de un estado de filiación concreta no determinada anteriormente o la defensa de la determinada judicialmente frente a quienes la niegan. Frente a ella, la acción de impugnación pretende o la determinación de una filiación contradictoria con la matrimonial, tal como aparece en el Registro, o la negación de la determinada registralmente -por lo que exige, con carácter previo o simultáneo que se pida la anulación de la anterior y la rectificación del asiento registral -.

El Código Civil tradicionalmente diferencia entre la situación en la que había una constante posesión de estado de aquellas en donde no existía, a los efectos de establecer una diferencia en cuanto a las personas legitimadas activamente por cada una de las acciones de reclamación, no así en los de impugnación.

#### **4.2.1. Acciones de reclamación de la filiación matrimonial:**

Dependiendo de la existencia o no de una constante posesión de estado por quien reclame la filiación hay dos reglas:

A) Si existe una constante posesión de estado por la persona a determinar judicialmente nos indica el art. 131 del CC que: “cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la acción de filiación...”. Es evidente que los que pretendan la determinación (padre o madre) o el hijo tienen interés, pero también otros parientes, como hermanos, abuelos, tíos...etc.; incluso puede tenerla allegados para el ejercicio de su derecho de relación (art. 160 del CC)<sup>311</sup>. No dice nada respecto a la caducidad la norma pero, por analogía con el art. 132 del CC, debemos considerar también que no se impone plazo alguno

---

311. Resulta interesante examinar la Sentencia de 27 de junio de 1987 (Aranz.-4825/1987) en donde estima el Tribunal Supremo el interés en un hijo que, por el hecho de la adopción, podría entenderse que no necesita la determinación de la filiación no matrimonial paterna.

para el ejercicio de la acción.

B) Si no existe la constante posesión de estado, nos indica el art. 132 del CC que “...la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos”. Dicha regla nos conduce a las siguientes conclusiones: a) Que están legitimados activamente, con carácter más restringido que la norma anterior, los padres y el hijo, y los herederos en las condiciones que se estima en la regla; b) Que si bien la acción no tiene plazo para los primeros, sin embargo en caso de los herederos está tiene plazo de caducidad.

Se pretende con la acción la declaración de la paternidad y maternidad que debe considerarse matrimonial por razón del hecho de la maternidad, matrimonio de los padres y la concepción en los tiempos fijados por el sistema de presunción de paternidad de los arts. 116 a 118 del CC. Es cierto que la posesión de estado, como título de atribución, favorece la prueba del estado filial, como hemos visto.

Por otra parte, interesa indicar que, en el supuesto del art. 118 del CC, sólo en el caso de que la concepción se hubiera producido, constante el matrimonio – caso claro de la separación- cabría que el progenitor que no hubiera consentido fuera demandado por el otro a los efectos de la reclamación de la filiación como matrimonial. Si se produjera por disolución del matrimonio entiendo que, dado que no puede considerarse como matrimonial, cabría la reclamación pero no de la filiación matrimonial sino extramatrimonial.

#### **4.2.2. La acción de impugnación de la filiación matrimonial**

La única manera de atacar una determinación no judicial de la filiación matrimonial – producida a partir del error en el hecho de la maternidad o en la presunción de paternidad- es la acción de impugnación.

Se ha diferenciado inicialmente entre aquellas acciones que únicamente procuran la declaración negativa de quien ha sido determinado, sin reclamación de otra filiación contradictoria, de aquellas que procuran las dos cosas. A partir de ello vemos como la impugnación se puede realizar por una serie de sujetos dentro de un plazo para hacerlo:

1º) Si se pretende también una reclamación de la paternidad/maternidad es necesario simultáneamente la impugnación de la determinada con su rectificación; el art. 134 del CC aclara que “el ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria”. De donde se deduce que estos sujetos están legitimados con las mismas condiciones para plantear, junto a su reclamación, la impugnación de la filiación ya determinada sin tener que estar a las normas de impugnación que restringen el acceso a la acción, especialmente en el tema de la caducidad.

2º) Si se trata de la impugnación simple de la filiación determinada se ha de distinguir:

A) Si se trata de impugnar la filiación materna matrimonial, nos dice el art. 139 del CC: “la mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo”. La doctrina, en general, entiende que, también, a partir de la integración analógica con el supuesto del art. 140 del CC, están legitimados el hijo y el marido por entender que no hay razones para este trato diferenciado de las dos normas. No se fija plazo alguno para el ejercicio de la acción, por lo

que se plantean dos soluciones: primera, la de entender, como hemos visto en otro tipo de acciones, que no hay plazo fijado –postura que entiendo más razonable-; segunda, la de aplicar analógicamente los plazos del art. 140. 2º párrafo del CC.

*B) Si se trata de impugnar la filiación paterna matrimonial se distingue:*

a) Si es el marido el impugnante, “podrá ejercitar la acción..en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento” (art. 136.1º párrafo del CC). También en la norma se contempla el supuesto de fallecimiento del marido con objeto de procurar el ejercicio de sus herederos: “Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero” (art. 136,2º y 3º párrafos del CC).

Las Sentencias de 26 de mayo de 2005 (RTC 138/2005) y 9 de Junio de 2005 (RTC 156/2005) del Tribunal Constitucional declaran el párrafo primero del art. 136 no conforme con la Constitución en cuanto viene a establecer el plazo de caducidad de un año de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, estableciendo como dies a quo el de la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil, con total independencia del hecho de que el progenitor hubiere tenido conocimiento con posterioridad de la verdad material de la procreación; lo que contradice el principio de igualdad, los derechos a la tutela judicial efectiva de los arts 14 y 24.1, en relación con el Art. 39.2 de la Carta Magna que permite la investigación de la paternidad/ maternidad. Ya el Tribunal Supremo había declarado en varias ocasiones lo mismo,

en Sentencias de 15 de septiembre de 2003 (Aranz.-6227/2003), 2 de diciembre del 2002 (Aranz.- 24/2003), 23 de marzo del 2001 (Aranz.-4758/2001) y 30 de enero de 1993 (Aranz.-353/1993).

b) Si es el hijo el impugnante, lo podrá hacer “durante el año siguiente a la inscripción de la filiación”. Se añade: “Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde el alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal” si hay posesión de estado en las relaciones familiares. Si faltaren estas “la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos” (art. 137. 1º y 3º párrafos del CC). Lógicamente, durante la minoría o incapacitación, corresponde el ejercicio de la acción a “la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal” durante el año siguiente a la inscripción de la filiación (art. 137.2º párrafo del CC).

Son varias las observaciones que se han de realizar de las normas: a) No se contempla en las normas el conocimiento sobrevenido, tanto del marido como del hijo, de que no pueden serlo –por ejemplo por la existencia de una enfermedad que anule su capacidad procreadora-; lo que derivaría en un problema de su constitucionalidad al suponer un trato restrictivo y discriminatorio que no es razonable, en consonancia con la doctrina antes comentada; b) Entendemos que dichas normas dejan a salvo la posibilidad de que se reclame la filiación impugnando la determinada por el verdadero progenitor y el hijo –y sus herederos-, conforme a las normas de los arts. 133 y 134 del CC. c) El Ordenamiento distingue un supuesto especial, “los reconocimientos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial” (art. 138 del CC) que podrán ser impugnados por cualquiera vicio del consentimiento conforme a lo dispuesto en el art. 141 del CC –norma que señala la exigencia de que “la acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento”-. Este supuesto especial se debe utilizar en los supuestos de reconocimientos expresos o tácitos del art. 117 del CC –que impiden la

declaración en contrario de la presunción de paternidad<sup>312</sup>- y también, el consentimiento del marido, junto a la mujer, de que conste el hijo como matrimonial del art. 118 del CC.

### **4.3. Acción de reclamación e impugnación de la filiación no matrimonial.**

Nos encontramos con estas acciones que se dirigen a la determinación judicial de una filiación, ya declarando la existente, ya reclamando la que no está determinada, ya impugnando la existente –con o sin reclamación de la que corresponde-. Esta determinación puede hacerse, tanto en el proceso civil, como en uno penal –a partir de lo indicado en el art. 193.2º párrafo de Código Penal-. Y de nuevo debemos recordar que “no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria” (art.113.2º párrafo del CC, también el art.3 y4 de la Ley del Registro Civil).

#### **4.3.1. Acción de reclamación de la filiación no matrimonial**

Nuestro Ordenamiento diferencia, incorrectamente, entre situaciones en donde hay posesión de estado por el progenitor no determinado de aquellas situaciones en donde ésta no existe. Y así se nos dice que, habiendo constante posesión de estado, “cualquier persona con interés legítimo” puede entablar la acción en cualquier momento (art. 131 del CC)<sup>313</sup>. Sin embargo, faltando ésta, nos dice el art. 133 del CC, “corresponde al hijo durante toda su vida”. De nuevo se plantea el segundo párrafo del art.133 del CC la posibilidad de fallecimiento del hijo para indicar que “si el hijo falleciera antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las

---

312. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2004 (Aranz.-3613/2004).

313. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio del 2002 (Aranz.- 8237/2002) sobre la imprescriptibilidad y la naturaleza de la acción.

pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos”. La circunstancia de excluir la posibilidad de que el progenitor no determinado se encuentre legitimado se entiende como no igualitaria y restringe el acceso a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, declarándose en varias ocasiones el mismo como inconstitucional. De esta manera se legitima la posibilidad de que el progenitor no determinado pueda resultar legitimado para solicitar la filiación. Lo cual también ha sido aceptado por el Tribunal Supremo<sup>314</sup>.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que han tratado dicha cuestión son las de 16 de febrero del 2006 (RTC 52/2006) las de 27 de Octubre del 2005 (RTC 273/2005)-. No obstante lo cual, a partir de lo indicado en el voto particular de E. PEREZ VELA y otros, es cierto que no es necesario plantearse la constitucionalidad de dicha situación ya que no sería necesario acceder a los Tribunales si el progenitor no determinado reconociera al hijo y, en caso de minoría o incapacitación del hijo y oposición por la madre o padre ya determinado, solicitar la aprobación judicial – mediante el expediente de jurisdicción voluntaria-. Ahora bien, en otras situaciones si cabe plantearse dicha situación; en los casos de hijo mayor de edad; por cuanto debería esperar a que el testamento fuera eficaz para conseguir su propósito. Todo lo cual le impediría, durante la vida, el disfrute de los derechos derivados de la determinación de la filiación.

Conviene reflejar la razón de la decisión, en la primera de las sentencias:”... la inconstitucionalidad del precepto cuestionado deriva de su carácter excluyente, pues, en cuanto su tenor sólo se refiere al hijo y a

---

314. Véase, entre otras, las Sentencias de 30 de marzo de 1998 (Aranz.-1494/1998) y 8 de julio de 1991 (Aranz.-5569/1991).

sus herederos, implica la exclusión de los progenitores que, a falta de posesión de estado, se verán privados de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial. Por tanto, nos encontramos ante una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, sino que la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del mismo exige, como dijimos en el fundamento jurídico 9 de la STC 273/2005, «que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996\55], F. 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978\2836])».

#### 4.3.2. Impugnación de la filiación no matrimonial

Al contrario de lo que pasaba con la filiación matrimonial, no distingue el Ordenamiento entre filiación materna y filiación paterna, siendo las dos perfectamente impugnables, simplemente o con el deseo de reclamar simultáneamente la que se tenga por real. No obstante, se va a diferenciar dos casos:

1º) Cuando exclusivamente se desee impugnar la filiación no matrimonial determinada, diferencian los arts. 140 y 141 del CC dos supuestos, uno común<sup>315</sup>

---

315. En donde no están los “reconocimientos de conveniencia”, tal como nos indica las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio del 2004 (Aranz.-4418/2004), 12 de julio del 2004 (Aranz.-5356/2004) y 31 de Octubre de 1997 (Aranz.-8438/1997). También conviene ver la Sentencia de 26 de noviembre de 2001 (Aranz.-9527/2001) por contradecir a las dos últimas anteriormente indicadas.

y otro especial. En este último, la acción se dirige exclusivamente a atacar “el reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación” ya que en este caso sólo cabe realizar la impugnación por quien hizo el reconocimiento caducando la acción al año del mismo o “desde que cesó el vicio del consentimiento”. De nuevo la acción puede también realizarse o continuarse por sus herederos durante el tiempo que quede antes del transcurso del año (art. 141 del CC).

Sin embargo, lo usual es que nos encontremos con un supuesto común en donde el Ordenamiento diferencia entre las situaciones en donde haya posesión de estado en las relaciones familiares de aquellas en donde no la haya. Cuando faltan podrá ser impugnada “por aquellos a quienes perjudique” (art. 140.1º párrafo del CC), se entiende, la filiación ya determinada<sup>316</sup>. Por otra parte, no existe plazo para la interposición de la acción de donde se deduce que podrá realizarse sin límite de tiempo. Por el contrario cuando hay posesión de estado, corresponde al hijo o al progenitor y “a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad herederos forzosos”. En este caso, si cabe plazo y así nos dice la norma que “la acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad” (art. 140.2º párrafo del CC).

2º) De nuevo debemos hacer alusión al art. 134 del CC que determina que la acción de reclamación por el hijo o el progenitor no determinado permite también la impugnación de la filiación contradictoria. Y lo permite según el régimen legal de la primera, no de las normas que hemos acabado de tratar. Así en diversas Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 1994 (Aranz.- 9424), 13 de junio del 2002 (Aranz.- 4890/2002) y de 17 de junio de 2004

---

316. Ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1942 (Aranz.- 169/1942).

(Aranz.-3618/2004).

## **5. La filiación derivada de las nuevas técnicas de reproducción asistida.**

### **5.1. Introducción y nueva Ley.**

En la filiación por naturaleza se ha partido, como principio de nuestra legislación, de la búsqueda de la verdad biológica. Sin embargo, éste principio sólo sirve a la filiación cuando su origen es la unión sexual y fructífera entre hombre y mujer, como vemos ya en la adopción; y no es esencial para el reconocimiento jurídico de la filiación cuando la Ley permite que una mujer sea fecundada artificialmente. Como nos dice ALBALADEJO<sup>317</sup>; “Disociación de filiación legal y biológica que ciertamente no se da por capricho, sino porque la ley ha estimado que en estos casos, en virtud de la artificialidad del procedimiento y circunstancias que concurren en la procreación del hijo que se engendra, su filiación legal puede ser preferible que se base más que en la naturaleza, en la voluntad de asumirlos como hijo, parecidamente – podría decirse- como ocurre en la filiación adoptiva”. Si, antes de los años 70 del siglo anterior, no había otra posibilidad válida legalmente de reconocer la filiación, fuera del hecho biológico, que la adopción, a partir de esa época, los avances de la medicina permitieron a parejas que, absoluta o relativamente, estuvieran incapacitados para la procreación, pudieran acceder a la misma mediante la utilización de una serie de técnicas de reproducción asistida o artificial. La posibilidad de utilizar no sólo material genético de los dos progenitores sino también de un donante, así como la existencia de madres gestantes por sustitución, exigía una respuesta jurídica al problema de las consecuencias del hecho del nacimiento del nuevo ser.

---

317. *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 10ª ed, Madrid 2006, Pag.264.

Inicialmente, nuestro legislador lo trató en la antigua Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, cuya regulación ha sido actualmente puesta al día, en lo que respecta a las consecuencias jurídico-privadas que atendemos, por la Ley 14/2006, de 26 de mayo en los siguientes puntos:

a) Se permite que, el Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, pueda actualizar las técnicas de reproducción asistida existentes, acreditadas científica y clínicamente. Estas, en la actualidad, figuran en el anexo de la nueva ley: “1. Inseminación artificial.2. Fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o del donante y con transferencia de preembriones.3. Transferencia intratubárica de gametos”.

b) Se refuerzan una serie de derechos del usuario de las técnicas, así como garantías en la utilización de las mismas pensando el legislador en que dichas técnicas “se han desarrollado de manera extensiva en especial en el ámbito privado”; se entiende por centros sanitarios privados. Esencialmente, en relación a la información, consentimiento y documentación<sup>318</sup>, la nueva ley establece en el art. 3.3 “ la información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, *se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento.* Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que

---

318. Normas que están en concordancia con el art. 4 -derecho a la información asistencial- y art. 8 – consentimiento informado- de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación.

facilite su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica”. Por otra parte, destaca el art.3.4. “La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa a todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación”. Y en concreto, respecto al contenido, el art. 6.2 de la Ley destaca: “Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada”. Por otra parte, como se ha indicado se establecen una serie de garantías<sup>319</sup>: primero, en relación con las técnicas “se realizará solamente cuando hayan posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación, libre y consciente de su aplicación por parte de su mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y condiciones de dicha aplicación”; segundo, en el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, “sólo se autoriza la transferencia de una máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo”.

## **5.2. Las clases de técnicas y los problemas de determinación.**

Debemos distinguir las técnicas de reproducción heterólogas de las homólogas,

---

319. Si bien críticamente, no se refleja en la Ley más que una sanción administrativa en el art. 26 en caso de contradicción de las mismas, sin tener presente consecuencias civiles, dada la naturaleza negocial del contrato asistencial.

por cuanto en las primeras intervienen, a parte de la persona usuaria de las técnicas un donante anónimo de gametos y preembriones o una madre que gesta por sustitución.

1º) Técnicas heterólogas: En la primera de las posibilidades, con carácter previo al contrato asistencial, el centro o servicio sanitario deberá obtener gametos o preembriones con los que fecundar a la usuaria. Para ello, realizará un contrato con un donante, mayor de edad, de buena salud y plena capacidad de obrar<sup>320</sup>, que deberá ser gratuito<sup>321</sup>, formal<sup>322</sup> y confidencial<sup>323</sup> en el que obliga a entregar su material genético con un límite legal en cuanto al número de hijos a engendrar, seis, tal como nos indica el art.5.7 de la Ley. Para dicho propósito resulta una ayuda la existencia de un registro nacional de donantes, tal como se crea en el art. 21; lo cual no es óbice para que la Ley reconozca la responsabilidad del

---

320. Indica el art. 5.6 de la Ley: “Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia....”.

321. Aclara el art. 5.3 de la Ley que “la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para esta”.

322. Indica el art. 5.4 de la Ley: “El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto”.

323. Señala el art. 5.de la Ley: “5.La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de gametos y de preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”. Dicha revelación, tal como nos indica el art.8.3 de la Ley “ no implicará en ningún caso determinación legal de la filiación”.

centro de comprobar la identidad y el número de nacidos –se entiende mediante consulta al Registro-, así como las condiciones psicofísicas de los donantes anónimos. Una vez entregado el mismo, dice la Ley que podrá “revocar” la donación “cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles”.

El Ordenamiento siempre ha permitido la utilización de técnicas de fecundación heteróloga tanto a una mujer, individualmente, como a ésta y su pareja, estén o no casados. La usuaria deberá ser mayor de 18 años y tener plena capacidad de obrar. En cuando a los requisitos de la utilización de las técnicas, deberá prestarse previo consentimiento escrito por la usuaria – “a su utilización de manera libre, consciente y expresa” (art. 6.1)-<sup>324</sup>. Si, la mujer está casada, es obligatorio el consentimiento anterior del marido, “a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente” (art. 6.3)<sup>325</sup>. La prestación de estos consentimientos determina que ambos no puedan impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación<sup>326</sup>. Si presta el consentimiento la pareja no casada de la mujer, el consentimiento previo, formal y expreso de la pareja servirá como documento indubitado, conforme al art. 49 de la Ley del Registro Civil –tal como indica el art. 8.2 de la Ley- para que se determine a su favor la filiación.

---

324. La forma exigida para el consentimiento deberá considerarse la escrita que destaque, expresamente, el consentimiento a la utilización de las técnicas de fecundación (art. 8.1 de la Ley).

325. Véase el Auto del Juzgado de Primera Instancia num. 13 de Valencia de 13 de mayo del 2003 (AC 2003/1887).

326. Es curioso destacar que la denominación de “marido “ y “mujer” que, desde la perspectiva de la Ley 13/2005, de 8 de julio, ha desaparecido por el de cónyuge, debe subsistir no sólo con relación a la regulación de la presunción de paternidad sino también con relación al art.8 de esta Ley. Y ello por cuanto, a partir de la presunción se determina la paternidad del marido y, por ende, utilizando la mujer las técnicas dentro de los tiempos fijados en los arts. 116 y 117 del CC, nos encontraríamos con que el Ordenamiento reconoce la paternidad el marido por el hecho del matrimonio con la generante (art. 115 del CC). Situación que no pasa en el caso del matrimonio homosexual cuando una de las mujeres utilizan las técnicas, pues en este caso, no se produce por el hecho de la inscripción del matrimonio el reconocimiento de la filiación de su pareja, debiendo reconducirse a la misma situación que en el caso de parejas no casadas y filiación no matrimonial.

La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida se olvido en su redacción original de la situación posible de que dos mujeres, casadas o no entre si, desearán utilizar las técnicas. Dicha situación antes de esta ley se resolvía mediante la formalización del documento por una de ellas individualmente y “con independencia de su estado civil y orientación sexual” (art. 6.1.2º párrafo). Pero con posterioridad a la misma, se daba un problema ya que no había posibilidad de aplicar las presunciones de paternidad a la pareja homosexual casada y, por otro lado, no había posibilidad de que ésta firmara el consentimiento escrito. El legislador nacional, en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, modifico en su Disposición adicional primera este artículo 7, en su párrafo tercero: “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. También, en Proyecto del Libro II del Código Civil de Cataluña se propone que el consentimiento expresa de la pareja casada, sea hombre o mujer, determina que el hijo sea suyo (Arts. 235-8 y 235-13). Sería recomendable la reforma de la Ley del Registro Civil para poder acogerse a dicha solución

Respecto a la gestación por sustitución en donde los gametos se trasladan a un útero ajeno, claramente nos señala el art. 10 de la Ley que es nulo de pleno derecho el contrato en el que se convenga el mismo, con o sin precio. De forma que, la filiación vendrá determinada por el parto. Y, respecto al padre, nos dice “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

B) Técnica homologas: En estas técnicas no habría en general problemas ya

que se utilizan material genético de los que, posteriormente, serán declarados como padres, ya se utilice la inseminación artificial ya la fecundación in vitro u otra técnica posible. Y así el art. 7.1 de la Ley dice “la filiación de los nacidos con técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”.

Sin embargo, especialmente, la ley destaca un supuesto, que es la utilización de material genético de un marido o pareja premuerta. En esencia el principio general sería que “no podrá determinarse legalmente la filiación... cuando el material genético de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”<sup>327</sup>. No obstante lo dicho, puede determinarse la filiación a favor del marido si éste, expresamente, da su consentimiento en escritura pública, testamento o en documento de instrucciones previas o manifiesta la voluntad de prestar el consentimiento a la utilización de su material reproductor en los 12 meses siguientes al fallecimiento para fecundar a su mujer. Manifestación que puede ser revocada en cualquier momento antes de la realización de aquellas. También cabe el consentimiento tácito que presume otorgado la Ley, “cuando el cónyuge supérstite se hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”<sup>328</sup>. En cuanto a la pareja no casada, el consentimiento prestado expresa o tácitamente tal como hemos visto, determina la posibilidad de utilizar el procedimiento del art. 49 de la Ley del Registro Civil.

---

327. Hay que destacar que la utilización de las técnicas no sólo puede operar por razón de la imposibilidad absoluta o relativa a la procreación, por lo que habría que indicar que, no obstante lo dicho, por el hecho de las presunciones de paternidad podría darse de hecho la determinación legal en contradicción con lo manifestado en el art. 9, ya que si bien sí se tiene constancia del hecho de la utilización de las técnicas, no así de las uniones sexuales con capacidad generante que tengan los cónyuges.

328. Este supuesto pretende salvar situaciones en donde, por la muerte súbita del marido, no hubiera dado tiempo a expresar indubitadamente el deseo de que se pudiera utilizar su material genético y ello no obstante que, de hecho, se estuviera sometiendo en dicho momento la mujer a tales técnicas. Así en el Auto del Juzgado de Primera Instancia Num. 17 de Valencia de 29 de Octubre del 2004 (AC 2004/1983

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCIA, M. *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 10ª ed, Madrid 2006.
- DIEZ PICAZO, L.: *La Doctrina de los Propios Actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona 1963.
- RAMS ALBESA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L. et alios: *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, 2ªed, revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid 2005.
- RIVERO HERNANDEZ, F., en *CCJC*, Num. 30, septiembre-Diciembre 1992.
- ROGEL VIDE, C. en LÓPEZ MESA, M.J.: *La Doctrina de los actos propios, Doctrina y jurisprudencia*, Madrid-Montevideo, 2005.

## CAPÍTULO IV : LA PATRIA POTESTAD

### 1. Concepto y Naturaleza.

Una de las características esenciales del Derecho de Familia que siempre se ha señalado por la doctrina, y que de una manera más clara lo diferencia del resto del Derecho Privado, en general, y del Civil, en particular, es el de *potestad familiar*<sup>329</sup> o *derecho-función*<sup>330</sup>. Este concepto se contrapone al de derecho subjetivo, pues si éste podemos definirlo, siguiendo a ALBALADEJO<sup>331</sup>, como *un poder respecto a determinado bien, concedido inicialmente por el Ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección*, aquél debemos considerarlo como *un poder jurídico de tal naturaleza que la autoridad que comporta se usa, no al arbitrio de su titular, sino para cumplir ciertas finalidades en interés o beneficio ajeno, y entonces **debe ser***

---

329. Así, LACRUZ BERDEJO et. al., en *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, Ed. Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2005, pág. 5.

330. De este modo lo define la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002.

331. ALBALADEJO, *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General*, EDISOFER, S.L., 16ª edición, Madrid, 2004, pág. 440.

---

*ejercitada cuando el caso lo requiera*<sup>332</sup>. De lo que deducimos que, mientras el derecho subjetivo se otorga por el ordenamiento en beneficio del propio titular, la potestad se otorga no en beneficio propio, del titular, sino como un auténtico derecho-función, constituyéndose como un verdadero *officium*, cuya finalidad debe ser siempre la atención y cuidado del interés protegido, en la patria potestad la de los a ella sometidos, por lo que preferentemente prima el deber.

La filiación se conceptúa como la relación jurídica que une a ciertas personas con otras, en base, en principio, al hecho biológico de la procreación; de ello podemos derivar que sería la relación que se establece entre procreadores, padres o progenitores, y procreados, hijos. Además, debemos tener en cuenta el reconocimiento de la filiación jurídica, la adopción, así como el principio de igualdad de todas las clases de filiación. Todo ello determina que entre los sujetos de tal relación se den un conjunto de deberes, facultades y derechos que se refieren a la protección de los hijos. Pues bien, las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos que se generan por la filiación, recordemos, tanto la natural o biológica como la jurídica, reciben el nombre de relaciones paterno-filiales.

De todo lo dicho hasta ahora podemos deducir que la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que el ordenamiento jurídico reconoce a los padres en beneficio de los hijos, para el cumplimiento de sus obligaciones para con ellos<sup>333</sup>.

## **2. Breves apuntes históricos**<sup>334</sup>.

---

332. LACRUZ, en Elemento de Derecho Civil, I, Parte General, vol. 3º, Derecho subjetivo, Negocio jurídico, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2000.

333. *Como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación que pesan sobre aquéllos y que está en función, y en consecuencia orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad*, lo define el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de enero de 1993.

334. Un estudio más detenido de toda la evolución histórica, en SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel, *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, Ed. F.U.E., Madrid, 2004.

Suele la doctrina iniciar la exposición del desarrollo histórico de la *patria potestad* remontándose al derecho romano; no seremos menos nosotros<sup>335</sup>. La característica esencial de la patria potestas romana es el poder casi absoluto que ostenta el *pater familias* frente a los a él sometidos, y que, en épocas arcaicas, no termina sino con la muerte de los sujetos, al no haber, salvo escasos supuestos, la emancipación. Este poder omnímodo se refleja en facultades (más bien, derechos) como el *ius vitae ac necis*, o derecho a disponer sobre la vida de los hijos, el *ius exponendi*, o derecho de exposición, en el sentido de abandono, el *ius vendendi*, o derecho a vender a los hijos, y, finalmente, el *ius noxae dandi*, o derecho a entregar al hijo a la persona ofendida o afectada por un acto cometido por él, para su resarcimiento. Todas estas facultades, que ya aparecen reguladas en fuentes antiguas como la XII Tablas, se vieron indudablemente atemperadas por el sentido ético del propio pueblo romano, lo que los autores denominan la *pietas*. Pero más aún, la influencia de las ideas cristianas produce una verdadera revolución en esta legislación, llevando a los emperadores a proscribir de manera casi absoluta todas estas prácticas<sup>336</sup>.

En la Edad Media, y respecto a esta institución, podemos distinguir dos claros períodos; por un lado, la legislación visigótica, encabezada por la *Lex Visigothorum*, que data del año 654 de nuestra era, y donde, alejándose claramente de la influencia romana, proscribió el abandono de niños y el infanticidio. De esta forma, estas y otras normas posteriores<sup>337</sup> contextualizan a la patria potestad como un verdadero *officium*, en el que incluso algunos<sup>338</sup> han querido equipar-

335. De todas formas, también en otros pueblos se dieron prácticas de infanticidio; es conocido el ejemplo de Esparta, donde los niños nacidos con malformaciones eran arrojados por el Monte Taijeto.

336. Es en esta época tardía cuando verdaderamente tiene vigencia la máxima del juriconsulto romano Marciano, según el cual, *patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*.

337. Así, las Decretales de Gregorio IX, el Fuero Real, el Fuero de Molina, y un largo etcétera.

338. En este sentido ver el texto citado por SERRANO RUIZ-CALDERÓN y RIVERA ÁLVAREZ en "Derecho: la patria potestad en el Derecho civil común de España", en *Perspectivas de Trabajo Social en sus textos (Disciplinas de los estudios de Trabajo Social en los clásicos)*, Lucas y Murillo de la Cueva y Arias Astray, Directores, Ed. Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005, págs.19-52.

rar los papeles de ambos progenitores, llegándose a hablar de una verdadera patria potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre<sup>339</sup>, lo que es también rechazado por otros.

Un segundo período, que determinados autores definen como de regresión, se produce por la recepción del Derecho romano a través de Las Partidas de Alfonso X. En este caso, y alejándose de lo que había sido común al ordenamiento visigótico, institucionaliza el contenido de la *patria potestas* romana: se regula, aunque sea de forma excepcional, el derecho del padre de vender o empeñar<sup>340</sup> e, incluso, matar al hijo<sup>341</sup>; se extiende la patria potestad a toda la vida de los hijos y de los nietos *et sobre todos los otros de su linaje que descendien dellos por la lina derecha, et que son nacidos del casamento derecho*<sup>342</sup>; se excluye de la patria potestad a los descendientes de las hijas<sup>343</sup> y a los que *han los homes de las barraganas...et los fijos que son llamados en latin incestuosi que quiere tanto decir como aquellos que han los homes en sus parientas fasta en el quarto grado, ó en sus cuñadas ó en las mugeres religiosas*, etc. En definitiva, y continuando con lo dicho anteriormente, la patria potestad abandona su concepción de *officium* para reconvertirse en una verdadera *potestas*, un verdadero derecho del que goza el padre frente a sus descendientes.

Algunas normas posteriores, recogidas muchas de ellas en la *Novísima Recopilación*<sup>344</sup>, atemperan toda esta ordenación, proscribiendo el abandono de los

339. Respecto a esta y otras teorías y las discusiones doctrinales que provocaron, vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Tomo V, vol. II, págs. 284 y ss.

340. Así, nos dice el rey Sabio en la La Partida IV, Título VII, Ley VIII, *Quexado leyendo el padre de grant fambre, et habiendo tan grant pobreza que se non podiese acorrer de otra cosa, entonce puede vender o empeñar sus fijos, por que haya de que comprar que coma...*

341. Del mismo modo, y en la misma Ley anterior, se nos dice que *Se yendo el padre cercado en algunt castiello que toviese de señor, si fuese tan coitado de fambre que non hobiese al que comer, podrie comer al fijo sin malestanzá ante que diese el castiello sin mandado de su señor.*

342. Partida IV, Título XVII, Ley I.

343. Ley II de la misma Partida y Título

344. Sucesora de la *Nueva Recopilación* impulsada por Carlos I y promulgada en 1567, la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, fue impulsada por Carlos IV y promulgada en 1806.

menores y castigando el infanticidio.

La Ley del Matrimonio Civil de 1870 supone un cambio y un avance en cuanto a la consideración de la patria potestad; así, se concibe como verdadera función, la otorga subsidiariamente a la madre, se establece la extinción por mayoría de edad del hijo, además de por matrimonio, y se reconoce el derecho de los padres a corregir y castigar moderadamente a los hijos.

Por lo que respecta a nuestro primer Código civil, concede a la madre la patria potestad en defecto del padre, extiende la patria potestad a los hijos legítimos no emancipados, a los naturales reconocidos y a los adoptivos menores de edad, otorga al padre el poder de corregir y castigar moderadamente a los hijos, así como la posibilidad de recabar el auxilio de la autoridad gubernativa para reprimir a los hijos, incluso con su detención o retención en establecimientos de instrucción o institutos legalmente establecidos, pudiendo, además, reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a los hijos hasta un mes de detención en establecimiento correccional. Establece como causas de extinción, la muerte de los padres o del hijo, la emancipación del hijo, así como su adopción. En cuanto a la privación, el Código cita diferentes causas; así, en el artículo 169, cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena tal privación y cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma. Además, y según el artículo 171, se producirá tal privación, cuando traten a sus hijos con dureza excesiva o cuando les dieran órdenes o ejemplos corruptores. Por último, y en cuanto a la suspensión de la patria potestad, además de lo incluido en el artículo 171 antes citado, que vale tanto para suspensión como para privación, serán también causas de la misma la incapacidad o ausencia del padre, o en su caso de la madre, judicialmente declaradas, y la interdicción civil.

La aprobación de la Constitución española de 1978 supuso un cambio radical en

la concepción del Derecho de Familia, en general, y de la filiación, y por ende de la patria potestad, en particular. En efecto, el artículo 14, al establecer la prohibición de discriminación, entre otras circunstancias, por razón de nacimiento, y la declaración del artículo 39.3 en el sentido de garantizar la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación, suponen la necesidad de reformar radicalmente nuestra legislación en la materia que tratamos, al haber quedado obsoleta.

Por medio de la reforma que analizamos, se pone fin a la discriminación entre el padre y la madre, al atribuir conjuntamente la titularidad y el ejercicio de la patria potestad a ambos (artículos 154.1 y 156 CC). Del mismo modo, se acaba con la discriminación existente entre los hijos, afirmando la igualdad entre las filiaciones (artículo 108.2).

Se acentúa, además, el carácter funcional de la patria potestad, estableciendo que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos; se limita la facultad de los padres, en la educación de los hijos, a corregirlos razonable y moderadamente; se exige la intervención de los hijos, cuando tengan juicio suficiente, en las decisiones que les afecten directamente; se amplía el alcance de la patria potestad a los hijos incapacitados mayores de edad mediante su prórroga o rehabilitación y, por último, se establece una mayor intervención judicial en el seno de esta institución.

### **3. Caracteres de la Patria Potestad.**

Siguiendo a la mejor doctrina (Castán, Díez Picazo y Gullón, Lacruz) podemos señalar los siguientes caracteres propios de esta institución:

A. *La irrenunciabilidad*, que deriva de ser la patria potestad una institución de orden público. Su renuncia supondría un perjuicio para un tercero, en este caso,

el hijo, y un incumplimiento de los deberes atribuidos a los padres.

B. La *intransmisibilidad*, lo que no es óbice para entender y admitir que los padres podrán delegar determinadas funciones en terceras personas.

C. La *imprescriptibilidad*, que deriva de ser considerada una institución que está fuera del comercio de los hombres, aunque ello no obsta para que existan determinadas acciones que están sujetas a prescripción.

D. La *generalidad*, pues debemos entender que la patria potestad se refiere a la totalidad de los intereses del hijo sometido a ella, tanto personales como patrimoniales, y otorga a los padres amplias facultades de representación y administración.

E. La *temporalidad*, pues se extingue al alcanzar el hijo la plena capacidad.

#### 4. Sujetos.

Como ya hemos analizado anteriormente, una de las más importantes ideas que ha traído consigo la Constitución del 78 y las posteriores reformas de nuestro Código sustantivo, es la de la patria potestad dual. Así, el artículo 154.1 establece que **los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores**. La redacción inicial de este artículo, con motivo de la reforma ya analizada de 13 de mayo de 1981, establecía que **los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre**. La redacción actual, que es la primera que hemos visto, es fruto de la polémica reforma introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio, y tiene por finalidad, al retirar los términos **padre y madre**, terminar con una supuesta discriminación con respecto a las parejas o *matrimonios* entre personas del mismo sexo; por ello, y como vamos a ir observando, se introduce el término **progenitores** que, a juicio del legislador y

de los grupos de presión que apoyan esta reforma, es más acorde con la actual representación de nuestra sociedad.

Junto a ello, el artículo 156, en su primer párrafo, establece que **la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.**

De la redacción de este artículo se desprende, como ya advertimos, no sólo una titularidad dual, compartida, sino, asimismo, un ejercicio y una actuación común. Esta sería la norma básica y general respecto a este instituto. Pero como siempre ocurre, cuando existe una norma general, suelen existir excepciones a la misma; pues bien vamos ahora, siguiendo a Lacruz, a intentar establecer cuáles son esas excepciones y cuándo se producen.

Antes de ello, creo necesario hacer mención al artículo 157 CC, que se refiere al supuesto de ejercicio de la patria potestad por un progenitor menor de edad. Según el citado artículo 157, **El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez.**

Provocó la redacción transcrita algunos problemas de índole práctico que han sido resueltos por la doctrina; así PAREJA, citado por CASTÁN<sup>345</sup>, distingue los siguientes supuestos: 1) el supuesto del progenitor emancipado por matrimonio, en el que no será aplicable la norma, al poder ejercer la patria potestad como si fuera mayor de edad, tal y como se desprende de los artículos 314.2º,

---

345. Op. cit., pág. 300

316, 323 y 324 CC; 2) el supuesto del progenitor emancipado por concesión o habilitación, o mayor de dieciséis años que viva de forma independiente, que por tal emancipación tampoco está afectado por lo establecido en el artículo 157, tal y como se desprende de lo dispuesto en los artículos 314.3º y 4º, 317, 319, 320 y 321 CC; 3) el supuesto del progenitor menor de edad no emancipado, desconociéndose la persona del otro progenitor, al que sí es aplicable lo dispuesto en el artículo 157; 4) El supuesto de progenitores no casados entre sí, ambos conocidos, uno de ellos menor de edad no emancipado y el otro mayor de edad, en el que el menor no necesita de la asistencia de sus padres o tutor, pues podrán ambos progenitores ejercer la patria potestad de forma conjunta.

Solventado este problema, y en primer lugar, debemos analizar los supuestos de titularidad individual, es decir, aquellos casos en los que sólo uno de los progenitores ostenta la patria potestad:

A. Cuando la filiación se encuentre legalmente determinada respecto de uno solo de los progenitores, o lo que es lo mismo, cuando sólo se sepa quién es la madre o quién es el padre, supuestos que se dan, básicamente, en la filiación extramatrimonial.

B. Cuando uno de los progenitores haya sido excluido inicialmente, *ab initio*, de la patria potestad en virtud del artículo 111 del Código civil. Como ya vimos, este artículo contempla dos supuestos distintos; en primer lugar, cuando ese sujeto ha sido condenado por sentencia penal firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación (ejemplo típico es el de la violación); en segundo lugar, cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra su oposición, lo que parece sustentarse en el gran número de varones que en la época se desentendían de los hijos habidos fuera del matrimonio.

C. Muerte o declaración de fallecimiento de uno solo de los padres.

D. Cuando el hijo es adoptado por una sola persona, salvo lo establecido en el artículo 178.2 del CC. En este artículo, en cuyo punto primero se consagra la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia natural, se establece una excepción a tal regla. Según el punto segundo, existen dos casos en los que tales vínculos se mantendrán: 1) cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido, p.e., que un varón contraiga matrimonio con una mujer que tenga un hijo menor de edad, sometido a patria potestad, y del que se desconozca su filiación paterna. 2) cuando uno sólo de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir; p.e., varón que adopta a un menor del que sólo se conoce quién es su madre biológica; si todos están de acuerdo, podrían subsistir los vínculos entre el adoptado y su madre natural.

E. Cuando uno solo de los padres haya sido privado de la patria potestad, según establece el artículo 170.1 CC. En este caso, el otro progenitor mantendrá la titularidad en exclusiva.

El segundo grupo de supuestos que debemos tratar es el de la existencia de una titularidad compartida, patria potestad dual, pero un ejercicio individual. Los casos serían:

A. Suspensión por resolución judicial en el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores. El artículo 170.1 permite la privación parcial de la potestad a los progenitores **por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal** o matrimonial. De todas formas, es necesario indicar que con la reforma de 13 de mayo de 1981 del Código civil desaparece de nuestra Ley sustantiva la suspensión de la patria potestad, que venía siendo regulada en los artículos 170 y 171, y que, en la actualidad, el término suspensión sólo aparece en el artículo 172 en

referencia a las consecuencias que produce la declaración de desamparo de los menores.

B. Suspensión por declaración administrativa de desamparo, según establece el artículo 172.1.3 del Código civil, al indicar que La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria<sup>346</sup>.

C. Desacuerdos entre los progenitores. Según el artículo 156.2, cuando se produzcan estos hechos, el juez podrá, a instancia de cualquiera de los progenitores, tras oírles a ambos y al hijo mayor de doce años, o que siendo menor de esa edad, tuviera juicio suficiente, atribuir sin ulterior recurso, la facultad de decidir a cualquiera de ellos. En este caso, no decide el juez, sino que la decisión última será la del progenitor al que se conceda esa facultad. Normalmente, se refiere a algún caso concreto. Mayor problema se plantea cuando esos desacuerdos sean reiterados o cuando el que concurra entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. Para este supuesto, el propio artículo 156.2 permite al juez que atribuya total o parcialmente la patria potestad a uno de los progenitores o que distribuya entre ellos las funciones. Esta medida no tiene una vigencia ilimitada, sino que, en principio, durará lo que establezca la resolución judicial, aunque en ningún caso podrá ser superior a dos años. Por último, el párrafo tercero de este artículo 156 establece una presunción respecto de terceros que actúen de buena fe y para los párrafos anteriores, según la cual, **cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.**

---

346. Sobre este asunto volveremos en un Capítulo posterior. Baste ahora decir que la redacción actual del artículo 172 procede de la reforma del Código civil establecida en la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que aclaró, por fin, cuáles eran las consecuencias que producía la declaración de desamparo.

D. En los supuestos de crisis matrimonial, separación, divorcio o nulidad, cuando así lo establezca el juez o el convenio regulador. Así, el artículo 156.5 indica que **si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.** De todo ello se deriva, en principio, y como ya tuvimos ocasión de ver, que, si no se indica nada de forma expresa en la sentencia, el progenitor con quien convivan los hijos, tendrá el ejercicio exclusivo de la patria potestad, aunque existirá titularidad dual. Si el juez pretende un ejercicio compartido, deberá indicarlo expresamente en su resolución. Junto a este, debemos citar otros artículos del Código que regulan esta materia; así el artículo 90.1 A), según el cual, en el convenio regulador los padres deben pactar, entre otras cosas, **el ejercicio de ésta** (la patria potestad). Además, el artículo 92.1 indica expresamente que **la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos**, remarcando, en el punto 4 del mismo artículo, que **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.** Por último, simplemente recordar que, tras la última reforma del nuestro Código, el propio artículo 92, en los puntos 5, 6, 7 y 8, regula el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, aspecto ya tratado en Capítulos anteriores y a los que nos remitimos.

E. Para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios<sup>347</sup>. Artículo 158.3º.

---

347. Un buen ejemplo es el que nos ofrece el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de abril de 2003, el cual, poniendo en relación este artículo 158.3º con el 154, también de Código Civil en lo que se refiere a la potestad de los padres de corregir razonable y moderadamente a los hijos, entiende que la existencia de situaciones de aislamiento, encerrando a su hijo en su dormitorio con pestillo y a solas en la vivienda, que suponen un riesgo potencial para el niño, así como el empleo

F. Ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores. Artículo 156.4.

El último grupo de supuestos se refiere a los casos de actuación individual, es decir, aquellos casos en los que ambos padres comparten la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, aunque la actuación diaria de las facultades inherentes a la institución, de forma general o puntualmente, la realiza uno de ellos en exclusiva. Los supuestos más comunes serían:

A. Actuación de un progenitor con el consentimiento expreso o tácito del otro. Artículo 156.1. Si el consentimiento es expreso, formal, para un acto determinado y con indicación expresa del modo de actuar, no es realmente una actuación individual, sino conjunta<sup>348</sup>. Sí será realmente individual cuando el consentimiento sea tácito. Podemos considerar que éste se producirá cuando así se desprenda de la conducta del progenitor no actuante (no impugne el acto realizado por el otro) o cuando esa actuación sea reiterada sin oposición del no actuante. El acto realizado sin consentimiento será anulable.

B. Actos realizados conforme al uso social y a las circunstancias. Artículo 156.1

C. Actos en situación de urgente necesidad. Artículo 156.1. Se exige que no se pueda recabar el consentimiento del otro progenitor (p.e., ausencia temporal) y que el que acto de que se trate no admita dilación sin ocasionar un grave perjuicio para el menor (p.e., intervención quirúrgica urgente). El progenitor no actuante no podrá, posteriormente, impugnar el acto, pues lo que hace el legislador es otorgar una habilitación excepcional de actuación individual<sup>349</sup>.

---

**en una ocasión de un castigo gravemente inadecuado en un caso de enuresis, o la imposición de obligaciones improcedentes a su edad, como la de limpiar los tres aseos de la vivienda una vez por semana...** es suficiente para imponer la suspensión de la patria potestad en base al artículo que comentamos.

348. LACRUZ, op. cit. pág. 403.

349. Así lo establece SEISDEDOS, citada por LACRUZ, op. cit., pág. 404-405

## 5. Contenido.

Al hablar del contenido de la patria potestad, nos referimos al conjunto de derechos y deberes de los que gozan los distintos miembros de la institución, es decir, los padres y los hijos. Reincidiendo en los que más arriba hemos apuntado, debemos recordar que, al tratarse de potestades, los derechos no se gozan en beneficio propio, del titular, sino en beneficio de otros, en este caso los hijos menores de edad no emancipados, o mayores incapacitados. Es lo que la doctrina ha denominado principio del *favor filii*, y que viene reconocido tanto en el artículo 39.3 de la Constitución, como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En cuanto al contenido específico, debemos distinguir dos planos distintos; por un lado lo que se denomina la esfera personal, que se refiere al conjunto de derechos y deberes que tienen los padres respecto a la persona de sus hijos; por otro, la esfera patrimonial, que se referirá a la administración y disposición de un posible patrimonio propio de los hijos. Además, y como después veremos, el propio Código, en los artículos 154.2.2º y 162.1 establece que los padres ostentarán la representación legal de sus hijos mientras perdure la patria potestad. Vamos ahora a analizar el contenido de estos derechos por separado.

### 5.1. Esfera personal de la patria potestad.

Según el artículo 154.2, **La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades:**

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

De ello se desprende que las obligaciones concretas de los padres, serían:

A. Deber de velar por los hijos: Se trata de un deber genérico difícil de concretar. En un sentido amplio, comprendería las demás facultades y deberes de la esfera personal; en un sentido específico, supone la obligación de cuidar solícitamente a los hijos, de utilizar una extrema diligencia en ese cuidado, de vigilar y controlar las actividades del otro progenitor y las relaciones del menor con terceras personas. En principio, se entiende que se mantiene aunque se extinga la patria potestad, por lo que la doctrina establece que es un deber que deriva directamente de la filiación, y no estrictamente de la patria potestad. Así, por ejemplo, el artículo 103.1.1º indica, al establecer las medidas provisionales que debe adoptar el juez en las crisis matrimoniales, que deberá determinar **la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos....** Más claro es el ejemplo que nos proporciona el artículo 110, según el cual **El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.** Por último, el artículo 111 ya analizado y que como sabemos regula los supuestos de exclusión inicial de la patria potestad, establece en el último párrafo que **Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.**

B. Deber de tenerlos en su compañía. Es el contenido que de forma más clara y precisa se constituye como un deber y un derecho. Los padres están obligados a vivir con sus hijos sometidos a patria potestad, pero a la vez, tienen el derecho a esa convivencia, por lo que podrán recabar el auxilio de la autoridad para el cumplimiento del mismo, tal y como establece el artículo 154 *in fine*. En principio, este deber implica comunidad de vivienda, es decir, el mismo domicilio para los padres y sus hijos menores. Su incumplimiento puede suponer la privación de la patria potestad e, incluso, cuando concurren las circunstancias convenientes, puede constituir un delito de abandono de familia. De todas for-

mas, en algunos supuestos, el cese de la convivencia será permitido, no constituyendo en este caso un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Así, los casos más comunes serían:

1. Cuando se produzca una crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio). Para este caso el artículo 159 establece: **Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran juicio suficiente y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.**

2. En los supuestos en que se establezca una guarda administrativa. El artículo 172.2 indica: **Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.** En este caso, y como tendremos oportunidad de analizar en otro Capítulo posterior, los hijos serán entregados en acogimiento, manteniendo, en principio, los padres la posibilidad de relacionarse con ellos. En este caso, acogimiento, el artículo 161 establece que **tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.**

3. Los casos más comunes en los que se produce una quiebra temporal de la convivencia por razones como pueden ser estudios, viajes, vacaciones, etc.

En este mismo orden de cosas, el artículo 160.2 establece que **no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados**, añadiendo el párrafo tercero que en

**caso de oposición, el juez, a instancia del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.** Este artículo es fruto de la reforma producida por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos<sup>350</sup>. La aplicación de este artículo no sólo se circunscribe al caso de las rupturas matrimoniales, como ocurre con el resto de la reforma, sino que pretende articular una salvaguarda frente a otras situaciones, como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que en tales circunstancias perjudicase las relaciones de los nietos con sus abuelos.

C. Deber de alimentos. No debemos confundirlo con el deber de alimentos entre parientes regulado en los artículos 142 y siguientes del propio Código. En sede de patria potestad, el deber de alimentos a los hijos es prioritario y más amplio. Sus características propias serían:

1. La obligación nace con independencia del estado de necesidad en que se en-

---

350. Según la Exposición de Motivos, la modificación legislativa que se aborda en esta ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, singularizar desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores. En segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad, añadiendo que entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.

cuentre el menor. Existe una presunción *iuris et de iure* de la existencia de tal necesidad, no siendo necesario probarla.

2. Incluye la alimentación, sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como cualquier gasto que sea normal para esa familia, como puede ser ocio, etc.

3. Normalmente se prestan recibiendo y manteniendo al menor en la propia casa, es decir, cumpliendo con el deber de convivencia antes analizado. De todas formas, en los supuestos antes vistos de quiebra de convivencia, se deberán realizar pagos periódicos.

4. Su cuantía deberá ser proporcional a los medios de cada progenitor.

5. Se extingue por emancipación o fin de la incapacidad, convirtiéndose, ahora sí, en obligación general de alimentos de los artículos 142 y siguientes, por lo que su cuantía se verá claramente reducida.

D. Deber de educarlos y procurarles una formación integral. Se concreta en la posibilidad de elegir el centro educativo, así como el tipo de educación moral y religiosa. Tiene como límite el respeto a la propia personalidad del menor. Respecto a esta obligación concreta, nos parece interesante referirnos al supuesto recogido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de junio de 2005. Se trata del supuesto en que unos padres deciden no escolarizar a los hijos menores y ser ellos mismos los que les eduquen e impartan las clases correspondientes. Como se establece en el Fundamento Tercero, **el objeto del recurso es determinar si las clases que los padres dan a sus hijos en el seno de la familia bastan para cumplir el mandato constitucional (artículo 27), sin necesidad ni obligación de hacer uso de centros autorizados y homologados, sean públicos o privados, o**

**si la enseñanza de los progenitores ha de completar o ser completada por una enseñanza oficial.. O lo que es lo mismo, si el derecho a la educación consiste en la total libertad de los padres para orientar a los hijos hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual o somática..... o si el derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente, si ello fuera del todo punto necesario.** La Sala, basándose en el voto particular del Magistrado Gimeno Sendra en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1994<sup>351</sup>, entiende que la Constitución confiere a los padres el derecho, no sólo a impartir en el seno de la familia la enseñanza que estimen conveniente, sino también el de poder enviar a sus hijos al colegio que deseen; **pero tal derecho no ampara otro supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente..... En definitiva, se trata de la conculcación de un derecho fundamental del niño, no de un derecho de los padres o de los progenitores...**

Como facultad específica de los padres, el Código establece, en el propio artículo 154, que **podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad**, y que, además, **podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos**<sup>352</sup>.

En cuanto a las obligaciones de los hijos, podemos establecer las siguientes, derivadas del artículo 155 del Código:

---

351. RTC 1994, 260

352. Esta declaración del Código no gusta en determinados medios políticos, que han solicitado insistentemente su retirada, pues, a su juicio, puede permitir, e incluso, fomentar, el maltrato infantil en el seno familiar. Nosotros no estamos de acuerdo con tal afirmación.

A. Obediencia: No tiene un carácter absoluto, sino limitado por el interés del hijo y el respeto a su personalidad. De ello se desprende que no existe obligación de obedecer aquellas órdenes que excedan de estos límites, ni cabe la aplicación de la eximente de obediencia debida a la actuación en cumplimiento de una orden del titular de la patria potestad. Como ya hemos visto, en el ejercicio de la patria potestad, y para obtener la obediencia de los hijos, podrán los padres recabar el auxilio de la autoridad.

B. Respeto: El deber de respeto a los padres existe siempre y va más allá de la propia patria potestad, por lo que se entiende que deriva de la filiación. Su incumplimiento puede ser causa de desheredación cuando se haya concretado en un maltrato de obra o en injurias graves de palabra (artículo 853.2º CC) y puede dar lugar también al cese de la obligación de alimentos entre parientes (artículo 152.4º).

C. Contribuir equitativamente al levantamiento de las cargas familiares: en este sentido, y aunque después lo veremos más ampliamente, el artículo 165.2 CC establece que los padres podrán destinar los frutos de los bienes de los hijos, de forma equitativa, al levantamiento de estas cargas. Por otro lado, hay que destacar que esta obligación se da también, una vez extinguida la patria potestad, y mientras exista convivencia, como consecuencia del principio de solidaridad familiar. Así lo expresa en concreto el artículo 155.2º *in fine*.

## 5.2. Representación legal de los hijos por sus padres.

Deriva de lo establecido en el artículo 154.2.2º que establece, entre las obligaciones de los padres respecto de los hijos la de **representarlos**, y del artículo 162.1 según el cual **los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados**.

Se trata de una representación legal y comprende todos los ámbitos de actuación en que el menor no emancipado tenga intereses, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, y tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial. La razón fundamental que obliga al establecimiento de esta representación es, como dice LACRUZ<sup>353</sup>, *ser la incapacidad de obrar la regla general aplicable a los menores de edad no emancipados... y, por consiguiente, la necesidad de actuación a través del representante legal, padres o tutores..*

Esta representación genérica tiene sus excepciones, es decir, habrá una serie de actos para los que los padres no ostentarán tal representación, bien porque el hijo pueda, por sí mismo actuar, bien porque se prefiera la actuación de un tercero. En concreto, y según establece el artículo 162, se exceptúan:

- 1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.**
- 2. Aquellos en los que exista conflictos de intereses entre los padres y el hijo.**
- 3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.**

Nos interesa ahora sobremanera analizar la segunda de las excepciones citadas, el conflicto de intereses entre los padres y el hijo. Nos referimos en concreto a la figura del **defensor judicial**. Se trata de una institución de Derecho de Familia que se orienta a la protección de menores, incapacitados y desaparecidos. En cuanto a los menores, el artículo 163.1 CC establece: **Siempre que**

---

353. Lacruz, Elementos..., IV, Familia, pág. 415.

**en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.**

**Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.**

De todo ello se desprende:

1. Que el defensor judicial puede cumplir tanto funciones representativas (menores no emancipados) como asistenciales (menores emancipados).
2. Que el defensor judicial representa o asiste al menor sólo para asuntos concretos; específicamente, cuando haya oposición de intereses entre los padres y el hijo. Sólo actúa transitoriamente y en relación con algún asunto específico; los padres continuarán ostentando la representación de sus hijos en los demás asuntos.

Los casos concretos en los que se requerirá su nombramiento y consiguiente actuación, serían:

1. Desde el plano objetivo, presupuesto para que se produzca el nombramiento de defensor judicial es que exista un interés opuesto entre los padres y el hijo. Normalmente, ese conflicto será de índole patrimonial. Aunque el Código no define ese conflicto de intereses, la jurisprudencia entiende que se producirá cuando exista incompatibilidad de intereses; cuando los intereses entre padres e hijos no se puedan conciliar.

2. Desde el punto de vista subjetivo, es necesario que el conflicto se de con ambos progenitores. Si se diera sólo con uno de ellos, el otro, tal y como hemos visto, ostentaría en exclusiva tal representación, por lo que no sería necesario nombrar un defensor judicial.

El nombramiento lo realiza el juez en procedimiento de jurisdicción voluntaria. Podrán solicitarlo el padre o la madre, el Ministerio Fiscal y cualquier persona capaz de comparecer en juicio, admitiéndose también que lo realice el propio juez de oficio, según establece el artículo 300 CC. Éste, además, indica que el juez **nombrará a quien estime más conveniente para el cargo**, sin especificar nada más. En la anterior redacción del Código, y respecto a la persona que debería ostentar el cargo, el artículo 163 tenía un párrafo tercero, hoy derogado, en el que se indicaba que el juez debía nombrar al pariente del menor a quien en su caso correspondiera la tutela legítima, y a falta de éste, o cuando tuviera intereses contrapuestos, a otro pariente o a un extraño.

En cuanto a las facultades de las que gozará el defensor judicial, serán las que señale el juez en el Auto de nombramiento, artículo 302 CC, aunque siempre tenemos que tener en cuenta, como ya hemos advertido, que verá limitada su actuación al asunto concreto en que exista el conflicto.

Las causas por las que se extingue el cargo, podríamos enumerarlas del siguiente modo:

1. Por haber concluido el cometido que motivó su nombramiento.
2. Por el cese de la oposición de intereses.
3. Por la interferencia de otra representación preferente (adoptiva o tutelar).

4. Porque se den las causas excusa y remoción de los tutores y curadores (artículo 301 CC). En este caso, si continuara el conflicto, habrá que proceder al nombramiento de un nuevo defensor.

5. Por muerte de los sujetos.

6. Por mayoría de edad o emancipación del hijo.

Por último, sólo indicar que, una vez cese en el cargo, por la causa que sea, deberá rendir cuentas al juez de su actuación, tal y como prescribe el artículo 302 *in fine* CC.

### 5.3. Esfera patrimonial de la patria potestad.

El artículo 154.2º CC, además de establecer la representación legal, establece, como obligación de los padres, la de administrar los bienes de los hijos. Además, y según el artículo 164.1, esa administración la deberán realizar los padres **con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.**

De esta administración se encuentran excluidos, tal y como establece el propio artículo 164:

1. Los bienes adquiridos a título gratuito, cuando lo ordene de manera expresa el disponente; añadiendo que **Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste** (el disponente) **sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos**, lo que implica el respeto a la autonomía privada de la voluntad. Parece excesiva esta declaración, pues el respeto a la autonomía de la voluntad también conoce ciertos límites; así, y como indica

LACRUZ<sup>354</sup>, hay que entender aplicables los límites impuestos al contrato por el artículo 1255 CC y por la naturaleza de las cosas. *En particular no se entiende válida la disposición que encomiende la administración al propio hijo menor de dieciséis años (por analogía con el número 3º) o, al menos, al hijo notablemente inmaduro para administrar.*

**2. Los bienes adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado<sup>355</sup>.**

**3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiere adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria se-**

---

354. Op.cit. pág.417

355. Son incapaces de suceder por causa de indignidad, según el artículo 761:

**1º Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.**

**2º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.**

**Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.**

**3º El que hubiere acusado al testador de delito al que la Ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.**

**4º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.**

**Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.**

**5º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.**

**6º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.**

**7º Tratándose de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.** En cuanto a las causas de desheredación, debemos tener en cuenta, además del artículo 761 ya visto, los artículos 852, 853, 854 y 855; los tres últimos se refieren a la desheredación de hijos y descendientes, padres y ascendientes y cónyuge, respectivamente.

**rán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.** En cuanto a este párrafo, debemos

aclear que se refiere al hijo mayor de dieciséis años que vive con los padres,

depende de ellos y gana dinero con su trabajo o industria. Si estuviera emancipado, ya se habría extinguido la patria potestad, al igual que si viviere de forma independiente (artículo 319 CC.), por lo que existiría sólo una curatela a favor de los padres. En Capítulos posteriores incidiremos en este tema. Por otro lado, uno de los problemas fundamentales que plantea este punto, es el de distinguir entre administración ordinaria y administración extraordinaria de los bienes. Siguiendo a SACHO REBULLIDA<sup>356</sup>, la distinción vendrá determinada por dos parámetros: *de una parte, la circunstancia de no comprometer en acto ni en potencia la composición **sustancial** del patrimonio administrado....., y, de otra parte, la habitualidad en el tiempo (reiteración periódica, etcétera) y la generalidad en el sector ....; conservación armonizada con **gestión provechosa**.... Y se excluirán aquellos actos que, siendo jurídicamente de administración, tienen, por su importancia o régimen, repercusión económica equiparable a los de disposición; actos aislados y excepcionales, por otra parte: el arrendamiento de inmuebles sometidos a prórroga forzosa es, acaso, el ejemplo más significativo.*

En cuanto a lo que podíamos denominar el régimen jurídico de la administración de los bienes, del propio artículo 164.1 CC ya visto se deduce que los padres ostentarán todas las facultades necesarias para gestionar los bienes, salvo en aquellos casos en que se requiera autorización judicial para su intervención.

Por lo que se refiere a los actos de disposición del patrimonio, parece que, en

---

356. “La patria potestad”, en La reforma del Derecho de Familia del Código Civil español, fascículo 1, Madrid, 1979

principio, los padres ostentan este derecho, aunque, a fin de evitar posibles perjuicios para el patrimonio del menor, en determinadas ocasiones se exige una autorización del juez para llevar a cabo estos actos. En concreto, y atendiendo a lo que establece el artículo 166, los padres necesitarán esa previa autorización en los siguientes casos:

1. Renuncia de derechos de los que sean titulares los hijos. Se refiere tanto a derechos reales (muebles e inmuebles) como a derechos de crédito.
2. Actos de enajenación o gravamen que tengan por objeto bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios. La autorización judicial, en este caso, no es discrecional, sino que requiere que se realice por causa de utilidad o necesidad. Además, hay que recordar que, según el artículo 323, el menor de edad emancipado tiene plena capacidad de obrar salvo para la realización de estos mismos actos, para los que requerirá el consentimiento de sus padres o curador.
3. Por último, no pueden los padres por sí solos repudiar las herencias y legados deferidos al hijo. En el caso en que el juez deniegue la autorización, se entenderá automáticamente aceptada tal herencia o legado que se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario.

Por otro lado, el propio artículo 166.3 establece algunas excepciones a esta autorización judicial; así, no será necesaria cuando el menor haya cumplido dieciséis años y consienta en documento público y, respecto a la enajenación de valores mobiliarios, cuando su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Como venimos indicando, la autorización judicial debe ser siempre previa, por causa justificada y para un acto concreto. El Juez, antes de tomar una decisión, debe siempre dar audiencia al Ministerio Fiscal y oír al hijo, cuando tenga juicio

suficiente y, en todo caso, cuando sea mayor de doce años. El problema fundamental que se plantea es dilucidar qué ocurre si los padres actuaran sin esa previa autorización cuando ésta es necesaria. Una parte de la doctrina entiende que el acto sería nulo, aunque otros (LACRUZ entre ellos), entienden que puede convalidarse.

En cuanto a los frutos que produzcan los bienes de los hijos, ya hemos visto con anterioridad como el artículo 165 al hijo no emancipado la titularidad de los mismos, aunque los padres podrán destinar una parte al levantamiento de las cargas familiares, sin tener que rendir cuentas de los mismos. Por esto mismo, habrá que entregar a los padres los frutos de aquellos bienes sobre los que no tengan la administración, salvo los indicados en los números 1 y 2 del artículo 164 y aquellos que hayan sido donados o dejados a los hijos para su educación o carrera. De todas formas, si los padres carecen de medios propios podrán solicitar al juez que les conceda una parte de los mismos; en concreto, y según dicción literal del artículo 165 *in fine*, **los que en equidad proceda**.

Por lo que se refiere a la extinción de la administración, podemos distinguir dos grupos de causas; por un lado, aquellas que dan lugar a la extinción de la patria potestad, es decir, las que dan lugar al cese en la titularidad y el ejercicio, y a las que no referiremos posteriormente; y, por otro, aquellas que pueden afectar a la administración de forma particular. Son estas las que nos interesa analizar en este momento. Lo primero que hay que aclarar es que no afectan a la totalidad de la patria potestad, sino que sólo lo harán a la facultad de administración. Según el artículo 167, **Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador**. Nota característi-

ca de esta regulación, es que el legislador no especifica cuáles son las medidas concretas que podrá adoptar el Juez, por lo que se entiende que podrán ser de toda índole y condición, no necesariamente reguladas por ley y que es un ejemplo de atribución legal de amplios poderes al Juez y de gran margen al arbitrio judicial.

Por último, regula el Código, en el artículo 168 la posible responsabilidad de los padres como administradores de los bienes de los hijos; así, establece: **Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años.**

En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos.

Hemos de analizar, en primer lugar, qué sujetos están legitimados para solicitar esa rendición de cuentas. CASTÁN<sup>357</sup>, citando a PRADA, entiende que al hablar la norma de *los hijos*, sólo ellos estarán legitimados para exigir tales cuentas, no pudiendo, por tanto, hacerlo sus herederos, aunque sí podrían proseguir la acción que el hijo hubiera ya iniciado. Para LACRUZ<sup>358</sup>, el hijo está legitimado cuando la extinción de la patria potestad se produzca por emancipación; pero entendiendo que también puede producirse por otras causas en las que la extinción se produce sólo respecto del titular, y que ya analizaremos, el legitimado será el nuevo representante legal del menor, como puede ser el adoptante o el reconocedor impugnante de la anterior filiación; también el supuesto en que cese sólo la administración, mas se mantenga el resto del contenido de la patria

---

357. Op. Cit. pág. 321-322.

358. Op. cit. pág. 420-421.

potestad, pudiendo, el nuevo administrador nombrado por el Juez, solicitar tal rendición de cuentas.

Esta rendición de cuentas es consecuencia de la naturaleza de función que tiene la patria potestad, En este caso, los padres no tienen sólo el derecho, sino *el derecho-deber* de administrar de una forma correcta y adecuada el patrimonio de los sometidos a patria potestad. Se trata, además de una responsabilidad conjunta, solidaria, pues conjunto y solidario es también el ejercicio de la patria potestad.

No se dará esta rendición de cuentas respecto al destino que hayan dado los padres a los frutos de los bienes de los hijos o a los que adquiera con su trabajo o industria, para el levantamiento de las cargas familiares, según hemos visto que establece el artículo 165 CC.

En cuanto al plazo de tres años que se establece, la doctrina parece coincidir al afirmar que se trata de un plazo de caducidad.

## 6. Vicisitudes de la patria potestad.

Con este nombre nos referimos a todos aquellos acontecimientos o sucesos que pueden darse a lo largo de la patria potestad y que suponen una alteración en su normal desenvolvimiento.

Distingue CASTÁN<sup>359</sup>, al hablar de los **modos de extinción de la patria potestad**, entre modos *absolutos* y modos *relativos*. Los primeros, implican causas de extinción propiamente dichas, extinguen la patria potestad en sí misma,

---

359. Op. cit. pág. 330 y siguientes.

mientras que los segundos son causas de pérdida de la patria potestad, por lo que extinguen la patria potestad sólo respecto a la persona que la ejerce.

Desde este punto de vista, serían *modos absolutos*, los siguientes:

1. Muerte o declaración de fallecimiento de los padres, artículo 169.1º. Falleciendo los titulares de la patria potestad, o, en su caso, el titular único, no habrá sujetos que la ostenten, por lo que se extingue. Si el hijo fuera todavía menor no emancipado o incapacitado, en el sentido que después veremos, será necesario establecer un sistema tutelar alternativo a la patria potestad.
2. Muerte o declaración de fallecimiento del hijo, artículo 169.1º.
3. Emancipación del hijo, artículo 169.2º. Hay que tener en cuenta que, según el artículo 314 CC. la emancipación tiene lugar:

**1. Por la mayor edad**

**2. Por el matrimonio del menor**

**3. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad**

**4. Por concesión judicial**

Además, el artículo 322 establece que **El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código;** y que el artículo 323 indica que **La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimiento mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.**

De todo lo dicho se desprende que el primer supuesto (mayoría de edad con plena capacidad) es el que produce verdadera extinción de la patria potestad, pues aunque en el resto también haya extinción absoluta, los padres siguen ejerciendo determinadas funciones, las del artículo 323 CC, que se asemejan a las del curador. Por supuesto ello no es óbice para que entendamos extinguida tal institución.

Los *modos relativos*, serían:

1. Adopción del hijo, artículo 169.3º. El Código incluye esta causa dentro de las de extinción genéricas, pero nosotros coincidimos con Castán en que se trata de una extinción relativa o *pérdida* de la patria potestad sólo para los titulares (los padres por naturaleza) pero no para el hijo, pues pasa a depender de otro titular, en este caso el adoptante o los adoptantes. Más aún cuando a partir de la reforma del Código civil de 1987, se consagra como principio fundamental de la adopción la total integración del adoptado en la familia adoptiva y la consiguiente ruptura absoluta del vínculo jurídico que mantenía con su familia natural, tal y como establece el artículo 178.1 CC. De todas formas y como ya hemos indicado, y se verá más ampliamente en el Capítulo correspondiente, existe la salvedad establecida por el artículo 178.2 CC

2. Por sentencia dictada en causa criminal, artículo 170 CC.

3. Por sentencia dictada en causa matrimonial, artículo 170 CC. También se establece así en el artículo 92.3, según el cual, **En la sentencia** (de separación, nulidad y divorcio) **se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.**

4. Por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, artículo 170 CC. Se trata por tanto de un proceso seguido

directamente con el fin de privar a uno o ambos progenitores de la patria potestad.

En estos tres últimos casos, la causa que provoca la privación es el incumplimiento grave o reiterado de esos deberes<sup>360</sup>. A modo de ejemplo, la Jurisprudencia determina, como causas de privación en causa criminal, el cumplimiento de condena por los delitos de estupro y abusos deshonestos cometidos sobre la otra hija del matrimonio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 9 de mayo de 1995); denuncias de agresiones y malos tratos a la madre y a las hijas comunes, existiendo sentencia penal por un delito de maltrato familiar (Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 9 de julio de 2002); la condena del padre por delito de parricidio en la persona de su esposa y madre de los menores (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996);

---

360. Existe algunas Sentencias de las Audiencias Provinciales que establecen, como norma general, que la privación de la patria potestad **no constituye una sanción para el padre que incumple los deberes inherentes a su función, sino una medida de protección para el hijo, que debe ser adoptada sólo cuando le sea beneficiosa.** (Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 19 de febrero de 1999). No estamos de acuerdo con esta aseveración. Aunque es cierto, como ya hemos advertido, que el principio del *favor filii*, debe informar y presidir cualquier decisión que se adopte respecto de los hijos, y por tanto, también en esta sede, no lo es menos que el sentido del artículo 170 es, también, y además, sancionar, castigar, las conductas impropias e inadecuadas, muchas veces delictivas, de los progenitores. Por supuesto, siempre y cuando beneficie al menor. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996 establece, en su Fundamento Cuarto, que **el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca claramente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma..** También la Sentencia del mismo órgano de 18 de octubre de 1996, también en el Fundamento Cuarto, indica que **la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo..**

etc<sup>361</sup>. En cuanto a las causas de privación aceptadas en causa matrimonial, podemos citar, entre otras, el incumplimiento absoluto de las cargas familiares y el régimen de visitas a la hija menor pactadas en el Convenio regulador (Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 8 de enero de 1998); comportamientos contrarios a la obligación de educación y formación integral de los hijos, prevaleciendo siempre el interés del menor, aunque no exista sentencia en causa penal que lo indique (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de octubre de 1999); incumplimiento de las obligaciones impuestas en sentencia de separación y abandono (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de febrero de 1999 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de mayo de 2001); etc.

Si la privación se refiere a uno solo de los cónyuges, el otro mantendrá su posición, por lo que no habrá extinción de la patria potestad, sino sólo pérdida. En el caso en que se prive al único titular, o a ambos, el menor deberá ser sometido a una institución tutelar.

Junto a la extinción en sus variadas formas, debemos referirnos, aunque sea brevemente por que ya lo hicimos con anterioridad, a la **exclusión** de la patria potestad. Simplemente recordar que el artículo 111 CC establece la citada exclusión a los progenitores en dos casos:

---

361. Cuando menos resulta curiosa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de febrero de 1999 (AC 1999/3998), por la que estima el recurso planteado por un padre que ha sido privado de la patria potestad sobre su hijo de cuatro años en base a una condena por dos delitos contra la libertad sexual, siendo las víctimas dos hijas menores de la actora, pero no del condenado. Según la Sentencia que citamos lo que se expone **es la privación de la patria potestad por el temor, por la posibilidad de que** (el recurrente) **llegue a actuar con su hijo en forma parecida a como lo hizo con las niñas; es patente que el comportamiento sexual** (del recurrente) **fue sobre delictivo, abyecto, pero ha sido condenado y ha cumplido condena, y no es riguroso presumir que actuará de forma similar con quien es hijo suyo y varón, y menos riguroso es privarle por esa presunción o tenor de la patria potestad..... En definitiva.... el temer a una hipotética actuación de futuro no puede basar la privación de la patria potestad...**

1. Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme (violación).
2. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

Es el último supuesto el que merece un comentario más en profundidad. Tiene establecida la Jurisprudencia que este precepto, que contiene verdaderas sanciones civiles, debe interpretarse sobre la base del principio de *favor filii*, y que excluye al progenitor de la patria potestad y demás funciones tuitivas; **la exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso.** (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1999). Específicamente, la actuación que se penaliza es la del progenitor que se opone a la demanda, no señala que se opone a expensas del resultado de la prueba pericial biológica, sino que, más aún, se niega a someterse voluntariamente a ella y sólo cuando se le notifica la sentencia se aquieta, decide no apelarla y solicita que se le designe una cuenta corriente para abonar la pensión.

Esta exclusión será inicial, por lo que no existe verdadera extinción ni privación<sup>362</sup>; realmente lo que ocurre es que no se le otorga, desde el principio, la titularidad de la patria potestad.

Supuestos también que debemos analizar son los de **suspensión** de la patria

---

362. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1999, ya citada, indica que **excluir la patria potestad a quien no la ejerció por no ser padre declarado del menor, no equivale a privarle de la patria potestad, concepto que comporta haberla ejercitado incurriendo en causa suficiente.**

potestad. Esta posibilidad, sí venía regulada antes de la reforma de 1981 en el Código, artículos 170 y 171, pero no tras la citada reforma. En la actualidad sí que podemos considerarla incluida, pues la nueva redacción del artículo 172.1 párrafo 3º, fruto de la reforma producida en virtud de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, y en sede de desamparo, establece que, **La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.** Como tendremos oportunidad de analizar más adelante, y ya hemos hecho en otras obras<sup>363</sup>, no deja de llamar la atención que, por primera vez se establezca legalmente una compatibilidad entre dos instituciones antagónicas como son la patria potestad y la tutela. Y decimos antagónicas porque, hasta esa fecha, la tutela era exclusivamente una institución de protección de menores e incapacitados que se daba sólo cuando no existiera patria potestad, que se entendía siempre preferente.

Pueden incluirse, además, como causas de suspensión de la patria potestad, la ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, según establece el artículo 156.4º CC, y la privación temporal cuando así lo impongan los Tribunales, según los artículo 156.2º y 170.1º CC.

Habla también CASTÁN de una posible **modificación** de la patria potestad. Con ello se refiere a los supuestos que SANCHO REBULLIDA, en la obra de LACRUZ ya citada, distingue como:

1. *Concentración*, que se producirá cuando haya pérdida privación o suspensión en uno de los titulares y no en el otro. Como supuestos específicos cita la muerte, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, según los

---

363. *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, ya citado en nota anterior.

artículos 156.4º y 169.1º CC, y los desacuerdos reiterados entre los padres o cuando concurra causa que entorpezca gravemente el ejercicio conjunto, según el artículo 156.2º.

2. *Redistribución*, que es cuando el contenido normal de la patria potestad se asigna en exclusiva a cada uno de los titulares. Serían los supuestos de desacuerdos reiterados o grave entorpecimiento ya visto, en los de separación, según el artículo 156.5, y en los de cambio de titular de la potestad de guarda, según establece el artículo 158.2º.

3. *Alteración*, que es cuando el juez adopta providencias a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda o para seguridad o recaudo de los bienes de los hijos en los casos de administración paterna peligrosa, según establecen, respectivamente, los artículos 158.2º y 167.

4. *Comunicación*, que se produce cuando el hijo es adoptado atendiendo a los requisitos del artículo 178.

Es posible que, tal y como se desprende del artículo 170.2, los titulares de la patria potestad privados de ella puedan recuperarla. En este sentido, y como requisitos esenciales y necesarios, es preciso que haya cesado la causa por la que se determinó tal privación y que el Tribunal entienda que se produce en beneficio e interés del hijo<sup>364</sup>. Además, puede recuperarse también el ejercicio

---

364. Así lo entiende, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 31 de mayo de 1994, para quien **el principio básico que debe presidir las resoluciones judiciales en esta materia no es otro que el bien, la protección e incluso, la simple conveniencia de los hijos....., especialmente cuando se encuentran en los primeros años de su vida, en los que se empiezan a consolidar afectos y rechazos así como su personalidad consciente, su carácter y, en definitiva, toda la serie de cualidades morales en la que se integrará, etapa tras etapa, a lo largo de su vida.....** Además, y en lo que nos parece más relevante, estima

de la patria potestad en los supuestos siguientes:

1. Por resolución judicial que ponga fin a la suspensión decretada.
2. Por el fin del plazo por el que se decretó la suspensión (artículo 156.2)
3. Por la reaparición del progenitor declarado ausente.
4. Por resolución judicial sobre el cese de la incapacitación del progenitor.
5. Por cese de su imposibilidad para el ejercicio de la patria potestad.
6. Por reconciliación de los padres separados, salvo que el juez, basándose en una justa causa, entienda lo contrario (artículo 84).
7. Por vida en común de los padres no casados (artículo 156.5)
8. Cuando el padre o la madre declarados fallecidos reaparezcan.
9. Porque se decrete la finalización del desamparo.
10. Porque se termine con la guarda administrativa solicitada por los padres por justa causa, o establecida por decisión judicial.

Por último, y en cuanto a estas vicisitudes que analizamos, debemos referirnos a los *efectos* que provoca la extinción de la patria potestad.

En gran medida, los efectos dependerán de si se ha producido verdadera extinción, privación o pérdida de la patria potestad. En principio, la terminación de la patria potestad, por cualquiera de las fórmulas antes vistas, no extingue la obligación de alimentos de los padres hacia los hijos, como se desprende del artículo 143 CC, ni tampoco el deber de respeto que deben los hijos a los padres, según el artículo 155.<sup>1º</sup>, *in fine*.

---

la propia Sentencia que no sólo debe tenerse en cuenta el beneficio del menor, sino también el del propio progenitor; en este caso concreto padece una enfermedad mental de carácter cíclico con períodos maníacos de duración inferior a un mes y que durante los períodos inercrisis o inerfases puede hacer una vida normal. Por ello entiende el juzgador que la comunicación con el hijo o su prohibición puede contribuir a que mantenga o pierda su estabilidad emocional, **con lo que, en este segundo supuesto, la relación con el hijo acabaría deteriorándose paulatinamente y perdiéndose definitivamente.**

La privación de la patria potestad por decisión judicial, regulada en el artículo 170 CC, puede motivar la desheredación del progenitor del que se trate, según el artículo 854.1<sup>a</sup>, así como por parte del otro cónyuge, artículo 855.2<sup>a</sup>. Por último, si el progenitor ha sido privado de la patria potestad en causa criminal por haber abandonado, prostituido o corrompido a los hijos, será considerado incapaz para suceder por causa de indignidad, según el artículo 756.1<sup>o</sup>.

## 7. Prórroga y Rehabilitación de la patria potestad.

En principio, como ya hemos advertido, la patria potestad termina con la mayoría de edad del hijo (artículos 169.2<sup>o</sup> y 314.1<sup>o</sup> CC), y es en ese momento cuando adquiere la plena capacidad de obrar (artículo 322 CC.). Pero no es menos cierto, que en algunas ocasiones el mayor de edad puede no tener plena capacidad, por sufrir enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí mismo (artículo 200 CC.). Para estos casos, históricamente se ha venido utilizando la figura de alguna de las instituciones tutelares, preferentemente la tutela (artículo 222 CC), aunque no siempre con éxito, por los problemas que en el Capítulo correspondiente veremos.

Para solucionar tales deficiencias, el legislador, en la reforma de 1981 del Código civil, decidió crear dos instituciones que, novedosas en nuestra legislación, ayudaran a solventar el problema; nos referimos a la **prórroga** y a la **rehabilitación** de la patria potestad.

Así, el artículo 171 CC., en su primer párrafo, dispone: **La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera**

**menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente Título.**

De lo dispuesto en este artículo podemos deducir que, la prórroga de la patria potestad en sentido estricto, se produce respecto de los hijos que son incapacitados durante su minoría de edad, cuando lleguen a la mayoría de edad; mientras que la rehabilitación se produce respecto de los hijos mayores de edad, solteros, que convivan con sus padres y que son incapacitados, recordemos, una vez que ya son mayores de edad, por lo que la patria potestad ya se había extinguido.

Además, la prórroga exige vigencia de la patria potestad en el momento de la mayoría de edad, por lo que no puede prorrogarse si el menor está emancipado o si ambos progenitores han sido excluidos, privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

La rehabilitación exige la soltería del hijo, pues en caso de estar casado se establecería una tutela a favor del cónyuge, y la convivencia con sus padres o con cualquiera de ellos. No cabe establecer la rehabilitación si los padres han sido excluidos, privados o suspendidos de la patria potestad, pero si la recuperaran, se extinguiría la tutela establecida y se restablecería la patria potestad.

Tanto la prórroga como la rehabilitación se rigen, en principio, por lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, y, subsidiariamente, por las reglas normales de la patria potestad.

Un problema que se nos plantea en este punto, sobre todo respecto a la rehabilitación de la patria potestad, es saber si existe automatismo en cuanto a su establecimiento, o lo que es lo mismo, si dándose los requisitos del artículo 171,

obligatoriamente, ha de imponerse esa rehabilitación. El problema no es baladí, pues son numerosos los supuestos en los que la declaración de incapacitación se produce cuando el enfermo tiene ya una cierta edad y los progenitores con los que conviven son de edad avanzada. En estos casos, es corriente que los progenitores rechacen la idea de hacerse cargo de nuevo de la patria potestad, prefiriendo el establecimiento de una tutela a favor de un tercero, normalmente un familiar. La Jurisprudencia ha dado soluciones contradictorias. Así, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 22 de abril de 2002 establece que *Los argumentos de la parte carecen de relevancia para la resolución del litigio siendo indiferente si procedería nombramiento de tutor o de curador porque el nombramiento de estos sólo tendría cabida en supuestos distintos al presente, es decir por razón de vida autónoma e independiente del incapaz mayor de edad respecto de sus padres, falta de convivencia entre estos y aquél o porque no esté soltero, o por las causas que menciona el mismo artículo 171, circunstancias todas ellas que han sido apreciadas por la juez a quo y así se derivan de las pruebas obrantes por lo que habiéndose instado la incapacidad por la madre, que fue promotora del expediente, y quien manifestó que su hijo vivía con ella, constando, además, en autos el mismo domicilio, no existen obstáculos para denegar la prorroga de la patria potestad, medida imperativa impuesta por la Ley, y sin que la manifestación, vertida por primera vez en el escrito de recurso respecto al estado de salud de la madre, sea razón suficiente para acordar la petición que solicita....* En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de enero de 2001, que indica que *Sucede, entonces, que se dan los presupuestos y requisitos legales recogidos en el art. 171 del CC, párrafo primero, según el cual en los supuestos de los hijos mayores de edad, solteros y que convivan con sus padres o alguno de ellos, se rehabilitará la patria potestad que será ejercida por quien correspondiera si el hijo fuera menor de edad. **Opera, pues, y automáticamente por Ministerio de Ley y sin que se precise declaración judicial en procedimiento aparte, la rehabilitación de la patria potestad, a la***

**que queda sometido el hijo mayor de edad incapacitado**, pues es claro el fundamento de la institución, basado en la Natural relación paterno-filial. En sentido contrario parece manifestarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de noviembre de 1998, según la cual *El artículo 171 del CC, que contempla la figura de la rehabilitación de la patria potestad, remite para su ejercicio a lo que la sentencia disponga y subsidiariamente a las reglas del título VII del CC «de las relaciones paterno-filiales»*. Y en su primer artículo, el 154, no define con rasgos precisos cuál es el fin de la patria potestad pero sí cómo debe ser ejercida, no coincidiendo plenamente con la razón de ser de la figura jurídica de la incapacitación, pues mientras la patria potestad, de inicio tiene una función a desarrollar en tanto en cuanto el hijo adquiere su propia independencia al llegar a la mayoría de edad y con ella su plena capacidad de obrar, con repercusión en el mundo del derecho, e incluso de preparación para conseguir su independencia personal en todos los órdenes, la incapacidad, que requiere de pronunciamiento judicial, viene motivada por una carencia, siempre provocada por una deficiencia física o psíquica que impide a la persona gobernarse por sí misma. Esta situación legalmente sancionada puede ser revisada en cualquier momento, pero requerirá de un nuevo procedimiento que declare su extinción, siendo condición indispensable para la declaración de incapacidad el carácter de la persistencia, es por ello, que se ha dicho que en tanto en cuanto la figura de la patria potestad responde a la protección de unos intereses de los hijos, hasta que éstos puedan desenvolverse por sí mismos, fijándolo en los 18 años de edad, quien deba proteger los intereses de un incapaz, deberá estar dotado de unas cualidades que en un principio no tiene establecido «a priori» la fecha de su extinción, por lo que deben ser examinadas con suma cautela las posibilidades de cara al futuro de continuar con su función, añadiendo que, en el caso sometido a la consideración de la Sala, nos encontramos, con un incapaz, diagnosticado de esquizofrenia, con síntomas activos crónico delirantes-alucinativos, no respondiendo al tratamiento, que cuenta con 55 años, y una madre de 83 años, que aun cuando pueda gozar de

*buena salud, y pueda atender materialmente a su hijo, en el quehacer cotidiano, no parece dispuesta, y esta apelación es prueba de ello, a asumir las responsabilidades, que la rehabilitación de la patria potestad, ineludiblemente conllevan, y a quien ni siquiera se ha oído, en el procedimiento iniciado a su instancia, y a la que no se puede imponer tan importante carga.*

En cuanto a las causas de extinción de ambas figuras, el artículo 171 las regula en el párrafo segundo; según éste, serían:

1. Muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.
2. Por la adopción del hijo.
3. Por declararse el cese de la incapacitación.
4. Porque el incapacitado contraiga matrimonio.

Si se extingue, pero se mantiene la incapacitación, se constituirá la tutela o la curatela correspondiente.

## **8. Especial referencia a la regulación de la patria potestad en el Derecho foral.**

Uno de los temas más controvertidos y, a la vez, apasionantes que adornan el Derecho civil en España, es la existencia de los denominados *Derechos civiles, forales o especiales*, tal y como los denomina el artículo 149.1.8o de nuestra Constitución de 1978. No es éste ni el momento ni el lugar de hacer un análisis profundo de tan espinoso problema; baste decir simplemente que, en la actualidad, son tres las Comunidades Autónomas que, en su legislación, contienen normas sobre esta institución. Veamos, someramente, cada una de ellas.

### **8.1. Aragón.**

La Compilación de Derecho Civil de Aragón fue aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril y reformada, posteriormente, por Ley 3/1985 de 21 de mayo; y es en los artículos 9 a 14, dentro del Título II denominado **de las relaciones entre ascendientes y descendientes**, donde se contempla la regulación del instituto que nos ocupa. Como características esenciales, podemos destacar:

1. Se altera la denominación del instituto, al hablar del **deber de crianza y autoridad familiar en los padres**<sup>365</sup>, según el artículo 9 de la Compilación.
2. Se otorga a los padres, permitiéndose que se realice de forma conjunta o separada, **según los usos sociales o familiares o lo lícitamente pactado al respecto**, art. 9. De los que se deriva, que se admiten pactos sobre el ejercicio de tal autoridad familiar.
3. Si existiera divergencia entre los padres a la hora del ejercicio, podrán estos elegir entre dos opciones:

- a) que decida la **Junta de Parientes**<sup>366</sup>
- b) que decida el **Juez de Primera Instancia del domicilio familiar**.

Teniendo en cuenta que, si no hay acuerdo sobre quién debe decidir, la decisión se deja en manos del Juez.

---

365. Es lo que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 31 de mayo de 1994 (AC 1994/932) establece como **consuetudine regni non habemus patriam potestatem**.

366. Regulada en los artículos 20 y 21 de la Compilación, deberá ser constituida por el Juez; si no estuviera previamente determinada, el Juez la formará con dos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar, con el límite del cuarto grado, teniendo en cuenta el mayor contacto con la casa y la proximidad de parentesco. Además, y según establece el número 5 del artículo 20, **Sin necesidad de previa constitución formal podrá reunirse y acordar válidamente la Junta de Parientes cuando, hallándose juntos sus miembros, decidan por unanimidad bajo fe notarial para asunto o asuntos determinados. No estando determinada su composición, dicha Junta la formarán los dos más próximos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar, prefiriendo, en igualdad de grados, al de más edad.**

En cuanto a su constitución y funcionamiento, establece el artículo 21: 1. **Una vez constituida, fun-**

4. Cuando el hijo lo sea de uno solo de los cónyuges y convivan en la misma casa, podrá el conviviente ejercer la autoridad cuando así lo solicite el otro; teniendo en cuenta que el hijo, por justa causa, podrá solicitar a la Junta de Parientes o al Juez que le exonere de tal autoridad, según establece el número 3 del artículo 9.

5. Se prevé la privación judicial de la autoridad familiar o de su ejercicio, artículo 10, aunque no se establecen las causas, por lo que será de aplicación lo dispuesto en el Código civil al respecto.

6. En este caso, la autoridad corresponderá a los abuelos, los hermanos mayores del menor o el cónyuge no progenitor **del bínubo premuerto**<sup>367</sup>.

7. La designación corresponderá en exclusiva al Juez, quien oír a los interesados y atenderá preferentemente al interés del menor<sup>368</sup>.

8. En cuanto al régimen patrimonial el hijo menor de edad goza de la plena propiedad y el disfrute de los bienes que adquiera, así como de los frutos y productos; en cuanto al levantamiento de las cargas familiares, **gastos de crianza**

---

**cionará la Junta en la forma que los vocales decidan, tomando sus acuerdos por mayoría absoluta de quienes la integran. De los acuerdos, tomados conforme al leal saber y entender de los asistentes, se levantará acta, que firmarán éstos.**

**2. En caso de empate, en las localidades donde la costumbre no atribuya la decisión al Párroco o a otra persona determinada, decidirá el Juez de Paz, donde no exista el de Primera Instancia, o la persona de la familia en quien delegue.**

**3. El Juez de Primera Instancia decidirá en todos los demás casos en que no se logre acuerdo, pudiendo ser oídos los vocales de la Junta.**

**4. En los casos en que por precepto expreso de esta Compilación algún asunto haya de someterse indistintamente a la Junta de Parientes o a la Autoridad judicial, transcurridos un mes, en el primer supuesto, desde que fue instada la constitución de la Junta sin que se haya conseguido, o sin haber obtenido acuerdo, se podrá optar por acudir a la decisión judicial.**

<sup>367</sup>. El término **bínubo** se refiere al casado por segunda vez.

<sup>368</sup>. **Al mejor cuidado y atención al menor**, según dicción literal del número 4 de este artículo 10.

**y educación** los denomina la Compilación en el artículo 11.2, serán atendidos con los frutos de tales bienes.

9. Los padres gozan de la administración de los bienes de los hijos, salvo la de aquellos para los que ordenó otra cosa quien se los transmitió por título lucrativo.

10. En cuanto a la disposición de esos bienes, y respecto al menor de catorce años, se estará a lo dispuesto por quien los cedió por título lucrativo. Si no se dijo nada, lo ostentarán los padres, salvo para los bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos, para los que requerirá autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia.

11. Respecto a la representación legal, la del hijo menor de 14 años la ostentan los padres titulares de la autoridad familiar. Requerirán de autorización judicial para poder rechazar cualquier atribución gratuita que se haga al menor.

12. En cuanto al menor de edad mayor de 14 años, existen ciertas especialidades. Según el artículo 5, aunque no esté emancipado, podrá celebrar por sí toda clase de actos y contratos, aunque con la asistencia de uno solo de sus padres, tutor o Junta de Parientes; si no le asisten, el acto será anulable. Además, si existe conflicto de intereses con uno de sus padres, le representará el otro, y si es con los dos, la Junta de Parientes. Por último, si vive de forma independiente, tendrá la libre administración de todos sus bienes<sup>369</sup>.

## **8.2. Navarra.**

La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, también denominada Fuero

---

369. Se trata, como podemos ver, de una figura parecida a la regulada por el artículo 319 del Código civil, y que se suele denominar como emancipación por vida independiente.

Nuevo, fue aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, y posteriormente modificada, en los artículos que aquí nos interesan, por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

La patria potestad viene regulada en el Título V, Leyes 63 a 67, y observa, en lo que más nos interesa, las siguientes características:

1. La titularidad corresponde, de forma conjunta, al padre y a la madre, sobre los hijos menores de edad o incapacitados.

2. El contenido de la patria potestad, al igual que en el Código civil, se distribuye en una esfera personal<sup>370</sup>, patrimonial<sup>371</sup> y en la representación de los hijos<sup>372</sup>. Característica propia del Derecho navarro es la inclusión de un párrafo por el que se establece la obligación de los padres de salvaguardar y defender los intereses y expectativas de los hijos concebidos y no nacidos, **e incluso de los no concebidos**. Respecto a los hijos son sus obligaciones las de respetar siempre a los padres, obedecerles mientras estén bajo su potestad y contribuir al levantamiento de las cargas familiares, mientras convivan con ellos.

3. El ejercicio de la patria potestad será conjunto, salvo pacto en contrario, admitiéndose la actuación individual cuando se trate de necesidades ordinarias de los hijos, según las circunstancias familiares y el uso del lugar, o cuando exista

---

370. Ley 63: 1) **Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación.**

371. Ley 63: 3) **Administrar y disponer de sus bienes en las condiciones que establece la ley 65 y usufructuarlos dando a los frutos percibidos las aplicaciones que demanden el interés de los hijos a quienes pertenecen los bienes y el de la familia a cuyo sostenimiento han de contribuir en la proporción adecuada.**

372. Ley 63: 2) **Representarlos en cuantos actos les conciernan y no puedan legalmente realizar por sí mismos, salvo que guarden relación con bienes cuya administración no corresponda a los padres y sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 64.**

urgente necesidad. En los casos de desacuerdos puntuales, la atribución de la facultad de decidir la tendrá, a solicitud de los padres o los Parientes Mayores<sup>373</sup>, o el Juez. Si los desacuerdos son reiterados, será el Juez quien atribuya el ejercicio exclusivo a cualquiera de ellos o reparta las funciones, por un plazo máximo de dos años.

4. Se regula la figura del defensor judicial (Ley 64). La única diferencia con el Código civil es que no será necesaria su intervención cuando las discrepancias se refieran al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales o de nombramientos de heredero y donaciones con pacto de convivencia entre donantes y donatarios.

5. En cuanto a la administración de los bienes de los hijos por los padres, se establecen algunas excepciones<sup>374</sup>, regulándose la posibilidad de retirar tal función por parte del Juez cuando su actuación ponga en peligro el patrimonio, así como una rendición final de cuentas.

6. Con respecto a la disposición de los bienes de los hijos, también recoge la Compilación Navarra algunas excepciones en las que los padres requerirán autorización judicial, siendo la característica diferenciadora el que se recojan actos para los que no será necesaria tal autorización; así, **la cancelación de hipoteca u otra garantía real consecuyente al cobro del crédito asegurado**.

---

373. Se trata de una institución propia del Derecho navarro, regulada en el Título XV de la Compilación, Leyes 137-147.

374. Ley 65: 1) **Los bienes objeto de liberalidad cuando quien la otorgue excluya la administración de los padres. Podrá también el otorgante excluir el usufructo de los padres y establecer el régimen que estime conveniente para la administración y disposición de aquellos bienes, incluso excluir la necesidad de autorización judicial y de intervención de defensor judicial.**

2) **Los adquiridos mortis causa cuando el padre, la madre o ambos no pudieron adquirirlos por incapacidad a causa de indignidad. Estos bienes serán administrados por el otro progenitor y, en su defecto, por un administrador judicialmente designado.**

**rado, para la retroventa por ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario, ni para cualesquiera actos de disposición que hayan de cumplirse obligatoriamente**, según la Ley 65. No se requiere autorización judicial para aceptar por sí mismos disposiciones a título lucrativo a favor de los menores, aunque sí para rechazarlas, no siendo necesaria tampoco ninguna autorización si el hijo menor de edad, mayor de dieciséis años, consiente en documento público.

7. Las causas de extinción son las mismas que en el Código civil, estableciéndose, como nota distintiva, la posibilidad del **renacimiento automático** de la patria potestad, cuando el hijo declarado fallecido reaparezca antes de cumplir la mayoría de edad. También si quien reaparece es el progenitor declarado fallecido, antes de la mayoría de edad del hijo.

8. La capacidad del menor emancipado es, como en el Código, casi plena, excluyéndose una serie de actos para los que requiere la asistencia de cualquiera de sus padres, de los Parientes Mayores o del curador<sup>375</sup>.

9. Se establece la privación de la patria potestad, total o parcial, por los Tribunales, así como su posible recuperación, siempre atendiendo al interés del hijo.

10. Se regulan la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad, siempre por ministerio de la ley.

---

375. Son estos actos, según la Ley 66: **tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, o sus elementos esenciales, u objetos de valor extraordinario**; también se requiere la autorización para comparecer en juicio que verse sobre esos actos o tenga por objeto bienes de esas clases.

### 8.3. Cataluña.

Aunque la Compilación de Derecho civil de Cataluña fue aprobada por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, la regulación de la patria potestad se encuentra formulada por Ley 9/1998, de 15 de julio del Código de Familia, siendo ésta a su vez reformada, entre otras leyes, por la Ley 3/2005, de 8 de abril. Además, en la actualidad, se encuentra en discusión en el Parlamento de Cataluña el Proyecto de Ley por el cual se aprueba el Libro Segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia que, por lo que parece, está destinado a sustituir a la regulación anteriormente señalada. Intentaremos, por un lado, referirnos a la legislación actualmente vigente, indicando los principales cambios que el Proyecto pudiera introducir.

Lo primero que llama la atención es el cambio de nomenclatura. El Código de Familia denomina a la patria potestad como **potestad del padre y de la madre**, en consonancia con la Ley 12/1996, de 29 de julio, de Potestad del padre y de la madre, al entender que es una terminología más acorde con la realidad actual, en que la titularidad y el ejercicio de esta potestad son normalmente compartidos por el padre y la madre. Por el contrario, el Proyecto lo denomina **potestad parental**, entendiendo que esta terminología se ajusta mejor a la nueva realidad jurídica que posibilita el establecimiento de relaciones de filiación entre cónyuges o convivientes en unión estable de pareja del mismo sexo<sup>376</sup>.

Aparte de lo indicado, podemos citar como características esenciales, las siguientes:

---

376. La propia Exposición de Motivos del Proyecto rechaza el término responsabilidad parental utilizado por alguna norma anterior, al entender que éste es demasiado amplio y recoge derechos y obligaciones conferidos tanto a personas físicas como jurídicas e instituciones tales como la tutela, la curatela, la simple guarda o los derechos de relación y visita.

1. La potestad viene determinada por la filiación prevista jurídicamente.
2. Como consecuencia de la ley de 2005 se establece un nuevo apartado 2 del artículo 132 del Código de Familia, por el que se establece que, si los sujetos que tienen la potestad son del mismo sexo, se denominarán madres, si son mujeres, y padres, si son hombres.
3. Se establece como una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, debe realizarse siempre en beneficio del hijo.
4. Se impone el deber de oír a los hijos cuando se tomen decisiones que les afecten directamente, cuando sean mayores de doce años y cuando, siendo menores de esa edad, tengan suficiente conocimiento.
5. Posibilidad de intervención judicial de oficio para evitar al menor cualquier perjuicio, pudiendo adoptar las medidas que estime convenientes, entre ellas, el nombramiento de un defensor judicial. Además, se especifica la legitimación de los hijos, los padres, aunque no tengan la potestad, los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado por consanguinidad y hasta el segundo por afinidad, y el Ministerio Fiscal, para solicitar la adopción de las medidas antes citadas.
6. Se reconoce el derecho a relacionarse con los hijos, aunque los padres no tengan el ejercicio de la potestad, salvo caso de adopción o cuando así lo establezca la ley o una resolución judicial. El Proyecto habla también de una resolución administrativa para el supuesto de los menores desamparados. Este derecho puede ser suspendido, modificado o denegado por la autoridad judicial si las relaciones perjudican al menor o existe justa causa. Para este caso, el Proyecto entiende que concurre justa causa cuando el hijo o la hija son víctimas directas o indirectas de violencia de género en el marco de esas relaciones. Por último, el anteproyecto añade un nuevo párrafo a este artículo (135 del Código de Familia,

236-4 en el Proyecto) por el que, para el caso de los menores en situación de desamparo, la entidad pública competente, podrá establecer la forma en que se lleve a cabo esta relación, pudiendo suspenderla temporalmente si conviene al propio menor.

7. Añade el Proyecto un nuevo artículo (236-5), en el que regula las relaciones del menor con los abuelos y otros parientes.

8. Respecto a la privación de la potestad, lo más novedoso viene reflejado en el Proyecto; éste, artículo 236-6, entiende que existe incumplimiento grave de los deberes propios de la potestad parental, como causa de privación, cuando el hijo o la hija menores o incapacitados son víctimas directas de la violencia de género en las relaciones familiares; además, y para el supuesto de los menores declarados en desamparo, se entiende que hay justa causa, si no hay motivo que lo justifique, no manifestar interés por la persona del menor o incumplir el régimen de relaciones personales durante un período de un año; en este caso, será la entidad pública la que deba instar el procedimiento de privación. En todo caso, la privación de la potestad no afecta a la obligación de asistencia a los hijos menores ni la de prestarles alimentos en sentido amplio.

9. Se establece el ejercicio conjunto como regla general, y el ejercicio individual por acuerdo; se admite la actuación individual de acuerdo con el uso social o las circunstancias familiares o por urgente necesidad. En el caso de administración ordinaria, se presume que el que actúa lo hace con el consentimiento del otro, presunción que no se da en los actos de administración extraordinaria, es decir, aquellos para los que se requiere autorización judicial.

10. En el caso de desacuerdos se repite la norma ya vista para el Código civil y la Compilación de Navarra, por lo que nos remitimos a lo allí indicado.

11. Importante nos parece destacar la regulación del actual artículo 139 del Código de Familia, que en el Proyecto aparece como el 236-11. En él se contempla el supuesto de la vida separada de los padres, regulándose de forma exhaustiva, casi todos los supuestos que se pueden plantear. Se prevé la posibilidad de pactar ambos progenitores en escritura pública la forma en que se va a ejercer la potestad, pudiendo, o bien otorgarlo a aquél con quien convivan los hijos, o establecer un ejercicio conjunto, o, finalmente, hacer un reparto de funciones; teniendo en cuenta que, en cualquier momento, cualquiera de ellos, y mediante notificación notarial, podrá dejar sin efecto este pacto. Estos pactos pueden someterse a aprobación judicial, novedad del Proyecto, y se aprobarán si no perjudican al menor. En este caso, debemos entender que, una vez aprobado, no podrá admitirse un desistimiento unilateral por cualquiera de los progenitores, si no que deberá ser un Juez el que altere el mismo. Si no existiera acuerdo, decidirá el juez tras oír a las partes implicadas, incluido el menor mayor de doce años o que tenga suficiente conocimiento. Además, y en todo caso, el progenitor que en cada momento tenga consigo al menor deberá ejercer la potestad de guarda; se refiere tanto al que la ostente de derecho como de hecho, por ejemplo, cuando se cumpla el régimen de comunicación y visitas. Como regla general, por último, y salvo que el juez entienda otra cosa, el progenitor que esté ejerciendo la potestad, requiere consentimiento, tácito o expreso, del otro, para adoptar decisiones importantes; entre ellas, tipo de enseñanza, variar el domicilio cuando implique apartar al menor del entorno habitual, disposición del patrimonio, etc. Se entiende que hay consentimiento tácito si transcurren treinta días desde que se solicitó el consentimiento, si no hay contestación.

12. Se permite y regula la delegación de guarda por parte de los progenitores en el artículo 236-13 del Proyecto. Como características esenciales podríamos destacar: ha de hacerse en documento público, con motivo suficiente y deben mantener un control efectivo del ejercicio de la guarda por la persona delegada.

13. Asimismo, se impone un deber de información entre los progenitores, atendiendo al tipo de potestad que se haya establecido, artículo 140 del Código de Familia y 236-14 del Proyecto.

14. En cuanto a los progenitores menores de edad, se establece la necesidad de asistencia por parte de los padres o tutor o curador para el ejercicio de la patria potestad, salvo que el menor esté casado con un mayor de edad, respecto de los hijos comunes, o que esté emancipado y tenga más de dieciséis años. Se requerirá la intervención judicial cuando existan divergencias entre el progenitor menor y quien debe asistirle.

15. El contenido personal de la potestad parental, establece un deber genérico de cuidado y uno específico de convivencia, alimentos en el sentido más amplio, educación y formación integral, pudiendo, con motivo suficiente, decidir que el menor resida en lugar diferente del domicilio familiar. Podrán los padres, en el ejercicio de la potestad, corregir a los hijos de forma proporcionada, razonable y moderada, con respeto a su dignidad y sin imponerles sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos; pudiendo solicitar la asistencia de los poderes públicos. Se impone a los hijos un deber de respeto, siempre, y de obediencia, mientras convivan con sus progenitores. Deben también contribuir al levantamiento de las cargas familiares; para ello, los padres podrán destinar a ese fin los frutos de los bienes y derechos que administren, en la parte correspondiente. Si existen bienes excluidos de la administración de los padres, quien la ostente, deberá proporcionar esos frutos. Se excluyen los frutos procedentes de bienes y derechos especialmente atribuidos a la educación o a la formación de los hijos. En cuanto a éstos, sólo se entregarán en la parte sobrante, o si los progenitores no disponen de otros medios, lo que establezca la autoridad judicial, atendiendo a la equidad.

16. Quien ostente la potestad, tendrá la representación legal de los hijos, excep-

tuándose los siguientes actos: los que se refieren a los derechos de la personalidad, salvo que legalmente se establezca otra cosa; los que pueda realizar por sí mismo atendiendo a su edad y, en el caso de prórroga o rehabilitación, los que le permita su capacidad natural; los actos en los que exista conflicto de intereses; los actos relativos a los bienes excluidos de la administración de los progenitores.

17. Ostentan, además, y dentro de la esfera patrimonial de la potestad, la administración de los bienes de los hijos, que deberán ejercer con la diligencia de un buen administrador y atendiendo a la naturaleza y características de los bienes. Están dispensados de hacer inventario, aunque deberán responder de los daños y perjuicios ocasionados por dolo o culpa propia; no tienen derecho a una remuneración, aunque sí a ser resarcidos con cargo al patrimonio de los hijos por los gastos soportados y los daños y perjuicios que les haya producido la administración, salvo que se hayan ocasionado por dolo o culpa propia. Por otro lado, estarán obligados a rendir cuentas al final de la administración, si lo reclaman los hijos o su representante legal; para ello tienen un plazo de seis meses desde que se reclamó la rendición de cuentas, prorrogable por el juez, mediando justa causa, por un máximo de tres meses. Se exceptúan determinados bienes de la administración de los padres, según el artículo 149 del Código de Familia y 236-26 del Proyecto, los cuales se someten a una administración especial (artículos 150 y 236-27). Se requiere autorización judicial para determinados actos (artículos 151 y 236-28), pudiendo, en determinados casos, buscar una autorización alternativa (artículos 153 y 236-30). Si se realizan esos actos sin autorización, serán anulables, caducando la acción a los cuatro años de haber accedido el hijo a la plena capacidad (mayoría de edad, emancipación, o sentencia que lo establezca).

18. La potestad termina por muerte o declaración de fallecimiento de ambos progenitores o de los hijos, por adopción, salvo que lo sean del cónyuge o de la

persona con quien conviva de forma estable, por emancipación o mayoría de edad y pro declaración de ausencia de los titulares o del hijo.

19. Se regulan también la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad. Lo más reseñable, en cuanto a la constitución de la rehabilitación, es que, esta no tendrá lugar si la persona incapaz ha designado tutor o curador por él mismo, o cuando corresponda constituir la tutela o la curatela a favor del cónyuge, de la persona con la que convive de forma estable o de los descendientes mayores de edad. Además, el juez podrá, atendiendo a la edad y situación personal de los progenitores, el grado de deficiencia del hijo, las relaciones entre ellos, acordar la constitución de la tutela o curatela, no prorrogando o rehabilitando la potestad. Y nos parece importante, por que con ello se elimina la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el automatismo de estas figuras y que antes hemos visto en el Código civil. También es novedosa, por último, una de las causas de extinción de la potestad prorrogada o rehabilitada; además de las tradicionales, y que ya conocemos, el artículo 236-36, en su letra e) establece la solicitud de los padres que ejercen esa prórroga o rehabilitación cuando la situación personal y social y el grado de deficiencia del hijo incapaz impidan el adecuado cumplimiento de su función. Terminada la prórroga, y manteniéndose la incapacidad, habrá que proceder a la constitución de la tutela o de la curatela.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General*, EDISOFER, S.L., 16ª edición, Madrid, 2004.
  
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral, Tomo V*, vol. II
  
- LACRUZ BERDEJO et. al., en *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, Ed. Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2005.
  
- LACRUZ BERDEJO et. al., en *Elemento de Derecho Civil, I, Parte General, vol. 3º, Derecho subjetivo, Negocio jurídico*, Ed. Dykinson, 2ªed., Madrid, 2000.
  
- SANCHO REBULLIDA, “La patria potestad”, en *La reforma del Derecho de Familia del Código Civil español*, fascículo 1, Madrid 1979.
  
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel, *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, Ed. F.U.E., Madrid, 2004.

- SERRANO RUIZ-CALDERÓN y RIVERA ÁLVAREZ “Derecho: la patria potestad en el Derecho civil común de España”, en *Perspectivas de Trabajo Social en sus textos (Disciplinas de los estudios de Trabajo Social en los clásicos)*, Lucas y Murillo de la Cueva y Arias Astray, Directores, Ed. Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005.

## CAPÍTULO V: EL MENOR ANTE LAS CRISIS FAMILIARES

### 1. Concepto y Tipos de Crisis Familiares.

El concepto de “crisis familiar” es difícil de definir, puesto que depende de cómo cada familia entienda por convivencia así como de los compromisos asumidos a la hora de establecerla<sup>377</sup>.

Es evidente que el conflicto familiar necesita ser gestionado, pero la intervención que se demande por dicha familia será diferente dependiendo de su propia percepción de la crisis, de las interacciones entre los distintos miembros de la familia y de las necesidades y recursos de la misma.

---

377. En este aspecto es importante la idea de que las parejas realizan entre sí lo que se llama el contrato psicológico, término acuñado por PALACÍ DESCALS, F.J. y TOPA CANTISANO, G.: (VV. AA.) *La persona en la empresa: iniciativas de integración y desarrollo...ob., cit.*, pág. 156, para el ámbito de las relaciones laborales, entre empresario y trabajador, que ha sido trasladado al ámbito familiar. El contrato psicológico se basa en las *creencias individuales* de lo que cada uno de sus miembros quiere que su relación sea y que han sido desarrolladas en virtud de las *promesas intercambiadas* entre los integrantes de la pareja.

Así en unos casos se solicitará una intervención terapéutica en la pareja o individual, en otros casos se solicita apoyo social para solucionar la crisis, mientras que en otros lo que se espera es que dicha ruptura sea definitiva poniendo fin a la relación de pareja existente hasta el momento.

Desde nuestro punto de vista, el derecho, tiene importantes aportaciones en la gestión de una crisis familiar, entre las que destacamos:

- En primer lugar, el derecho ofrece la seguridad de que la ruptura de la pareja, al ser puesta en conocimiento del juez y homologada por el mismo, será manifiesta en todos los ámbitos, jurídicos, sociales, sanitarios, etc.

- En segundo lugar, ofrece a la familia un marco normativo dentro del cual deberán organizar su nueva forma de relación. Esta normativa parte de la falta de la convivencia o del deseo de poner fin a la misma, lo que requiere una nueva forma de organización de las relaciones entre los distintos integrantes de la familia así como del patrimonio que hasta entonces ha sido común.

- Así mismo, ofrece la garantía de una solución al conflicto. Es la propia familia la que mejor conoce sus necesidades, por lo que es quien mejor puede adoptar la decisión respecto a la nueva forma de organización de la misma, siempre que se respete el marco legal ofrecido por nuestro ordenamiento. En el caso de que no consigan ponerse de acuerdo los miembros de la familia, el procedimiento judicial asegura una solución al conflicto decidida por un tercero, el juez.

- Ofrece medidas cautelares y sanciones ante el incumplimiento de algunas de las obligaciones.

- Por último el derecho es el garante de los intereses más necesitados de protección en estos procesos, los menores, de la misma manera que facilita que todos

los miembros de la familia puedan ver reflejados sus intereses en dicha ruptura, estableciendo como reglas principales de esta normativa, entre otras, la igualdad entre los miembros de la pareja y la necesidad de contemplar el interés de los menores en todas las medidas adoptadas.

Existen tres categorías de crisis reguladas por nuestro ordenamiento: la *separación*, el *divorcio* y la *nulidad matrimonial*, las cuales necesitan ser puestas en conocimiento de los tribunales a través del ejercicio de la correspondiente acción procesal, y deben ser declaradas por el juez en la sentencia que concluya dicho proceso.

Mediante la **separación** los cónyuges que contrajeron matrimonio válidamente ponen de manifiesto ante el juzgado la existencia de una situación de crisis familiar, si bien no desean romper el vínculo matrimonial entre ellos. El vínculo conyugal se mantiene, por lo que siguen siendo cónyuges, pero serán de aplicación, a partir de la sentencia de separación, una serie de normas que toman en consideración la especial situación de la familia, motivada fundamentalmente por la suspensión de la vida en común, que conlleva principalmente la disolución de la sociedad de gananciales para establecer el régimen económico matrimonial de separación de bienes (art. 1435.3 CC).

El **divorcio** es una de las formas de disolución del matrimonio, junto con la muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge. En cualquiera de estas tres situaciones el vínculo conyugal existía y por lo tanto el matrimonio se contrajo válidamente. Sin embargo, mediante el divorcio, se pone de manifiesto ante el juzgado que se desea poner fin a dicho vínculo. A partir de la sentencia de divorcio no existirá el matrimonio, dejando desde ese momento ser cónyuges a todos los efectos.

Con la **nulidad** matrimonial se ataca la propia existencia del vínculo matrimo-

nial. La sentencia de nulidad determina la existencia de algún defecto esencial en el momento de la celebración del matrimonio, impidiendo que éste se contrajera válidamente, de forma que realmente nunca existió, si bien desde la celebración existía una apariencia de matrimonio que debe ser protegida (art. 79 CC.).

Con las novedades introducidas en nuestro ordenamiento jurídico mediante la *Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*<sup>378</sup>, se han introducido dos importantísimos cambios respecto a la regulación anterior:

El primero de ellos consiste en la eliminación de una separación o divorcio causal, basados en la necesidad de que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, aquél que desease la ruptura debía justificarla en una de las causas recogidas en el C.c. Actualmente existe una separación o divorcio libre, basado simplemente en el deseo de ruptura de una o ambas partes<sup>379</sup>.

El segundo cambio consiste en la eliminación de una separación judicial necesariamente previa al divorcio. La especial situación de nuestro país en el año 1981, después de una dictadura y con tradición fundamentalmente católica, motivó que no se permitiese un acceso directo al divorcio, sino que se exigía una previa separación judicial o de hecho durante la cual el vínculo matrimo-

---

378. BOE, n° 163, de 9 de julio (RCL 2005, 1471)

379. “En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.

Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación” Exposición de Motivos Ley 15/2005 de 8 de julio.

nial continuaba. La modificación introducida por la ley 15/2005 de 8 de julio consiste en la eliminación de esa precaución después de 25 años de experiencia, de forma que actualmente es posible decidirse desde un primer momento tanto por la separación como por el divorcio matrimonial<sup>380</sup>.

Teniendo en cuenta estas modificaciones, vamos a analizar los requisitos para solicitar tanto la separación como el divorcio según establece nuestro CC. en sus artículos 81 y 86 respectivamente.

Si ambos cónyuges están de acuerdo en la nueva forma de regular su vida familiar después de la ruptura, tanto la separación como el divorcio de *mutuo acuerdo* deberán:

- Ser solicitados por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.
- Transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.
- Es necesario presentar propuesta de convenio regulador redactado según el artículo 90 CC. Este acuerdo de los cónyuges deberá ser aprobado judicialmente, pudiendo el juez denegarlo en caso de que se considere dañoso para los menores o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

Cuando no hay acuerdo en todos o algún aspecto de la nueva vida familiar, tanto la separación como el divorcio deberán seguir los *trámites del procedimiento contencioso*, en cuyo caso los requisitos son los recogidos actualmente en el 81.2 CC.

---

380. "En este último sentido, se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de coste a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales". Exposición de motivos Ley 15/2005 de 8 de julio.

- Se solicitará la separación o el divorcio por uno de los cónyuges, que será el demandante.
- Transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo cuando se acredite la existencia de riesgo para la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.
- Se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación. Sin embargo, las medidas serán necesariamente adoptadas por el juez, según establecen los artículos 91 y 92.

Como vemos, la intervención judicial en estas situaciones de crisis es fundamental y necesaria. Sin embargo, la realidad española ha puesto de manifiesto importantes carencias en las soluciones judiciales de los conflictos familiares, motivada entre otros por las siguientes circunstancias.

En primer lugar, las especiales características que presentan este tipo de conflictos, puesto que enfrentan a personas que mantendrán relaciones en el futuro (se rompe la pareja pero siguen siendo padres). Estos conflictos surgen en un contexto emocional que los refuerza o tienen especiales consecuencias para otros miembros de la familia ajenos al mismo, especialmente los hijos. Estas especiales características han supuesto que los procesos judiciales, lejos de solucionar, en ocasiones potencian o cronifican la conflictividad. Por ello surgen otros mecanismos, denominados extrajudiciales por ser desarrollados al margen del proceso judicial, que tratan de devolver el protagonismo a los integrantes de esa unidad familiar para la resolución de sus conflictos, puesto que nadie mejor que ellos conoce su realidad y sus necesidades. La intervención del juez no debe ser la norma sino la excepción en estos casos. En nuestro país está surgiendo con fuerza la **mediación familiar** como una asistencia por parte de una tercera persona neutral en la negociación de la nueva realidad familiar.

En segundo lugar, los jueces carecen de mecanismos adecuados para el control y sanción de los incumplimientos de las sentencias judiciales, habiéndose demostrado que los medios legales existentes hasta el momento son ineficaces en la mayoría de las ocasiones. Por ello han surgido nuevos recursos como los **Puntos de Encuentro Familiar**, donde se permite una observación y análisis de la problemática del régimen de visitas desde un punto de vista neutral, ayudando al juez a obtener una visión más realista del problema y a buscar otras alternativas más eficaces que aseguren el cumplimiento de los derechos y obligaciones asumidos con la separación o divorcio.

La actividad del juez no es simplemente solucionar el conflicto sino tratar de adoptar aquella solución que se prevea la más favorable para el futuro, fundamentalmente en virtud del interés principal y preponderante en todos estos procedimientos, el interés del menor.

Esta actividad judicial no es producto solo de la reflexión del juez, sino que necesita el apoyo de los peritos, profesionales especializados que intervienen cuando el carácter técnico de la situación así lo requiere. El dictamen de éstos permite no circunscribirse al análisis de los hechos pasados, sino que permiten hacer un “*pronóstico de futuro*” para lo que las leyes de enjuiciamiento resultan insuficientes<sup>381</sup>.

---

381. Así lo manifestaba ORTUÑO, magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, para quien el “enjuiciamiento” en la actualidad tiene nuevas necesidades. La rama del Derecho de familia es aquella en la que la dicotomía de las ciencias sociales tiene mayor intensidad, ya que por una parte “teorizan sobre la realidad empírica y, por otra, tienen vocación de modificar esa realidad, mejorándola. Dicho de otra forma, *el enjuiciamiento no es una actividad decisoria, sino que tiende a ser solucionadora de conflictos y a determinar las pautas por las que ha de regularse la patria potestad (art. 156 del C.Civil) o las relaciones personales futuras de una familia en crisis (arts. 91, 92, 103, 104 y concordantes del C. Civil), no está premiando o sancionando a los litigantes, sino que está tratando de mejorar una realidad existente*, para que unos determinados seres, terceros en litigio, los hijos menores de edad, tengan unas condiciones de estabilidad, seguridad y afectividad adecuadas.”

En las siguientes líneas vamos a analizar algunas de las cuestiones más controvertidas en estos ámbitos así como las últimas novedades introducidas en nuestra legislación con las recientes reformas de julio de 2005.

## **2. Las Medidas en relación a los hijos.**

### **2.1. El Principio del favor filii o interés del menor**

El interés del menor, su concepto, elementos y valor de lo manifestado ha sido ya analizado en el capítulo 2. En las siguientes líneas vamos a tratar de determinar qué problemática tiene la determinación del interés del menor, también conocido como el favor filii, en los litigios entre sus progenitores.

Podemos empezar distinguiendo tres notas características de estos procedimientos:

#### *A) El principio inquisitivo:*

En muchos de los aspectos que deben ser tratados en la crisis familiar, los cónyuges pueden decidir lo que estiman mas adecuado, debiendo intervenir el juez solo en defecto de dicho acuerdo o solo cuando las partes así lo requieran. Sin embargo, la propia existencia de menores obliga a que en otras materias, fundamentalmente las que les afectan, sea necesario un control de las medidas adoptadas, puesto que existe un bien público<sup>382</sup> objeto de una protección singular.

En estas cuestiones no rige el principio de rogación de parte, es decir, son mate-

---

382. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: "Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres" en (VV.AA.) *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, pag. 38.

rias sobre las que el juez se va a pronunciar independientemente de que se le haya solicitado su pronunciamiento (como lo relativo a la guarda y custodia de los menores, el régimen de visitas, a los alimentos de los menores o a la atribución del uso de la vivienda familiar, según establecen los artículos 91 a 94 y 96 del CC.), pudiendo llegar a acordar pruebas de oficio.

*B) Participación del Ministerio Fiscal:*

El Ministerio Fiscal deberá participar siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes (D.A. 8º de la ley 30/1981).

Esta participación se producirá tanto en los procesos contenciosos como en los de mutuo acuerdo, si bien en éstos últimos su participación puede limitarse a informar de su parecer sobre las medidas acordadas, según se puede interpretar de la D.A. 6ª cuando establece “el juez dará audiencia por cinco días al Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos”.

*C) El derecho de audiencia de los menores en los procesos de separación de sus progenitores: la exploración del menor.*

La regulación fundamental de esta materia viene recogida en el artículo 92 de nuestro CC, que ha sido modificado por la *Ley 15/2005 de 8 de julio*.

La audiencia del menor, según la redacción anterior del artículo, debía realizarse tras oírles *si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años*. Ello venía unido a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exigía la audiencia de los mismos en cualquier tipo de procedimiento, tanto de mutuo acuerdo como contencioso.

La nueva redacción del art. 92.2 del CC establece lo siguiente: “El Juez, cuan-

do deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los menores, *velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*". En el punto 6 continúa diciendo "En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y 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, 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 y con sus hijos para determinara su idoneidad con el régimen de guarda".

A pesar de que en un primer momento la modificación del artículo 92 del CC. podría dar a entender que la intención del legislador era eliminar el criterio objetivo de la edad de 12 años estableciendo como único criterio la suficiente capacidad del menor, lo cierto es que este criterio se ha mantenido en otros artículos, como el 156 y 159 del CC, por lo que debe seguir considerándose necesaria su realización cuando el menor tenga más de 12 años.

Esta Ley ha modificado también en su disposición final primera la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que este cambio en la consideración de la audiencia de los menores tenga su aplicación en el derecho procesal. La principal novedad de la modificación producida consiste en eliminar la obligación de que la exploración deba ser realizada en los procesos de mutuo acuerdo, en cuyo caso solo se realizarán si se considera necesario por parte del juez, si bien se ha mantenido su obligatoriedad en los procedimientos contenciosos.

Así, el artículo 777.5 establece para los *procesos de mutuo acuerdo* que "si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio *cuando se estime necesario* de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo técnico Judicial o del propio menor.

Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de 5 días”.

Para los *procesos contenciosos*, el artículo 770 sí establece la obligación de audiencia si tienen suficiente juicio *y en todo caso si son mayores de 12 años*. La ley 15/2005 ha añadido un nuevo párrafo que establece “en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

Todo ello nos permite afirmar que se ha pasado de la consideración de la audiencia del menor como una obligación, a ser considerada como lo que es, un derecho.

Vamos a analizar algunas de las cuestiones más importantes de la exploración de los menores en los procesos de separación o divorcio de sus progenitores:

### *C. 1. Cómo ha de realizarse la audiencia del menor.*

La LOPJM establece en el art. 9.1 in fine que la comparecencia “*debe realizarse de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad*”

El juzgador goza de una gran *libertad en la forma* de realizar esta diligencia dada la falta de regulación al respecto, lo que puede dar lugar a una cierta sensación de falta de criterio. Así, por ejemplo, que en algunos lugares se realiza dentro o fuera del juzgado, con o sin intervención de algún perito (psicólogo), con una gran amplitud de criterio de decisión, forma y tiempo de realización. Sin embargo, y a pesar de esta amplia libertad, se ha generalizado el que no

estén presentes ni los padres ni los abogados y procuradores, tratando de no influir en el menor y creando así un ambiente mas propicio al diálogo.

La forma habitual de realizar la exploración del menor es a través de una *entrevista personal con el juez*, a fin de recabar su opinión acerca de un asunto que le afecta directamente. Sin embargo, compartimos con MIRANDA<sup>383</sup> que esta entrevista debería tener un carácter excepcional, reservada para aquellos menores con alto grado de madurez y comprensión. En caso de considerarla imprescindible, sería preferible que la exploración del menor se realice a través de una *entrevista* con una serie de *profesionales cualificados* adscritos al juzgado que forman parte del Equipo psicosocial del mismo. Estos profesionales deben de emitir un informe donde además de transcribir las manifestaciones del menor pudieran interpretarlas atendiendo al verdadero interés del mismo.

Donde sí hay más consenso es en que el objeto de esta exploración es simplemente conocer la opinión o juicios de valor del menor sobre situaciones que le afectan y que son objeto del proceso en cuestión, por lo que las preguntas del juez han de tener como objetivo conocer única y exclusivamente estos extremos.

Según ponen de manifiesto tanto los juristas<sup>384</sup> como los propios magistra-

---

383. MIRANDA ESTRAMPES, M.: “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales”, en *SEPIN net*, revista, persona y familia. Enero 2005, nº 40, pag. 20.

384. Asimismo relata LOPEZ-MUÑIZ como es normal que el niño empiece como un papagayo a repetir la lección bien aprendida y en el momento en el que se le interrumpe le es imposible continuar. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores....ob., cit., pag. 62 manifiesta que “Si es grande su valoración por los jueces a la hora de decidir, no son menos importantes las acciones que con frecuencia provoca en los padres para intentar influir o convencer de que el niño declare en uno u otro sentido o se produzca de una determinada forma o exprese opiniones respecto de sus propios progenitores con cierto contenido. Las promesas y la amenazas se mezclan sobre el menor, que a una situación difícil como la que vive por la ruptura de su familia, une la de convertirse en el centro y el objeto de influencias y compras y ventas de sus declaraciones y opiniones”.

Es importante preservar la intimidad del menor en virtud del cual el juez podrá seguir diferentes pautas, redactar con mayor o menor amplitud los autos, diligencias etc... pero debe tratar siempre de que lo expresado por el menor no sea objeto de un nuevo conflicto.

dos<sup>385</sup>, en ocasiones es palpable la manipulación que se ejerce sobre los menores, por parte de los propios padres, letrados o familiares que tratan de garantizar un relato por parte del menor adecuado a sus intereses legales.

### *C.2. El sujeto de la exploración: el menor.*

El artículo 2 de la LOPJM, en su apartado 2º establece que *“se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe”*.

De esta forma se está permitiendo **delegar** el derecho a ser oído, lo cual debe interpretarse como la posibilidad de que el menor pueda designar a la persona que quiera que le represente, si tiene suficiente juicio. Esta tercera persona puede ser tanto sus representantes legales (padres o tutores) como una persona designada ad hoc sin que tenga atribuida su representación (se podría pensar en un profesor de clase o un compañero). Se trataría por tanto de que el menor pueda elegir a cualquier persona, siempre y cuando ésta no tenga un conflicto de intereses con el menor (art. 9.2. LOPJM), que en cualquier caso no actuarían como representantes legales sino como un *Nuntius o mensajeros*, dado que deben poder transmitir la información objetivamente.

Continúa el artículo añadiendo *“no obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales”*. No deja de llamar la atención que un derecho perso-

---

385. PILAR GONZALVEZ VICENTE, magistrada del Juzgado de primera instancia nº 29 de Madrid “Se observa reiteradamente, en la práctica la excesiva manipulación que se ejerce sobre los menores coincidiendo con las exploraciones acordadas judicialmente, siendo necesario distinguir entre lo preparado y lo real de la situación que vive el menor en su entorno, valorando su situación, sus deseos, sus relaciones de afecto y comprensión...etc, y dejándole claro que tras valorar todas las cuestiones, la resolución se adopta por el juez que ha de asumirla, procurando dejarle a él al margen para que la relación con sus dos progenitores sufre lo menos posible y no se sienta culpable o responsable de la decisión que se adopte, o de la que se podía haber tomado, de cómo queda después un progenitor y el otro”.

nalísimo como éste pueda ser realizado a través de representante, ya que contradice lo establecido en el artículo 162 del CC, que exceptúa la representación legal de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

### *C.3. El valor de la exploración del menor:*

La característica principal de la audiencia es su **carácter no vinculante** para el juzgador. Éste ha de tener en cuenta todo lo manifestado pero además ha de tener en cuenta otros factores, como las otras pruebas practicadas, la edad del menor, la madurez, el interés del menor (que como ya manifesté antes es mas bien lo que la sociedad o el propio juez considera como mejor para éste), las posibles consecuencias futuras de su decisión. De forma que lo que es imperativo para el juez es la realización de ésta audiencia cuando sea mayor de 12 años o tenga suficiente juicio, pero no será vinculante lo manifestado por el niño<sup>386</sup>.

---

386. *A.P. de Madrid de 5 de Octubre de 1993* respecto al hecho de que el deseo del hijo manifestado en su exploración no vincula la decisión judicial: “ha de prevalecer el criterio del beneficio del menor o interés de los hijos, según proclaman los artículos 92 y 94 de la Ley sustantiva civil, en íntima relación con el artículo 39 de la Constitución Española y la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las N.U. de 20 de noviembre de 1959, y sobre tales principios la juzgadora de instancia accede al cambio de custodia propugnado, criterio no compartido por esta Sala, que entiende que del contexto probatorio operante en autos resulta acreditado que el progenitor más adecuado para ostentar la guarda es el padre, al estar más capacitado para actual e incluso en ocasiones imponer, aun a conciencia de la posible antipatía que de ello pueda entrañar, una serie de obligaciones y deberes no deseados pero necesarios para la formación del hijo como ser humano, lo que determina que ciertas actitudes de los menores mas que responder a un auténtico deseo responsable, sean debidas a móviles de mayor libertad y permisividad, lo cual debe producir a inspirar cautelas en este Tribunal tener en cuenta para alterar, como se accedió por el Juez a quo...” Quizás mas concretamente lo establece la *St. de 27 de Mayo de 1994* “si bien el párrafo 2o del artículo 92 del CC viene a disponer que el Juez adoptará las oportunas medidas sobre el cuidado y educación de los hijos tras oírles, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años, el resultado de dicha audiencia no vincula necesariamente la decisión judicial al deseo manifestado por el menor, habiendo de constituir el mismo un elemento más, aunque ciertamente importante, de valoración de la realidad subyacente sometida en unión con los demás instrumentos probatorios, a la resolución dirimente del conflicto planteado, y que ante todo ha de venir presidida por el principio de bonum filii, que consagra el mismo precepto, en armonía con lo prevenido en el artículo 39.2 de la C.E. y la Declaración

Un aspecto que llama poderosamente la atención es lo establecido en el artículo 9.3 de la LOPJM que establece “*la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, y a aquellos*”. Respecto a la posibilidad de denegar la audiencia nos remitimos a lo manifestado en páginas anteriores<sup>387</sup>.

## **2.2 Las relaciones paterno-filiales: Principales dificultades.**

La existencia de una situación de crisis familiar, independientemente de si se trata de una separación, divorcio o nulidad, requiere la adopción de una serie de medidas que permitan regular la vida familiar a partir de la constatación de la ruptura.

Entre las principales medidas a adoptar se encuentran las relativas a los hijos, tanto los mayores como los menores de edad.

Estas medidas podrán ser acordadas por los progenitores si existe mutuo acuerdo o deberán ser establecidas por el juez en caso de desacuerdo, si bien tanto unas como otras deben recogerse en una sentencia judicial.

### **2.2.1. Patria potestad y guarda y custodia.**

#### *A. Titularidad y ejercicio de la patria potestad: la guarda y custodia compartida.*

Una de las cuestiones más importantes a la hora de regular la vida familiar

---

de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea general de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1959...”

Asimismo la St de 7 de marzo de 1995 establece que la audiencia de los hijos menores no constituye un medio de prueba en sentido técnico, por lo que su contenido puede permanecer bajo el solo conocimiento del Juez.

387. Vid supra, capítulo 2.

después de una situación de crisis familiar es precisamente la determinación de cómo se van a ejercer a partir de entonces los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, cuya *titularidad* ostentan *ambos* progenitores.

El artículo 154 establece como contenido de la patria potestad las siguientes facultades y deberes:

1º. *Velar por los menores*, entendido como toda clase de cuidados materiales y morales.

2º. *Tenerlos en su compañía*, manifestando la necesidad de una relación interpersonal continuada.

3º. El deber de *prestarles alimentos*, entendido no solo como alimentación, sino también vestido, habitación, asistencia sanitaria, etc.

4º. Procurarlos una *educación y formación integral*.

5º. *Representarlos y administrar sus bienes*.

Como hemos dicho, la titularidad de la patria potestad la ostentan ambos progenitores, siendo un derecho no disponible por sus titulares, lo que supone que los progenitores no pueden renunciar a estos derechos o facultades. En todo caso podrán ser privados de la patria potestad por una sentencia judicial (art. 170 CC.), pero nunca por voluntad propia.

Sin embargo el *ejercicio* de esos derechos y facultades sí puede ser “distribuido”. El artículo 156 CC establece que mientras el matrimonio se encuentra bien avenido “*la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro*”.

Será a partir de la sentencia de separación o divorcio cuando todos estos derechos y deberes tendrán que ser ejercidos de una forma diferente a como se venían haciendo antes de la situación de crisis. Así el artículo 156 continúa estableciendo

que en caso de crisis familiar “*si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del toro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio*”.

Esta materia ha sufrido una importante y polémica modificación con la ley 15/2005 de 8 de julio, al introducir en nuestro derecho la posibilidad de solicitar la **guarda y custodia compartida**.

Para ello debemos entender primero qué es la guarda y custodia. Si analizamos detenidamente el texto del código civil antes de la modificación referida, no encontrábamos recogida la expresión guarda y custodia. El art. 90, que se refiere al convenio regulador, habla de *cuidado, ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas, comunicación y estancia* de los hijos con el progenitor que no viva con ellos. El art. 92 se refería al *cuidado y educación y al ejercicio de la patria potestad*, el art. 94 se refiere a *tener a los hijos consigo* y el 159 se refiere al *cuidado*.

Es en la *Ley de Enjuiciamiento civil de 1/2000*, donde se hace referencia por primera vez a la guarda y custodia (art. 748.4º, 769.3 y 770.6o), y en la modificación realizada por la ley 15/2005 se utiliza la expresión como guarda del menor.

Es difícil, ante la falta de regulación del concepto de guarda y custodia, determinar qué facultades encierra la misma. Ante esta situación podemos distinguir dos posturas doctrinales:

Para una parte de la doctrina, como RIVERO HERNANDEZ<sup>388</sup>, se considera

---

388. RIVERO HERNANDEZ, F.: “Comentario a los artículos 92 a 94” en Rams Albesa, J y Moreno Flores, R.M. (Coord), *Comentarios al Código Civil*, II-1º Libro Primero (Títulos I a IV), Barcelona, 2000, pag. 917.

que la guarda y custodia es lo mismo que el ejercicio de la patria potestad, si bien con alguna limitación, dado que “la primera se refiere al aspecto personal, convivencial, inmediato del cuidado de los hijos, mientras que el segundo se reduce a la responsabilidad integral sobre el menor o facultad de decisión respecto de los temas que le afecten”. Es decir, que atribuyendo la guarda y custodia a uno de los progenitores se le atribuyen concentradas todas las facultades que encierra el ejercicio de la patria potestad, aunque algunas de ellas también quedan en manos del no conviviente porque así lo establezca el Juez o la ley.

Para otra parte de la doctrina, entre los que se encuentra RIVERA ÁLVAREZ<sup>389</sup>, la guarda y custodia tiene una identidad total con el concepto de “cuidado” de los hijos. Manifiesta el autor que “partimos de que la atribución de la guarda y custodia no significa la concentración del ejercicio de la patria potestad sobre un único padre conviviente. Y ello por cuanto el ejercicio comprende algunas decisiones sobre la educación, formación y respecto a la salud de los hijos que deben seguir siendo compartidas por ambos, el conviviente y el que no lo es”<sup>390</sup>. Es interesante como GODOY<sup>391</sup> utiliza un concepto restringido de la guarda, como derecho –obligación de cuidar al menor sin más, denominándolo potestad de guarda, y que según manifiesta es el modelo de guarda español.

Independientemente del postura que asumamos, lo cierto es que la guarda y custodia del menor no consiste más que en tener los *derechos y deberes* necesarios para el desarrollo de la *convivencia o vida en común* (responsabilidad in

---

389. RIVERA ALVAREZ, J.: “La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil”, en *Cuadernos de Trabajo Social* Vol 18 (2005), Ed. Universidad Complutense de Madrid, pags 137-162.

390. RIVERA ALVAREZ, J.: “La custodia compartida....ob. cit., pag. 142.

391. GODOY MORENO, A.: “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada” en (VV.AA), *Diez Años de Abogados de Familia, La Ley*, Madrid, 2003, pags. 321 y 322.

392. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres”.....ob., cit., pags. 45-46 “La custodia queda ligada fundamentalmente a la convivencia y, en consecuencia, a las decisiones diarias sobre la salud, ecuación y la disciplina y el orden común de vida (...). En cuanto a la educación, la formación

vigilando, decisiones de urgencia o cotidianas<sup>392</sup>...). Estas facultades se ostentan en virtud de la convivencia o estancia, aunque sea corta, con el menor, y permiten que el padre que le tiene a su cargo, sea responsable de su asistencia y cuidado así como el libre desarrollo de actividades ordinarias, sin tener que recabar el consentimiento del otro progenitor, asumiendo de forma individualizada la responsabilidad durante estos periodos.

Ciertamente, alguna de las facultades que encierra el ejercicio de la patria potestad se mantendrán en ambos progenitores independientemente de con cual de ellos se encuentre el menor, dado que la patria potestad trata de asegurar la asistencia y el cuidado del menor, independientemente de con quien conviva el mismo, y por lo tanto estas obligaciones se mantendrán por ambos progenitores dado que ambos son titulares de la patria potestad.

Podríamos por tanto decir que la guarda y custodia atribuye al progenitor que se encuentre con el menor, las facultades derivadas del ejercicio de la patria potestad que se requieren por razón de la convivencia y para facilitar la misma.

Si ambos progenitores viven juntos la guarda y custodia *se comparte*, mientras que si ambos progenitores viven separados la guarda y custodia *se reparte* o *se sucede*. Lo manifestado nos adentra en el análisis de la guarda y custodia compartida, que, a pesar de los evidentes fallos y de la polémica generada por su reconocimiento expreso en la ley 15/2005 de 8 de julio, ha motivado una interesante discusión sobre la atribución de la guarda y custodia en los procesos de separación de los progenitores.

---

y la salud habría que distinguir entre aquellas determinaciones cotidianas, de menor importancia y trascendencia, da las que impliquen mayores consecuencias o riesgos. Aquellas quedarían en la patria potestad, y estas últimas entrarían en la custodia o cuidado". Desde nuestro punto de vista es al contrario, las decisiones de menor trascendencia respecto a la educación, formación o salud se incluyen dentro de la guarda y custodia, y aquellas de mayor trascendencia en la patria potestad.

Ya antes de esta modificación existía la posibilidad de acordar una sucesión en la custodia de los menores, si bien no se utilizaba la expresión “guarda y custodia compartida”. Incluso se llegó a apreciar de oficio en la sentencia de la AP 379/1999 Valencia, sección 6º, de 22 de abril, recurso de apelación nº371/1998 393.

La nueva redacción dada al 92 del Código Civil es la siguiente:

*“5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos*

---

393. AC 1999/4941, en el fundamento de derecho sexto se afirma “Sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos (art. 92, párrafo segundo), deberán los tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los hijos, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores”. Esta decisión es concretada en el fundamento octavo al manifestar “En el caso de autos, tanto el padre como la madre desean cuidar de sus hijos. De otro lado ese derecho-deber de cuidar y tener en su compañía a los hijos menores, recae con la misma intensidad en la madre y en el padre, sin que quepa hacer distinciones en función de la edad de los niños, o el sexo del progenitor, pues la ternura, el cariño, la alegría, la paciencia, o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo de uno o de la otra; muy al contrario, los dos pueden, y deben, ejercitarse en ellas potenciándose en beneficio de sus hijos.

Desde esta perspectiva, dos exigencias deben enmarcar la decisión que se adopte; de un lado, atender al interés de los niños, que es el más necesitado de protección y que implica también la conveniencia de no separar a los hermanos (art 92, párrafo 4º del Código Civil), de otro, no desnaturalizar la relación interpersonal. Por ello se hace preciso establecer un régimen de custodia compartida en el que las figuras materna y paterna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada.

Así, estimando que ambos progenitores tienen la capacidad para cuidar adecuadamente a sus hijos, debe atribuirse su guarda y custodia, alternativamente, al padre los meses pares y a la madre los meses impares; el progenitor que en el correspondiente mes no tenga encomendada la guarda y custodia podrá tener a los niños en su compañía los fines de semana alternos, de 10 de la mañana del sábado a las 20 horas del domingo, y todos los martes y jueves desde la salida del colegio por la tarde - durante los periodos vacacionales se entenderá desde las 17 horas hasta las 20 horas; este régimen no sufrirá variación durante las vacaciones escolares. Sin perjuicio de lo cual, serán adoptadas conjuntamente por ambos progenitores las decisiones relativas a elección del centro escolar, sometimiento a intervenciones quirúrgicas, participación en viajes o actividades de riesgo, o cualesquiera otras que puedan afectar gravemente al armónico desarrollo de los niños.

En definitiva, se trata de instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres, que le permita estar segura de que aunque estos se hayan separado, ninguno se ha separado de él”.

*cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador 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, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando estime necesario de oficio o a petición del 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 y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

*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 partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

*8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuesto 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 solo 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, relativo a la idoneidad del modo de*

*ejercicio de la patria potestad y régimen de custodia de los menores”.*

La primera observación que podemos hacer a esta modificación es la propia utilización del termino “guarda y custodia compartida” en las situaciones de falta de convivencia de los progenitores. Para que esta fuera compartida, también la convivencia de los padres debía ser común. *Se comparte la custodia cuando se comparte la vida.* Por lo tanto, en realidad debemos hablar de compartida cuando existe un matrimonio o pareja bien avenido.

En los procesos de separación o divorcio defendemos, siguiendo a ZARRALUQUI<sup>394</sup>, la consideración de una **guarda y custodia sucesiva**. Con la ruptura se termina la convivencia, por lo que a partir de entonces los progenitores tendrán que sucederse en el cuidado diario del menor, debiendo también sucederse en las *responsabilidades y deberes* en función de cómo se desarrolle la convivencia.

La dificultad estiba ahora en determinar qué forma de organización familiar estamos recogiendo cuando hablamos de guarda y custodia compartida.

La situación clásicamente defendida hasta hace poco tiempo en los juzgados consistía en la atribución de la guarda y custodia de los menores a uno de los progenitores, generalmente la madre, y el establecimiento de un régimen de visitas respecto del no conviviente, generalmente el padre. Esta situación se conoce en la práctica forense como *guarda unilateral*<sup>395</sup>.

Sin embargo han ido surgiendo nuevas formas de organización familiar, que

---

394. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “Las reformas legales que nos esperan” en (VV. AA.) *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2005, pags., 62 y ss.

395. GODOY MORENO, A.: “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada” en (VV.AA), *Diez Años de Abogados de Familia, La Ley*, Madrid, 2003, pags. 316.

desde nuestro punto de vista pueden todas ellas encuadrarse dentro del concepto de guarda y custodia compartida establecida por el artículo 92 del CC.

Así en unos casos se habla de *guarda y custodia repartida o distributiva*, que consiste en un reparto de los hijos entre el padre y la madre.

Podemos hablar de *custodia compartida*, cuando se atribuye la convivencia de los menores a los progenitores por periodos breves de tiempo como pueden ser días o semanas.

La *custodia alterna o alternada*<sup>396</sup> se puede entender como la atribución de la convivencia con los menores durante periodos más largos, como pueden ser meses o años.

Últimamente se plantea en los juzgados con cierta frecuencia la posibilidad de que los menores sean los que permanezcan de forma estable en un domicilio siendo los padres los que se alternen en la convivencia con los menores en dicho domicilio. Sin embargo esta posibilidad es rechazada también con cierta frecuencia<sup>397</sup>. Las motivaciones de los progenitores a la hora de solicitar esta medida son fundamentalmente provocar el menor cambio posible en los menores, manteniendo todo igual, hasta su residencia. Sin embargo, esta solución no solo es más cara, puesto que cuando los progenitores no pernoctan con los menores desean tener cada uno un domicilio, lo que supone en realidad mantener tres residencias, sino que tampoco parece muy adecuado desde el punto de vista personal.

---

396. GODOY MORENO, A.: "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada" ...ob. cit., pags. 326.

397. RIVERA ALVAREZ, J.: "La custodia compartida....ob. cit., pag. 155.

La principal dificultad se encuentra en la falta de intimidad de los progenitores, dado que deberán llevar vidas separadas en un entorno común, unido al hecho de que es posible que en un futuro surjan nuevas parejas que evidentemente no estén dispuestas a compartir dicho espacio, donde difícilmente tendrán cabida. Los menores, por su parte, se pueden encontrar sin referencias del otro progenitor cuando éste haya salido del domicilio, sin conocer el lugar donde vive cuando no está con ellos. Es frecuente que los menores se adapten mejor a otro hogar que asuman como referencia del contacto con alguno de sus progenitores, que no una alternancia de ambos en el lugar que fue referencia de una vida común.

Entre las **ventajas** de la guarda y custodia compartida podríamos encontrar las siguientes:

- Este tipo de guarda evita tanto la estigmatización de uno de los progenitores, el “visitador”, como la atribución del poder absoluto al “custodio”.
  
- Los menores comparten con ambos progenitores un tiempo de igual calidad, donde se encuentran que ambos progenitores comparten las responsabilidades. La tradicional forma de entender la guarda y custodia puede conllevar, bien por decisión propia bien de forma impuesta por el otro progenitor, que los progenitores solo asuman las responsabilidades necesarias para desarrollar el papel otorgado, de forma que los derechos y obligaciones del progenitor que no convive con los menores quedan relegados al ocio de sus hijos, quedando para el progenitor custodio las decisiones fundamentales en la vida de los mismos. La guarda y custodia compartida permite un reparto adecuado de roles y responsabilidades, permitiendo a ambos disfrutar de los derechos y obligaciones por partes iguales. Este tipo de guarda fomenta la corresponsabilidad parental,

asumiendo ambos la importancia que el otro tiene en el desarrollo de la personalidad del menor y transmitiendo a sus hijos la importancia y el respecto al espacio del otro.

Este tipo de guarda asegura, tal y como establece la sentencia de la AP 379/1999 Valencia, sección 6º, de 22 de abril, recurso de apelación nº 371/1998, “instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres, que le permita estar seguros de que aunque estos se hayan separado, ninguno se ha separado de él”.

Entre las **dificultades** que podemos encontrar podemos nombrar las siguientes:

- Uno de los motivos por los cuales la jurisprudencia no acuerda la guarda y custodia compartida es por la consideración de que este tipo de custodia priva a los hijos de una estabilidad en los aspectos más elementales de su vida que parece imprescindible para su normal desarrollo (SAP Alicante 7 de julio de 1987). En este sentido el interés del menor estaría por encima del interés de los padres.

- No se puede establecer una guarda y custodia compartida en cualquier situación de ruptura de la pareja.

El artículo 92 en su apartado 7 establece *“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”*. Parece evidente que no sería conveniente establecer la guarda y custodia en estos casos, dado que existen elementos que el impedirán

ejercitar la patria potestad con normalidad, así que mucho menos una guarda y custodia compartida.

Pero tampoco será conveniente en el resto de los casos si no se dan una serie de circunstancias que hagan prever que este tipo de régimen puede funcionar.

En primer lugar, estamos de acuerdo con GODOY en que no sería conveniente adoptar este tipo de guarda y custodia, aunque las partes lo hayan solicitado, en los procedimientos contenciosos<sup>398</sup>. Y ello a pesar de que el artículo 92, en el párrafo 8, establece que el Juez podrá establecer la guarda y custodia compartida aún sin que exista un acuerdo de ambos progenitores (como exige el apartado 5) sino que podrá acordarla a solicitud de alguno de los progenitores, requiriendo en este caso informe favorable del Ministerio Fiscal.

La conflictividad presente y previsiblemente futura de los progenitores impide el establecimiento de un sistema de guarda y custodia que requiere de por sí una relación con el otro progenitor fluida y una comunicación constante y responsable. El respeto a la participación y la figura del otro progenitor es necesario en este tipo de medida. En los casos donde existe una gran conflictividad entre los padres se corre el riesgo de que ésta aumente y se radicalice en el trato

---

398. GODOY MORENO, A.: “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada” ...ob. cit., págs 339 y 340. afirma “no nos parece posible que el Juez pueda adoptar una guarda y custodia alternada en un pleito contencioso, aunque una de las partes lo haya solicitado; y ello porque la posibilidad de fracaso de dicho régimen, en la practica es importante: se trata de un sistema que exige ante todo, buena compenetración entre los progenitores respecto de los hijos, y lo encarado de las posturas que se da en un pleito contencioso, no es ni por asomo, el mejor caldo de cultivo para esa mutua comprensión que exige la custodia alternada. El Tribunal está constreñido por el principio del favor filii; decretar una custodia alternada contra la oposición de uno de los progenitores, supondría introducir una fuente de conflictos adicional a las que de por sí se dan ya con los sistemas tradicionales de atribución de guarda y régimen de visitas respecto de cada progenitor e implica atentar contra ese principio del beneficio del menor, tendiendo en cuenta que tal sistema de guarda vendría desde el principio destinado a fracasar y a cuestionarse en sede de ejecución de sentencia. El juez podrá conceder, eso sí, un régimen de visitas más o menos amplio, pero no debe acceder al régimen de custodia compartida en estos casos litigiosos”.

diario con el otro así como que dicha conflictividad sea trasladada al menor, por lo que no parece la solución más adecuada.

El establecimiento de la guarda y custodia compartida se vivió por los padres como la posibilidad de recuperar unas visitas con sus hijos y una autoestima perdida a lo largo de todo un duro y largo proceso penal. Las asociaciones de padres separados veían en esta medida la solución a una situación “injusta” donde las mujeres hacían y deshacían la relación con sus hijos a su antojo.

Sin embargo, hay que apuntar que este tipo de guarda y custodia exige una relación de partida entre ambos progenitores cuanto menos cordial. Es por ello que la guarda y custodia compartida se rechaza cuando ésta es solicitada contradictoriamente, sobretodo si el progenitor no ha podido conseguir que se le atribuya unitariamente a el en primer lugar<sup>399</sup>.

En segundo lugar, a pesar de que la guarda y custodia compartida se solicita de mutuo acuerdo por ambos progenitores, no en todos los casos es conveniente esta forma de organización familiar, dado que la misma necesita una serie de elementos esenciales.

La práctica francesa ha manejado una serie de criterios muy interesantes a la hora de establecer lo que ellos llaman la “residencia alternativa” que sin duda deberán ser tomados en cuenta por nuestra jurisprudencia a la hora de valorar o no la conveniencia de esta medida<sup>400</sup>:

- La proximidad de residencia de ambos progenitores.

---

399. RIVERA ALVAREZ, J.: “La custodia compartida...ob. cit., pag. 154.

400. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “Las reformas legales que nos esperan” en (VV. AA.) *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2005, pags 66 y 67.

- La disponibilidad de los padres, es decir, que tenga los horarios, asistencia familiar o profesional y las habilidades para atender al menor.
- Una identidad de criterios educativos y formativos, buscando que se trate de dos hogares semejantes y no completamente dispares, lo que podría vulnerar el equilibrio necesario del menor.
- Y, de nuevo, que la relación de los progenitores no haga prever una conflictividad que pueda trasladarse a los menores.

Todos estos problemas han motivado que el artículo 92 exija una valoración de la situación por parte del juez. Entre los criterios para determinar si es conveniente o no se ha establecido por el artículo:

- Será necesario recabar el informe del Ministerio Fiscal, tanto cuando la petición se haga de mutuo acuerdo por los cónyuges como por uno solo de ellos (art. 92.6 y 8).
- Podrá oír al menor cuando tenga suficiente juicio, bien cuando así lo considere el juez, bien cuando se solicite el Ministerio Fiscal, el Equipo Técnico del Juzgado o el propio menor (art. 92.6).
- El juez podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y el régimen de guarda y custodia compartida (art. 92.9). Entre estos especialistas se encuentran, a nuestro juicio, el Equipo Técnico del Juzgado y el Equipo Técnico de los Puntos de Encuentro Familiar.

*B. El principal problema: la vinculación de la guarda y custodia a la atribución de la vivienda familiar.*

Según se establece en artículo 96 del Código Civil, a falta de acuerdo de los cónyuges “el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario en ella corresponde a *los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”.

Este artículo supone, por un lado, la concesión a los hijos de la titularidad de un derecho de uso sobre la vivienda familiar, y por otro, no tanto la atribución del mismo derecho de uso a uno de los cónyuges (el que conviva con los menores) sino la privación del mismo al otro (el que debe abandonarlo).

Así entendido, surgen un sin fin de preguntas que no tienen una fácil respuesta, al menos desde el punto de vista técnico jurídico. Entre otras, ¿se trata de un derecho atribuido a los menores mientras lo son?, si no es así, es decir, si no lo pierden al alcanzar la mayoría de edad ¿hasta cuando lo disfrutan?, ¿es necesario tener su consentimiento para cualquier disposición sobre la vivienda?

Lo cierto es que este artículo encierra el caballo de batalla de la mayoría de los procesos de separación o divorcio. En la actualidad la vivienda se está convirtiendo en un bien de lujo. Acceder a una hipoteca de forma individual es prácticamente impensable para la gran mayoría de los españoles con renta media, más aún cuando la separación o el divorcio conllevan necesariamente un aumento de los gastos ordinarios de la familia. Quedarse en el que hasta el momento era el domicilio conyugal se puede convertir en una cuestión de supervivencia para el que se queda y de profunda injusticia para el que es privado de su derecho a usarla.

La actual redacción del artículo ha permitido que este caballo de batalla, puramente económico, se vea encubierto por un conflicto más “aceptado socialmente”, que es la lucha por la custodia de los menores.

Este artículo se limita a atribuir el uso al menor y al cónyuge al que se atribuya

la custodia, sin tener en cuenta ninguna de las situaciones que pueden decidir la justicia de otra decisión, como por ejemplo la disponibilidad de otras viviendas, la proximidad de otros parientes o allegados, la existencia de título de propiedad o alquiler, etc. Tanto es así que cuando existen varios hijos y estos se distribuyen entre sus padres, el artículo se limita a decir que el juez “resolverá lo procedente”.

En caso de que no existan menores, en principio el uso de la vivienda se atribuye al cónyuge que tenga la titularidad, *salvo* que el otro tiene un interés necesitado de protección, en cuyo caso se le otorgará temporalmente a éste. El “tiempo que prudencialmente se fije”, tal y como establece el CC., ha de ser determinado por el juez, pero tampoco establece los criterios de esa prudencia. Llama la atención que no se prevea la fijación de un plazo para uso de la vivienda cuando éste corresponde a los hijos menores de edad y cónyuge en cuya compañía queden. Sin embargo, el cónyuge que no solicita la custodia y por lo tanto tampoco el uso de la vivienda puede razonar en la demanda porqué debería limitarse ese uso.

Es sorprendente que no se haya aprovechado las numerosísimas y trascendentes modificaciones realizadas por la *ley 15/2005 de 8 de julio en materia de separación y divorcio* para introducir todas estas cuestiones ampliamente conocidas y denunciadas en el ámbito del derecho de familia.

Llegados a este punto resulta muy interesante apuntar la propuesta de redacción del artículo 96 dada por la Asociación de Abogados de Familia<sup>401</sup>:

*“En defecto de acuerdo aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico podrán adjudicarse a uno de los cónyuges, con exclusión*

---

401. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “Las reformas legales que nos esperan” en (VV. AA.) *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2005, pags. 85 y 86.

*del otro, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:*

- 1. El número y circunstancias, personales y económicas, de los hijos comunes o no, menores e incapacitados encomendados a su cuidado y de los mayores con derecho a alimentos, que deciden vivir en su compañía.*
- 2. El título en virtud del cual se ocupa la vivienda.*
- 3. La titularidad ganancial o privativa, de uno o de ambos cónyuges.*
- 4. La existencia de alguna otra familia en dicha vivienda.*
- 5. La disponibilidad por alguno de los cónyuges de alguna vivienda, susceptible de albergar a la familia, en la misma localidad o aledaños.*
- 6. La concurrencia en la misma vivienda de actividades profesionales, industriales o comerciales por parte de uno de los cónyuges o por ambos.*
- 7. Las cargas reales de la vivienda o la parte del precio que reste por satisfacer.*
- 8. El valor del inmueble.*
- 9. El patrimonio, ingresos y deudas de los cónyuges, comunes y privativos.*

*La atribución del uso, cuando no sea de titularidad exclusiva del beneficiario de este derecho, deberá realizarse en la sentencia por un plazo determinado o hasta el cumplimiento de la condición o condiciones que extingan este derecho.*

*El juez, teniendo en cuenta las circunstancias citadas podrá acordar la venta de la vivienda con carácter inmediato a partir de un plazo que señalará. Esta venta, en defecto de otro acuerdo de los cónyuges, se efectuará en pública subasta. También podrá ordenar la división material de la vivienda, cuando sea susceptible de ello, determinando la forma de afrontar los gastos que ello conlleve.*

*En la misma forma y teniendo en cuenta las mismas circunstancias, el Juez podrá determinar el uso, excluido o compartido, de las residencias secundarias que utilicen los cónyuges y sus hijos, determinando a cargo de quien serán los gastos de mantenimiento de las mismas.*

*El derecho de uso de la vivienda o residencias secundarias, cuando no sea de titularidad exclusiva del beneficiario de este derecho, se extinguirá:*

- 1. Por el transcurso del plazo o cumplimiento de la condición señalados por el Juzgado o pactado en el convenio aprobado por el Juez.*
- 2. Por desocupación de la vivienda. Se entenderá por tal, en todo caso, la ausencia por más de tres meses seguidos a seis alternos dentro de un año.*
- 3. Por habitar en la vivienda del beneficiario del derecho de uso, otra persona unida con ella, por vínculo matrimonial o relación semejante al matrimonio, cualquiera que sea su sexo.*

*En cualquier caso, y en defecto de pacto en contrario, los gastos comunitarios de los suministros y servicios correspondientes a la vivienda o viviendas, cuyo uso se haya atribuido a uno de los cónyuges, serán a cargo de éste”*

### **2.2.2. El derecho de visitas: Especial referencia a los Puntos de Encuentro.**

*A. El derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores.*

Entre los derechos reconocidos a los menores, tanto en el marco jurídico internacional como dentro de nuestras fronteras, se encuentra el derecho a relacionarse con sus progenitores o también denominado derecho de visitas con el progenitor no custodio.

Así, el Preámbulo de la *Convención de los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia en lo que respecta a su protección, siendo una necesidad la protección jurídica y no jurídica del niño para que los derechos de éste se hagan realidad.

El Artículo 9 de La Convención sobre los Derechos del Niño 20/11/89 de La Asamblea General de las Naciones Unidas, establece “Los Estados participantes respetaran el derecho del niño que está 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”. Por su parte la CE afirma en el artículo 39.1 “Los poderes públicos aseguraran la protección social, económica y jurídica de la familia”. En el apartado dos, obliga además a asegurar la protección integral de los hijos cualquiera que sea la naturaleza de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

Durante la minoría de edad los padres tienen atribuidas una serie de facultades y derechos que les ayudan a cumplir adecuadamente con sus obligaciones de protección y formación derivadas de la patria potestad.

El contenido de la patria potestad se recoge en el artículo 154, que establece entre los deberes y facultades de los progenitores: velar por los hijos, *tenerlos en su compañía*, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (párrafo 1º) así como representarlos y administrar sus bienes (párrafo 2º). Estas facultades que se reconocen como contenido de la patria potestad se ostentan no en beneficio propio, sino **fundamentalmente en beneficio de los menores**.

Esto nos lleva a una importante afirmación, y es que el derecho de visitas se reconoce a los padres no solo como un derecho de los progenitores, sino fundamentalmente como *un derecho de los menores*. Ciertamente es que los padres tienen

derecho a que se proteja su relación con sus hijos, pero esta protección se les otorga no tanto como titulares de dicho derecho, sino más bien como instrumento necesario para garantizar el derecho de otro, el del menor a tener contacto con su progenitor.

Es precisamente el beneficio de los menores, y no el de los progenitores, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de modular el ejercicio de este derecho. Así el art. 94 del Código civil establece *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podría limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*.

Mediante este artículo se pretende que el padre apartado de sus hijos pueda cumplir con los derechos y deberes que le incumben de manera más eficaz y que no se rompa, por la falta de convivencia continuada, la relación afectiva y moral entre ellos. Pero se establece también la posible suspensión o limitación de la relación entre padre o hijo basada exclusivamente en el perjuicio que dicha relación pueda causar en el menor, y no en el perjuicio que pueda causar en el progenitor.

#### *B. El derecho de visitas con los abuelos y otros allegados.*

Este derecho de los menores se reconoce no solo en relación a los padres, sino también respecto al resto de los familiares, y, de forma muy especial, respecto a los abuelos.

La situación de las visitas con los abuelos sufrió una importante modificación en el año 2003 con la promulgación de la ley 42/2003 de 21 de noviembre de modificación del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de

*relaciones familiares de los nietos con los abuelos*<sup>402</sup>, que modificó los artículos 90, 94, 103, 160 y 161 del CC<sup>403</sup>.

Mediante esta Ley se pretendía destacar y reconocer la importancia de la figura de los abuelos en la vida familiar de la sociedad actual considerando que su papel es crucial no solo como apoyo en el cuidado y asistencia de los menores sino también como autoridad moral en la formación de los menores, de ahí la necesidad de distinguirlos del resto de “parientes y allegados”<sup>404</sup>.

402. HERNANDEZ IBÁÑEZ, C.: «Las relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados en las reformas de las Leyes 11/1981; 21/1987 y 42/2003: especial referencia a los abuelos», Conferencia presentada el día 17 de febrero de 2004 en las Jornadas de especialización en derecho de familia: las relaciones familiares entre abuelos y nietos: análisis de la Ley 42/2003.

403. Concretamente, en el artículo 90 se han introducido un apartado B al convenio regulador que reza así “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de éste Código deberá referirse, al menos a los siguientes extremos: B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre, el interés de aquellos”. Así mismo se añade un penúltimo párrafo a este artículo que establece “Sí las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que los abuelos presten su consentimiento”. El artículo 94 que se refiere a necesidad de reconocer por el juez un derecho de visitas para el progenitor no custodio, es decir, el que no tenga consigo a sus hijos menores, se modifica añadiendo: “Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visitas de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de éste código, teniendo siempre presente el interés del menor”. El artículo 103 que se refiere a las medidas provisionales que se acordarán por el juez, se incorpora que “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. El artículo 160 se modifica en los párrafos segundo y tercero de la siguiente forma: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las mediadas que puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”. Y el 161 queda redactado de la siguiente forma: “Tratándose de un menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias e interés del menor”.

404. Así la Exposición de Motivos afirma que “cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distanciaci3n respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situaci3n de crisis. Esta situaci3n privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que tambi3n pueden coadyuvar al mismo fin”.

Sin embargo, a pesar de lo loable y lógico que pueda parecer destacar la figura del abuelo frente al resto de los allegados, lo cierto es que éstos ya tenían reconocida la posibilidad de solicitar unas visitas con sus nietos, a través de la antigua redacción del artículo 160 del CC, que recogía en sus párrafos segundo y tercero que “*no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente allegado, resolverá atendidas las circunstancias*”.

La doctrina y la jurisprudencia consideraba que los *parientes* incluyen, por supuesto a los abuelos, pero además a todas las personas unidas con el menor por relación de parentesco, en línea recta o colateral, incluyendo por lo tanto también a los hermanos. Entre los *allegados* se incluirían a todas aquellas personas que, sin tener un vínculo de parentesco, se encuentran unidos al menor por una relación cercana a la familiar, como el cónyuge (no progenitor del menor) cuando haya convivido con el menor (esté o no separado judicialmente del progenitor o adoptante del menor).

Entre las modificaciones realizadas en los diversos artículos del CC destacamos el artículo 90, donde se han introducido un apartado B al convenio regulador que reza así “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de éste Código deberá referirse, al menos a los siguientes extremos: B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre, el interés de aquellos”.

La reforma practicada plantea cuestiones procesales importantes. Entre otras sí, una vez reconocido en ese convenio regulador, el progenitor no cumple las visitas con los abuelos ¿Quiénes pueden instar la ejecución del convenio regulador y la sentencia que lo recoja? Los abuelos no son parte en el contrato, simplemente prestan su consentimiento, y mucho menos son parte en el proceso matrimonial. ¿Cómo van a poder solicitar la ejecución de un contrato en

el que no son parte? ¿tendrá que solicitar la ejecución el su hijo (progenitor del menor)? ¿y si éste no desea hacerlo?.

Sin embargo debemos tener en cuenta que el derecho de visitas de los abuelos en ningún momento tendrá la misma amplitud y extensión que un derecho de visitas con un progenitor, de forma que no se podrá reclamar por los abuelos los mismos derechos y deberes que un padre puesto que no ocupan el mismo lugar.

Es muy interesante la puntualización realizada en el artículo 103 del CC., gracias a las enmiendas de CIU, donde se trata de evitar el hecho de que a través del reconocimiento de un derecho de visitas a favor de los abuelos del progenitor que se encuentre privado de las visitas con sus hijos se incumpla una resolución judicial. A través de la posibilidad de que los abuelos disfruten de un tiempo con el menor se podría producir que el progenitor que tiene suspendido el régimen de visitas burle la resolución judicial viendo al menor durante las visitas que éste tiene con sus abuelos. Esta situación puede producirse sobretodo en los casos en los que el progenitor ha sido acusado de malos tratos, abusos o se encuentra en prisión.

*C. La problemática en el cumplimiento del régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar.*

El constante incremento tanto del número de crisis familiares como su conflictividad, requiere constantes decisiones por parte de los jueces en lo relativo a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas del progenitor que no convive con los hijos.

Observando la realidad familiar después de la separación se descubre que en muchas ocasiones los menores se ven afectados directa o indirectamente por

la violencia generada por el conflicto de sus padres. Los cónyuges se ven desbordados e incapaces de gestionar una situación en la que, por un lado se está desarrollando una dura separación contenciosa, y por otro deben facilitar el derecho del niño a mantener la relación con el otro progenitor. La violencia generada por esta situación se traduce directamente en la calidad de relación del menor con sus progenitores.

La problemática en es muy variada. Desde la constante impuntualidad en las entregas y recogidas, la obstrucción más o menos explícita de uno de los progenitores a la relación con el otro o su familia extensa, el incumplimiento sistemático del régimen de visitas establecido en la sentencia justificado en la salud del menor, hasta la derivación de la conducta incumplidora al propio hijo, afirmando que se incumple el régimen de visitas porque el menor no desea ver al otro progenitor.

Entre las medidas que pueden adoptarse ante las situaciones anteriormente referidas encontramos: el requerimiento al progenitor custodio, el oficio a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, la entrega forzosa del menor en el Juzgado, el testimonio al Juzgado de Instrucción por desobediencia, el establecimiento de multas pecuniarias, o, lo más efectivo, las amenazas de cambio de custodia. Todas estas medidas coercitivas se han mostrado insuficientes para asegurar el cumplimiento de lo establecido en las sentencias judiciales, unido a la gran violencia que genera dicha situación para el menor.

La actividad del juez no consiste simplemente solucionar el conflicto sino tratar de adoptar aquella solución que se prevea la más favorable para el futuro, fundamentalmente en virtud del interés principal y preponderante en todos estos procedimientos, el interés del menor. Precisamente para ello, para permitir adoptar la solución más adecuada que permita tener en cuenta el interés superior de los menores en los conflictos familiares, surgen los Puntos de En-

cuentro.

En los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) un equipo interdisciplinar de profesionales tratan de eliminar, a través de la negociación o de la observación, los obstáculos en las visitas de los menores con sus progenitores.

Desde la creación de los Puntos de Encuentro en Valladolid en el año 1996 hasta ahora solo existe una regulación específica de este tipo de recursos, que se encuentra en el *Decreto 93/2005 de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias*<sup>405</sup>.

La definición del Punto de Encuentro recogida en su artículo 2.a) lo describe como una *“alternativa de intervención temporal, realizada en un lugar idóneo y neutral atendido por equipo técnico, donde se produce el encuentro de los miembros de la familia en crisis en orden a facilitar la relación entre el menor y sus familiares, siguiendo las indicaciones que, en su caso, establezca la autoridad judicial o administrativa competente para el cumplimiento de los derechos de visita y donde se garantice la seguridad del menor y de los miembros de la familia en conflicto”*.

Se trata de conocer la problemática real en el incumplimiento de los regímenes de visitas (falta de interés del padre, negativa del hijo, manipulación de la madre) e *informar* al juez de la situación real, pudiendo así tomar medidas eficaces al respecto.

El punto de encuentro se convierte en “testigo” imparcial de una situación observada durante un prolongado periodo de tiempo, pero también en un servicio

---

405. BOPA, nº 214, de Jueves 15 de septiembre de 2005.

social cuyo ámbito de actuación principal es la facilitación del cumplimiento de los regímenes de visitas establecidos en una resolución judicial, garantizando de esta forma el derecho de los menores a mantener las relaciones con el progenitor no custodio y la familia de éste.

Entre los objetivos de la actuación de los Puntos de Encuentro encontramos<sup>406</sup>:

- Garantizar el cumplimiento del régimen de visitas como derecho fundamental del menor.
- Garantizar la seguridad del menor, de las víctimas de violencia doméstica y de cualquier otro familiar vulnerable durante el cumplimiento del régimen de visitas.
- Disponer de información fidedigna y objetiva sobre las actitudes parentales, que ayude a defender, si fuese preciso, los derechos del menor en otras instancias administrativas o judiciales.
- Facilitar el encuentro del menor con el progenitor no custodio y con la familia de éste.
- Posibilitar a los menores expresar sus sentimientos y necesidades.
- Facilitar a los adultos la posibilidad de llegar a acuerdos encaminados a resolver el conflicto en el que están inmersos y proporcionar la orientación profesional para desarrollar las habilidades parentales necesarias que mejoren las relaciones entre el menor y la familia.
- Cubrir las necesidades de la presencia de un tercero imparcial y neutral que supervise la ejecución de las visitas entre los menores y los progenitores y familiares no custodios.

---

406. Art. 3 Decreto 93/2005, de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar del Principado de Asturias.

### *C.1 Los conflictos derivados a los puntos de Encuentro.*

Vamos a analizar más detenidamente algunos de los conflictos que se derivan a los Puntos de Encuentro.

#### *- Violencia de género:*

La respuesta jurídica ante una situación de malos tratos ha cambiado mucho en los últimos años.

El primer paso para este cambio se produjo con la aprobación de dos leyes: la *Ley 27/ 2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*<sup>407</sup>, y la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.

El segundo e importantísimo paso se produjo con la *Ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección integral contra la violencia de Género*<sup>408</sup>, que ha permitido (aunque es pronto para entrar en valoraciones) acelerar las actuaciones y adecuar los recursos existentes a las características de la situación. Esta última ley recoge en su artículo 65 que el juez “*podrá suspender para el inculpado de violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de*

---

407. La *Ley 27/2003 de 31 de julio*, ha supuesto un tratamiento global de la violencia doméstica, tratando de integrar las respuestas y medidas adoptadas tanto desde el punto de vista penal, civil, como social o asistencial.

Esta ley define la violencia doméstica como una lacra social que afecta a la ciudadanía y considera necesaria una acción integral, que instrumenta a través de lo que denomina la **orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica**, tratando de aunar: a) los instrumentos jurídicos penales: las medidas cautelares penales, que atajen la situación desde un principio, b) los instrumentos civiles y sociales: las medidas protectoras y reguladoras de la vida familiar.

408. BOE nº 13 de 29 de diciembre de 2004.

*la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera”, y el artículo 66 que “el juez podrá ordenar la suspensión de las visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes”.*

Toda la regulación jurídica existente en relación a la violencia de género pone de manifiesto la necesidad de articular algunas medidas o recursos que garanticen:

- Un medio para dar cumplimiento a dos medidas de carácter contradictorio: la medida de alejamiento respecto de la víctima y las visitas con los menores que generalmente conviven con la propia víctima.
- Una garantía de que el maltratador no acudirá al domicilio familiar a recoger a los menores con el consiguiente riesgo para la mujer maltratada.
- Una garantía de que los menores siguen disfrutando de su derecho a ver a su padre, si bien en condiciones de seguridad e idoneidad que impidan que el ejercicio de dicho derecho suponga un perjuicio para el menor.
- Un seguimiento de las situaciones de malos tratos, permitiendo un conocimiento por parte del juzgado de los efectos de las medidas acordadas.

Antes de la creación de los Puntos de Encuentro las visitas de los menores se venían realizando en el Servicio de Atención a la Violencia Doméstica de la Policía Municipal. Las visitas eran supervisadas por policías vestidos de paisano que portaban el arma reglamentaria y sin la formación necesaria para hacer frente a las diversas situaciones a las que se tuvieran que enfrentar (negativa del menor a entrar en el centro, rechazo del menor hacia el progenitor visitador, manipulación del menor por alguno de los progenitores...). La realización de las visitas a través del PEF permite una mejor gestión de la problemática, así como prevenir nuevas situaciones de violencia y supervisar el modo en el que el

maltratador se relaciona con el menor.

*- Malos tratos a menores:*

Cuando los malos tratos son infligidos al propio menor por alguno de sus progenitores la actuación es diferente puesto que se encuentra en una situación de desamparo. Dentro de esta categoría deben incluirse cuestiones tan consabidas como los malos tratos físicos o los abusos sexuales como cuestiones o problemáticas relativamente recientes, como la manipulación de los menores.

La manipulación de los menores, puede tener también muchas formas de manifestación y sus consecuencias van a depender de muchos factores. Podemos distinguir varias situaciones:

- Conflictos de lealtades: cuando el menor no se niega a mantener contacto con el progenitor con el que no convive, pero le cuenta a cada uno de sus padres lo que sabe que éstos quieren oír. Este conflicto alcanza su grado máximo cuando el menor “finge” no querer realizar la visita porque sabe que eso es lo que espera de él el progenitor custodio. Generalmente son visitas de calidad en las que el menor disfruta de la relación, si bien no se puede permitir que el custodio conozca esta situación.

- S.A.P. o Síndrome de alienación parental: son los casos extremos de manipulación de menores donde se ha eliminado por completo la figura de uno de los progenitores. Los menores llegan incluso a negar los apellidos del progenitor con el que no conviven.

- Especialmente grave es la utilización de las falsas denuncias de abusos sexuales como fundamento para la suspensión del régimen de visitas.

Es muy interesante como en Italia se ha introducido como categoría de maltrato psicológico “aquellas situaciones de separación conflictiva donde los menores

son abiertamente utilizados por los padres en su recíproca disputa, con evidentes y graves efectos en el equilibrio emotivo del niño<sup>409</sup>. Es necesario que en España se tenga en cuenta también esta situación así como la necesidad de que se determinen las medidas a adoptar en estas situaciones. Actualmente los jueces suelen o bien atribuir la tutela a la administración o bien cambiar el régimen de visitas.

Por ello es necesario articular algunos recursos que permitan mantener todas las medidas de precaución mientras se deciden o se evalúan las situaciones, sin que se adopten decisiones que pueden tener una importante repercusión para el futuro de dichos menores. Consideramos que los Puntos de Encuentro son el foro adecuado para garantizar el derecho del menor a ver a sus progenitores mientras se resuelve en otras instancias sobre la veracidad o no de los malos tratos hacia ellos.

Esta **función preventiva** es, desde nuestro punto de vista, la más importante de los Puntos de Encuentro. Son el espacio adecuado para garantizar el respeto a los derechos de los menores a visitar a sus progenitores mientras se evalúa la situación y se determina la veracidad o falsedad de los hechos alegados por uno de los progenitores. Ante estas situaciones la suspensión de las visitas como medida preventiva puede suponer el cercenamiento de los derechos de los menores si posteriormente se demuestra la falsedad de los hechos. La alternativa es el desarrollo de las visitas bajo la supervisión de los profesionales del Punto de Encuentro, garantizando la integridad del menor y observando la actuación de el progenitor y el menor en su interacción, permitiendo al juez obtener información de un tercero imparcial a la hora de decidir definitivamente el conflicto.

Una vez determinada la existencia o no del maltrato al menor, el juez deberá

---

409. CIRILLO S. Y DI BLASCO, P: Niños maltratados, diagnóstico y terapia familiar.

adoptar la medida que estime oportuna, que puede variar desde la suspensión del régimen de visitas hasta el cambio de guarda y custodia.

*- Las condiciones de alguno de los progenitores*

Algunos de los casos en los que se recomienda la intervención del Punto de Encuentro son:

a) Cuando ha transcurrido mucho tiempo sin que el menor se relacione con el progenitor no custodio. Son situaciones en las que el menor puede no conocer al otro progenitor, pensar que ni siquiera existía o tener recuerdos confusos de la relación previa. El objetivo es por lo tanto construir una nueva relación.

b) Circunstancias del progenitor no custodio que aconsejan supervisar las visitas (toxicomanías, enfermedades mentales, falta de habilidades para relacionarse con el menor...) <sup>410</sup>.

*C.2. La intervención de los Puntos de Encuentro:*

Según se establece en el artículo 4 del Decreto 93/2005 la intervención realiza

---

410. Así, por ejemplo el auto de Medidas Provisionales previas a la demanda de fecha 24 de noviembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Madrid determina que la menor en cuestión, de un año de edad y cuya madre sufre un trastorno bipolar de la personalidad “debe reiniciar lo antes posible el contacto con su padre para familiarizarse con él, creando vínculos parento-filiales y también la relación con la familia extensa paterna a través de un régimen de entregas y recogidas en un punto de encuentro que evite el contacto directo entre los padres y con progresividad en el tiempo. Considerando los hechos expuestos procede al considerarse la opción más conveniente atribuir al padre la guarda y custodia de la menor, si bien, llevando más de 6 meses sin contacto con la menor y atendiendo a la recomendación del equipo psicosocial habiendo cuidado hasta la fecha los abuelos de (la menor) y para que el cambio se produzca con la adaptación paulatina que menos perjuicio ocasiona a la menor, continuará ésta con los abuelos maternos iniciándose la comunicación con el padre los lunes miércoles y viernes desde las 17.30 a las 20.00 horas y fines de semana desde el sábado a las 12.00 horas hasta el domingo a las 20.00 verificándose las entregas y recogidas en un punto de encuentro más próximo al domicilio de la menor, debiendo emitir informe dicho punto transcurrido un mes”.

da en los Puntos de Encuentro debe regirse por los siguientes principios:

- *Interés del menor*: debiendo garantizar en todo caso la seguridad y bienestar del menor. Este principio es fundamental y permite a los técnicos del PEF adoptar decisiones en contra de los intereses de los progenitores cuando se vea lesionado el interés del menor. Por ejemplo: un profesional debe decidir no entregar al menor cuando las circunstancias en las que acude su progenitor a realizar la visita no son las adecuadas (con signos evidentes de intoxicación etílica o drogadicción).

- *Neutralidad*: que es definida en dicho artículo como no estar vinculados “a ningún grupo ideológico, político o religioso. El equipo técnico no dejará inferir en sus intervenciones sus propios valores o circunstancias personales, actuando únicamente con el fin de proteger el interés superior del menor”.

- *Imparcialidad*: que también es definida como la necesidad de que las intervenciones se realicen “con objetividad y preservando la igualdad de las partes en conflicto”.

- *Subsidiariedad y temporalidad*: este principio es muy importante puesto que debe tenerse claro que recurrir a un Punto de Encuentro debe ser “la última alternativa” elegida de todas las posibles y su intervención debe ser un puente para la normalización de la situación, pero en ningún caso un recurso necesario e indefinido para asegurar las relaciones entre los distintos miembros de las familias.

En los Puntos de Encuentro se realizan fundamentalmente dos tipos de intervenciones:

- Intercambios: que consisten en la utilización del recurso únicamente para las

entregas y recogidas del menor, convirtiéndose en un lugar donde terceros imparciales supervisen las entregas para evitar los conflictos que hasta el momento se venían produciendo en el momento de las entregas. Estos intercambios pueden producirse en el mismo día (cuando no hay pernocta con el progenitor) o en diversos días (cuando el menor sí puede pernoctar produciéndose la entrega del menor un día y recogiendo otro día, tanto en fines de semana alternos como en vacaciones)

- Visitas dentro del PEF: que son visitas que han de desarrollarse dentro del Punto de Encuentro, sin posibilidad de salir del mismo, pero que como regla general no requieren una supervisión constante. En ocasiones se establece por el propio juzgado que un profesional de centro se encuentre presente durante todo el desarrollo de la visita, normalmente cuando no solo se trate de controlar el estado en el que acude el progenitor a realizar las visitas, sino cuando también sea necesario controlar los “mensajes” que ambos se dirigen.

El artículo 5 del Decreto 93/2005 establece como intervención del PE los *acompañamientos*, afirmando que “El equipo técnico acompañará al menor al establecimiento penitenciario o al centro hospitalario donde esté internado uno o ambos progenitores”. Ciertamente, este tipo de intervención se ha realizado en algunas ocasiones, no tanto como acompañamiento cuando uno de los progenitores no puede acudir a realizar la visita por sus medios, sino cuando el menor solicita la presencia de los profesionales en orden a facilitar la interacción entre ambos. Sin embargo este tipo de intervención es muy complicada por cuanto los profesionales pueden verse envueltos en situaciones de violencia o manipulación del menor sin la asistencia de algún otro compañero siendo discutible en el caso de que algo ocurra de cual de los adultos existentes es la responsabilidad. Por ello en la actualidad los acompañamientos no se realizan en todos los Puntos de Encuentro.

### *C.3. Informes técnicos.*

Una de las funciones más importantes de los Puntos de Encuentro, y a la vez más controvertidas, es la de informar sobre el desarrollo de las visitas así como de cualquier incidencia producida en las mismas.

Esta función de los Puntos de Encuentro es muy difícil de conjugar con la necesaria neutralidad e imparcialidad de los técnicos, dado que es visto en muchas ocasiones como un posicionamiento de los profesionales hacia el progenitor que sale mejor parado en dicho informe.

Como norma general, desde el Punto de Encuentro sólo se emiten informes cuando éstos son solicitados por las entidades derivantes. Nunca se emiten informes a petición de alguno de los progenitores. El contenido de los informes es meramente descriptivo, de tal manera que se procede a explicar el número de visitas e incumplimientos producidos, describiendo cómo se llevan a cabo los encuentros o intercambios, sin entrar en valoraciones psicológicas ni proponer modificación alguna del régimen de visitas establecido. Esto es así salvo cuando desde el Juzgado se solicita una valoración del equipo que está supervisando las visitas<sup>411</sup>.

Estos informes no son entregados a los progenitores sino que se remiten directamente al Juzgado, donde son integrados en los autos como documentos adjuntos al seguimiento de los Equipos Psicosociales de los Juzgados, siendo

---

411. En función de su contenido, podemos clasificar los informes en : Informes de propuesta de baja, donde los técnicos del Punto de Encuentro proponen a la entidad que derivó el expediente la baja en el servicio. Informes de incumplimiento, donde se da a conocer (fundamentalmente al Juzgado) los incumplimientos reiterados producidos por parte de uno de los progenitores. Informes acerca del desarrollo del régimen de visitas, informando de cómo se están llevando a cabo las visitas, bien desde el momento de la derivación, bien desde la remisión del último informe. Informes de incidencias, se dirigen al Área de Servicios Sociales o al Juzgado para informar de algún incidente acontecido durante el desarrollo del régimen de visitas, que por sus características, puede influir negativamente en el menor.

necesario que la información entre ambos sea fluida y la intervención unificada para evitar intervenciones orientadas en sentidos contradictorios.

### **2.3. La importancia de los acuerdos. La Mediación Familiar.**

A pesar de que la mediación va a ser objeto de un tratamiento más pormenorizado en capítulos posteriores, no podemos dejar de apuntar la importancia que este sistema alternativo de resolución de conflictos tienen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Según hemos manifestado en páginas anteriores, las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo permiten no solo un menor costo en tiempo y dinero, sino, fundamentalmente, una participación de los miembros de la familia en la nueva organización de su vida familiar después de la separación. La participación *activa y directa* de la pareja en el proceso permite que ésta se responsabilice de la decisión adoptada y por lo tanto que el grado de cumplimiento de los acuerdos sea muy elevado.

Sin embargo es difícil que una pareja en esta situación de ruptura pueda sentarse tranquilamente a hablar de los futuros cambios, pues en ocasiones el conflicto no puede apartarse en los primeros momentos de la crisis. La mediación familiar ofrece a las parejas la asistencia de una tercera persona, neutral e imparcial, llamada mediador, para asistirles en la negociación del Convenio Regulador.

En este sentido podemos considerar la mediación como *un traje a la medida de cada pareja*. Los patrones con los que se confeccionaría ese traje serían: por un lado, la *legalidad vigente*, dado que en ningún caso el mediador contribuiría a un acuerdo que no fuera posible en nuestro marco jurídico (de ahí la gran importancia que tiene la base legal en la formación de los mediadores, lo que no quiere decir que tengan que ser abogados); por otro lado la *realidad de la pareja*, puesto que no se trata solo de conseguir un acuerdo que presentar al juez

para pasar cuanto antes el trámite judicial, sino de adelantarse a los problemas que el cumplimiento de dicho acuerdo puede plantear en el futuro.

Las parejas que acuden a mediación son aquellas que, conscientes del coste económico y emocional que supone, desean evitar un procedimiento contencioso pero que como consecuencia de la situación que están viviendo no pueden dialogar como lo han hecho en otras ocasiones. La mediación permite *recuperar esas habilidades de comunicación* que sin duda la pareja ha tenido pero que en estos momentos no encuentran y permitirá mantenerlas después de superar la ruptura, cuestión importante si tenemos en cuenta que quizás ya no funcionan como pareja pero que deben seguir funcionando como padres.

En este sentido la mediación cumple también una *función pedagógica*. En las separaciones con hijos en común, es necesario ofrecer las herramientas necesarias para que los miembros de una familia no se vuelvan incapaces en la toma de cualquier decisión. Los progenitores no pueden estar remitiendo al juez la toma de decisiones en cualquier cuestión conflictiva. Las exparejas deben ser conscientes de que *la mejor solución al conflicto la conoce la propia familia*, no el juez, el abogado o el mediador, puesto que es su vida la que se está tratando de reencontrar un equilibrio.

Se trata de buscar una separación o divorcio “a medida” de cada familia, un traje que encaje lo mas posible en cada situación eliminando las soluciones standard.

## **2.4. Conclusiones**

A pesar de las distintas opiniones que he manifestado a lo largo de las paginas anteriores, es necesario destacar algunas ideas:

**I.** La presencia de menores en los procesos de separación o divorcio conyugal ha permitido que junto con el principio general de autorregulación de las situaciones de crisis por parte de la pareja se haya puesto el acento en un elemento de carácter público que debe ser objeto de protección; **el interés del menor.**

A través de este principio y su protección se trata no solo de reconocer al menor como sujeto de derechos sino también como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mismos recogido en el artículo 10 de la CE, en el sentido de ir permitiéndoles ser conscientes y partícipes de su propia vida y actuaciones, y por lo tanto necesita la asunción de cierta responsabilidad y obligaciones adecuadas a su propia capacidad.

Este principio es de muy difícil determinación, dado que el menor no deja de ser un menor, es decir, una persona influenciable y manipulable, cuya capacidad no depende exclusivamente de la edad que tenga sino de sus propias condiciones psíquicas, variables según la persona o la situación enjuiciable. Por ello se ha introducido un concepto tan ambiguo como el de “*suficiente juicio*”, que exige una *gran flexibilización* del concepto de menor de edad ya que los *grandes menores* deben tener la oportunidad de expresarse en estos casos.

**II.** Tanto la jurisprudencia como la doctrina destacan la importancia de la actividad del juez en estos casos de crisis familiar, que supone más que una función decisoria o dirimente, una **regulación para el futuro.** Se trata de adoptar aquella solución que sea mas beneficiosa para el menor permitiendo su mejor desarrollo como persona, su formación y su participación en su propio futuro y en definitiva, que asegure la protección de los derechos fundamentales del menor, a pesar de que muy probablemente no coincida con lo querido por éste o lo manifestado por alguno de los progenitores.

Especial importancia cobra en este aspecto la **exploración del menor,** como

mecanismo para llegar a conocer el interés del mismo. La novedad introducida por la Ley 15/2005 de 8 de julio consiste en que la audiencia de los menores será obligatoria exclusivamente en los procesos contenciosos, y no cuando exista acuerdo de los cónyuges, si bien siguen manteniéndose dos criterios para determinar cuando es posible realizar dicha comparecencia. El criterio subjetivo requiere que para que se pueda realizar la audiencia de un menor éste debe tener suficiente capacidad, y el criterio objetivo, consiste en presumir que el menor tiene dicha capacidad cuando alcance la edad de 12 años.

La regulación actual parece considerar este derecho como un requisito formal, cuestión que se manifiesta en primer lugar a la hora de permitir su denegación por motivo suficientemente justificado (lo cual me resulta cuanto menos chocante, como ya puse de manifiesto anteriormente), y en segundo lugar porque si no se realiza es considerado como falta de un requisito de validez lo que produce únicamente su anulabilidad.

**III.** Entre las principales novedades introducidas por la Ley 15/2005 de 8 de julio encontramos la posibilidad de que se establezca una **guarda y custodia compartida** tanto si los progenitores lo solicitan de mutuo acuerdo (art. 92.5) como si lo acuerda el juez a petición de uno de ellos (art. 92.8). Ciertamente esta forma de ejercer la patria potestad es un avance en nuestra legislación al recoger la posibilidad de que ambos padres se responsabilicen por igual en la convivencia y por lo tanto en el cuidado, educación y asistencia a sus hijos, fomentando la coparentalidad y la no estigmatización de un progenitor como el visitador y de otro como el custodio. Sin embargo, esta guarda y custodia no solo no es la panacea sino que solo será posible establecerla cuando se den una condiciones idóneas para la misma, como son que ambos padres tengan las viviendas cerca, que compartan los mismos criterios educativos y sanitarios de sus hijos, que fomenten y respeten la figura del otro y sobretodo que no tengan un nivel de conflicto entre ellos que les impida el contacto constante y fluido

que exige este tipo de medida. Por ello no compartimos la posibilidad introducida en el artículo 92.8 del CC. de que esta forma de guarda se establezca a petición de uno solo de los progenitores, dado que el desacuerdo en este punto hace prever importantes problemas en su cumplimiento.

**IV.** Destacable es también que la reforma realizada a través de la ley 15/2005 no haya aprovechado la oportunidad para eliminar la vinculación existente en el artículo 96 del CC. de la vivienda familiar a la atribución de la guarda y custodia. Esta es la gran dificultad en la mayoría de los procesos de crisis familiar dado que se ha vinculado la atribución de la misma al progenitor que ostente la custodia de los menores, lo que permite que se discuta a través de un tema tan delicado como la custodia cuestiones puramente económicas como es la atribución de la vivienda familiar.

**V.** El otro gran problema existente en los procesos de crisis familiar lo encontramos en el cumplimiento de los regimenes de visitas establecidos a favor de uno de los progenitores en las sentencias judiciales. Los Puntos de Encuentro ofrecen un espacio neutral para analizar la problemática en estas situaciones partiendo de un concepto básico: el derecho de visitas ha de ser entendido más como un derecho de los menores que de los padres, de forma que los conflictos parentales no deben influir en el disfrute de dicho derecho por los hijos.

Junto con esta función, los Puntos de Encuentro ofrecen una vía de normalización del conflicto familiar. Las herramientas necesarias para dicha normalización son, por un lado el verdadero interés de los miembros de la familia en alcanzarla, y por otro la mediación, como herramienta para restablecer la comunicación entre todos ellos.

Es fundamental la formación de los técnicos del Punto de Encuentro en mediación. Para garantizar que la calidad de la formación otorgada a los técnicos sea

la adecuada sería necesario establecer cursos homologados donde se diesen a dichos técnicos no solo los conceptos y herramientas básicas de la mediación sino también las especiales características y límites de las mediaciones realizadas en estos servicios. Desde nuestro punto de vista esta labor debe ser realizada con carácter fundamental en las propias universidades, donde se pueden sentar las bases para los futuros profesionales de los Puntos de Encuentro, de lo que un técnico de este servicio requiere y necesita.

## BIBLIOGRAFÍA

- CIRILLO S. Y DI BLASCO, P: Niños maltratados, diagnóstico y terapia familiar.
- GODOY MORENO, A.: “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada” en (VV.AA), *Diez Años de Abogados de Familia*, La Ley, Madrid, 2003.
- HERNANDEZ IBAÑEZ, C.: «Las relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados en las reformas de las Leyes 11/1981; 21/1987 y 42/2003: especial referencia a los abuelos», Conferencia presentada el día 17 de febrero de 2004 en las Jornadas de especialización en derecho de familia: las relaciones familiares entre abuelos y nietos: análisis de la Ley 42/2003.
- PALACÍ DESCALS, F.J. y TOPA CANTISANO, G.: (VV. AA.) *La persona en la empresa: iniciativas de integración y desarrollo*.

- RIVERA ALVAREZ, J.: “La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil”, en *Cuadernos de Trabajo Social* Vol 18 (2005), Ed. Universidad Complutense de Madrid, pags 137-162.
  
- RIVERO HERNANDEZ, F.: “Comentario a los artículos 92 a 94” en Rams Albesa, J y Moreno Flores, R.M. (Coord), *Comentarios al Código Civil*, II-1º Libro Primero (Títulos I a IV), Barcelona, 2000.
- El interés del menor, Dykinson, 2000, pags., 95 y siguientes.
  
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M: *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.
  
- ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L.: “El interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio” en (VVAA) *El menor en la legislación actual*, Universidad Antonio de Lebrija. Universitas Nebrissensis, Hoyo de Manzanares (Madrid), 1998.
- “Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres” en (VV.AA.) *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.
- “Las reformas legales que nos esperan” en (VV.AA.) *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2005.

## CAPÍTULO VI: INSTITUCIONES CLÁSICAS DE PROTECCIÓN Y GUARDA DE MENORES.

### 1. La incapacidad.

Conocidos ya los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, así como su relación con la minoría y la mayoría de edad, la incapacidad se presenta como la limitación o restricción de la capacidad de obrar a una persona física, en principio capaz, por sentencia, por las causas fijadas en la ley.

En la actualidad, este estado civil viene regulado en dos normas fundamentales; por un lado, el Código Civil, en su redacción fruto de la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma en materia de tutela, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya Disposición Derogatoria Única, apartado 2, número 1, deroga, entre otros, los artículos 202 a 214, ambos incluidos, del Texto sustantivo civil.

El artículo 199 CC establece que **Nadie puede ser declarado incapaz sino**

**por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.**

Lo fundamental es que sólo una decisión judicial puede modificar el estado de capacidad de las personas físicas y que sólo lo puede hacer atendiendo a las causas legalmente establecidas. En cuanto a éstas, las causas, es necesario hacer algunas precisiones. En la actualidad, el artículo 200 CC establece que **Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.** Con anterioridad a la reforma de 1983, el artículo 200 CC declaraba sujetos a tutela a los menores de edad no emancipados legalmente, a los locos o dementes, a los sordomudos que no supiesen leer y escribir, a los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos y a los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil. Lo que hace el legislador de 1983 es evitar cualquier enumeración de causas de incapacitación, impidiendo su consideración de *numerus clausus*. Para ello, perfila el concepto a través de dos ideas: la **persistencia y la imposibilidad de gobernarse por sí mismo**; lo importante es que la enfermedad o deficiencia física o psíquica sea persistente (el alcoholismo puede ser considerado como causa de incapacitación, pero no simplemente, una borrachera) y que sea de tal entidad que impida que el sujeto que la sufre pueda, por sí solo, atender adecuadamente a su persona y a sus bienes. De todas formas, debemos entender que la persistencia no implica cotidianeidad. Así, la Sentencia de 26 de julio de 1999<sup>412</sup> establece que *es aplicable la doctrina de la Sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 1986, que no consideró obstáculo para la aplicación del art. 200 CC el que la situación de incapacidad no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjesen, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia ésta que se ha de tener en cuenta al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de*

---

412. A.C. 1082/1999

*guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. En suma, lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo, sino sólo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable....*

Por lo que respecta a los menores de edad, el artículo 201 CC entiende que podrán ser incapacitados **cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad**. Nos encontramos en este caso ante un sujeto que, por ser menor de edad, no tiene plena capacidad de obrar, que sufre una enfermedad o deficiencia física o psíquica que le impide gobernarse por sí mismo, y del que, razonablemente, se prevé que la situación continúe cuando alcance la mayoría de edad. Será normalmente el facultativo correspondiente el que deberá establecerlo así. La incapacitación, en este caso, no tiene por qué implicar el establecimiento de una institución tutelar, pues es de aplicación preferente, según ya analizamos, el artículo 171 CC, que regula la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad. Existen además, y como veremos inmediatamente, normas específicas sobre la legitimación para solicitar la incapacitación de los menores de edad.

Fuera de esta situación de incapacitación, la persona que, accidentalmente, se vea privada de capacidad de entendimiento o de volición, no será sometida a la incapacitación. Ahora bien, los actos que realice podrán ser declarados inválidos si se prueba que los realizó en dicho estado. Así lo establecen, por ejemplo, los arts. 663.2º del CC, respecto a la capacidad para testar, y 1261 del CC, que exige consentimiento como elemento del contrato.

Por lo que se refiere al procedimiento de incapacitación, ya hemos indicado anteriormente que se encuentra regulado en la nueva Ley de Enjuiciamiento

Civil de 2000, en el Libro IV, Título I, Capítulo II, artículos 756 a 763, ambos incluidos.

La competencia viene atribuida, artículo 756 LEC, al Juez de Primera Instancia de lugar en que reside el presunto incapaz.

En cuanto a la legitimación activa la ostentarán, según el artículo 757 del mismo cuerpo legal:

1. El presunto incapaz, para los supuestos de autotutela.
2. El cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable.
3. Los descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz.
4. El Ministerio Fiscal, en los supuestos en los que las personas antes indicadas no existieran o, existiendo, no la hubieran solicitado.
5. Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la necesidad de incapacitar a un sujeto.
6. En el caso de las autoridades y funcionarios públicos que, por su cometido, tengan conocimiento de esta situación, la facultad anterior se convierte en obligación, pues el número 3 de este artículo 757 dice, expresamente, **deberán**.
7. En cuanto a los menores de edad, el número 4 sólo legitima a los que ejerzan la patria potestad o la tutela, por lo que sólo ellos podrán solicitarla.

Una vez iniciado el procedimiento, el presunto incapaz podrá comparecer con su propia defensa y representación; si no lo hiciera así, el Ministerio Fiscal será quien lo defienda, salvo que hubiera instado él mismo el procedimiento, supuesto en el que habrá que nombrar un defensor judicial, salvo que ya existiera, según establece el artículo 758 LEC.

En el proceso, el Tribunal deberá oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios, teniendo en cuenta que, en ningún caso, se podrá decidir sin un dictamen pericial médico previo.

Si en la demanda se indica qué personas deben representar al incapaz, se deberá oír a los parientes más próximos, al presunto incapaz, si tuviera juicio suficiente, y a quien considere oportuno el propio Tribunal; norma que se repite para el caso en que se haya apelado la sentencia de incapacitación, todo ello, por lo dispuesto en el artículo 759 de la Ley procesal civil.

En cuanto a la sentencia, y por lo que establece el artículo 760, en ella se determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela y guarda que se establezca y se pronunciará el Tribunal sobre la necesidad de internamiento del incapaz, siempre a salvo de lo dispuesto en el artículo 763 sobre el internamiento involuntario y que después analizaremos. Se podrá, además, indicar en la propia sentencia qué persona o personas han de hacerse cargo de la institución tutelar, siempre que el Tribunal accediera en este momento procesal.

Teniendo en cuenta que la enfermedad o deficiencia que provoca la incapacitación puede mudar, en el sentido que puede sanarse, mejorar o agravarse, es lógico que la incapacitación no quede siempre inmutable. De esta forma, y según prevé el artículo 761 LEC, si cambiaran las circunstancias, se podrá instar un nuevo procedimiento para dejar sin efecto o modificar la incapacitación. Podrán solicitarlo las personas recogidas en el artículo 757.1 LEC, los que ejerzan la tutela, curatela o guarda sobre el incapacitado, el Ministerio Fiscal, así como el propio incapacitado. Si éste, el incapacitado, estuviera privado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener permiso del Juez para actuar por sí mismo. En esta sentencia habrá que indicar si se reintegra o no la capacidad

al incapacitado, o si se modifica la incapacitación y en qué sentido.

Además, y durante el procedimiento, cualquiera que éste sea, el Juez podrá adoptar las medidas cautelares que estime convenientes sobre la persona y bienes del presunto incapaz, siempre previa audiencia de los interesados, según previene el artículo 762 de esta Ley.

Se refiere el artículo 763 al supuesto del **internamiento involuntario**. Cuando por razones de trastorno psíquico se estime que hay que internar a una persona que no pueda decidirlo por sí misma, es preceptiva la autorización del Juez del lugar donde resida el incapaz<sup>413</sup>.

La autorización será previa al internamiento, salvo que existan razones de urgencia. En este caso, el responsable del Centro de internamiento deberá ponerlo en conocimiento del Juez lo antes posible, y en todo caso, dentro de las

---

413. Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de mayo de 2005 (JUR 2005/134104), **resulta plenamente admisible que el Tribunal que conoce de un Proceso de Incapacitación pueda decretar el internamiento del incapacitado si bien bajo tres condiciones: en primer término, que el internamiento del presunto incapacitado haya sido solicitado en la Demanda; en segundo lugar, que la necesidad de internamiento quede acreditada en dicho Proceso de Incapacitación, y, finalmente, que se hayan practicado todas las actuaciones que contempla el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.... con carácter previo a acordar el referido internamiento...** Continúa indicando la misma Sentencia que lo que resulta patente es que, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni el Código Civil, autorizan el que pudiera decretarse el internamiento de un incapacitado por procedimiento distinto del establecido en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y/o sin las garantías y exigencias previstas en el expresado precepto, procedimiento, garantías y exigencias que no resultarían en modo alguno observados si se autorizara sin más a los tutores.... para el internamiento del incapacitado en Centro adecuado aun en contra de su voluntad y por tiempo indefinido, cuando dicha medida no sólo es extraordinaria, sino también limitada en el tiempo, presidida por parámetros de excepcionalidad y de estricta necesidad, y con control periódico del Órgano Jurisdiccional. Y hasta el punto ello es así, que el propio artículo 271.10 del Código Civil determina que el tutor necesitará autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental, previsión que se acomoda al carácter extraordinario de la medida y –por supuesto- a su verificación conforme a las exigencias establecidas en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

veinticuatro horas siguientes al mismo. El Tribunal tiene un plazo de setenta y dos horas para ratificar el internamiento o cesar en él; teniendo en cuenta que el plazo empieza a contar a partir del momento en que se le haya notificado, y siendo competente el Juez del lugar donde radique el Centro de internamiento.

Si el incapaz fuera menor de edad, deberá ser internado en un centro de salud adecuado a su edad y con informe previo de los servicios de asistencia al menor. Nos interesa ahora dilucidar una cuestión que no es pacífica en la doctrina, y que se refiere al tipo de establecimiento para el que se requiere autorización judicial, cuando se trate de un menor de edad, así como si tal autorización se extiende a todo tipo de menores o sólo a los que estén sometidos a tutela, y no a los sometidos a patria potestad. En cuanto a la primera cuestión, tipos de establecimiento, el número 2 del artículo 763 se refiere a centros de salud mental, lo que lleva a una parte de la doctrina a rechazar tal autorización para el supuesto de internamiento en un centro de formación especial, donde los menores con deficiencias psíquicas reciben una *formación dirigida a estimular todo lo posible sus aptitudes*<sup>414</sup>, y ello en base a que no existe una finalidad terapéutica en el internamiento. La segunda cuestión tampoco es pacífica. Respecto a los menores sometidos a patria potestad, parece claro que los padres no requerirán autorización judicial para internarlos en ningún tipo de establecimiento, pues si no requieren autorización para hacerlo en centros docentes normales, por ejemplo, un internado, no parece conveniente exigirlo para un centro terapéutico. El problema surge respecto a los menores sometidos a tutela. El artículo 271.1<sup>o</sup> CC, establece que el tutor necesita autorización judicial **para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial**. Como bien indica SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS<sup>415</sup>, la expresión *“establecimiento de salud mental o de educación o formación es-*

414. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, **La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados**, Tirant lo Blanch, Mongrafiás, Valencia, 2005, pág. 97.

415. Op. cit., pág. 99

*pecial”, plantea la duda interpretativa de si la especialidad se refiere únicamente a la formación, siendo necesaria la autorización judicial también para internar al tutelado en un centro donde se imparta una educación normal, o si, por el contrario, va ligada a los dos sustantivos, eximiendo al tutor de la necesidad de obtener dicha autorización en este último caso. Para esta autora, la autorización judicial sólo será exigible cuando el internamiento exceda de la acción educativa ordinaria, es decir, cuando el internamiento se produzca en un centro de educación o formación especial. En contra de esta opinión se manifiesta, entre otros, LETE DEL RÍO<sup>416</sup>, para quien la autorización, en este caso, se extiende al internamiento en cualquier centro educativo, ya que la finalidad del precepto es evitar que el tutor pueda desentenderse del cuidado del pupilo, sobre todo teniendo en cuenta que el internamiento a lo largo del curso escolar, quiebra la obligación de convivencia.*

Actualmente, se ha planteado sobre todo en el ámbito de la minoría de edad el problema de los tratamientos no voluntarios. Especialmente, en el ámbito de los menores infantes con edades de 14 a 17 años por enfermedades tales como la bulimia o la anorexia. El Grupo Parlamentario Catalán del Congreso de los Diputados presentó una Proposición de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tratamientos no voluntarios, presentado el 6 de julio del 2004 en donde pedían la inclusión en el art. 763 de un quinto párrafo: **Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del Facultativo, audiencia del interesado, informe del Forense y del Ministerio Fiscal. En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que de**

---

416. LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, T. IV, Madrid, 1985, pág. 393

**berá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento.**

El Juez, antes de autorizar o ratificar el internamiento, deberá oír al incapaz, al Ministerio Fiscal y a las personas que estime conveniente. Además, deberá examinar por sí mismo al incapaz y oír el dictamen de un facultativo nombrado por él. La decisión que se adopte podrá ser recurrida en apelación.

Si se aprueba el internamiento, en la resolución se indicará la obligación de los facultativos de informar periódicamente, cada seis meses como mínimo, o menos, si así lo estima el Juez, sobre la necesidad de mantener esta medida. Recibidos los informes, el Juez acordará lo que estime conveniente.

Además, y según previene el último párrafo del artículo 763.4 LEC, sin perjuicio de todo lo anterior, cuando los facultativos consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al incapaz y lo comunicarán inmediatamente al Juez.

En este punto, nos interesa referirnos al denominado **internamiento voluntario**. Como hemos visto, el artículo 763 de la ley procesal civil, sólo se refiere expresamente al internamiento involuntario, por lo que debemos entender que no se requiere la autorización judicial para los supuestos en los que la propia persona que va a ingresar en el establecimiento correspondiente consienta su internamiento, siempre que tenga capacidad suficiente para ello. El consentimiento debe prestarse al ingresar en el citado establecimiento, y deberá mantenerse a lo largo de todo el internamiento. Como indica SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS<sup>417</sup>, *si el internado modifica su*

---

417. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, op. cit., pág. 84.

*inicial consentimiento y se muestra contrario a la continuación del internamiento, éste deberá cesar, salvo que, por presumir que ya no está en condiciones de decidir por sí mismo, se inste autorización judicial para su permanencia en el centro y sea concedida. Del mismo modo entiende la autora que citamos que si la persona que ha ingresado voluntariamente en un centro pierde la plenitud de facultades durante el internamiento, deberá solicitarse la correspondiente autorización judicial para la continuación del mismo.*

El consentimiento debe constar por escrito, pues, aunque no existe exigencia legal, será la única forma de poder constatar tal voluntad, y el Centro deberá dictaminar que el internado está en plenas facultades mentales para prestar válidamente su consentimiento<sup>418</sup>.

Punto esencial es el que se refiere a la posible autorización prestada por el menor de edad, o lo que es lo mismo, si está capacitado un menor de edad para prestar válidamente su consentimiento, y por lo tanto, realizar un internamiento voluntario. La respuesta vendrá determinada por la consideración del menor respecto a la capacidad de obrar. Indudablemente, si lo consideramos incapaz hasta la mayoría de edad, la respuesta deberá ser negativa, y deberán ser sus representantes legales los que consientan en su nombre. Pero esta teoría hace ya tiempo que está en desuso. Las modernas corrientes doctrinales que, en España se inician con el profesor DE CASTRO<sup>419</sup>, entienden que el menor sí goza de capacidad, aunque recortada, y que deberá atenderse a su edad y a su grado de madurez para determinar esta posibilidad. En este sentido, podemos acudir a lo que la doctrina italiana denomina *grandi minori* o menores mayores; no es lo mismo el internamiento de un menor de seis años que el de un joven de diecisiete.

---

418. En este sentido, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, op. cit., pág. 88.

419. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, **Derecho Civil de España**, Parte General, II, 10, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, págs. 174 a 193, especialmente págs. 174 y 175.

## 2. Las instituciones tutelares.

### 2.1. Introducción.

La actual redacción del Código Civil en esta materia, es fruto de la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de Tutela, que da una nueva redacción a los Títulos IX (*de la incapacitación*) y X (*de la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores e incapacitados*) del Código. Con posterioridad, distintas leyes reforman parcialmente el contenido de estos artículos; así, la Ley 11/1987, de 11 de noviembre, de Reforma del Código Civil en materia de adopción, afecta, no sólo a esta institución, sino también a la guarda de los menores; también, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, donde se produce una reforma sustancial del propio Código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia; por último, la Ley 1/2000, de 7 de enero, por la que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Civil, que reforma y deja sin contenido buena parte del articulado del Código, sobre todo en lo referente a los procesos de incapacitación y al contenido de alguna institución.

La Ley de 1983 trae consigo una profunda modificación de las instituciones tutelares, en base, sobre todo, a la instauración de algunos principios fundamentales, opuestos a la legislación anterior:

*A) El principio de pluralidad de guarda legal:* La primera redacción de nuestro Código Civil, separándose de lo establecido a partir de Las Partidas de Alfonso X, suprimió la distinción entre tutela y curatela, propia del Derecho romano, unificando todas las instituciones de protección en una sola: la tutela, imponiendo el principio de la unidad de guarda legal. Pues bien, la reforma de 1983 transformó radicalmente este principio, recuperando la pluralidad de instituciones de guarda, reinstaurando figuras como la curatela y el defensor judicial.

*B) El principio de tutela de autoridad:* Frente al Derecho histórico castellano, que siempre se había basado en esta materia en el principio de tutela de autoridad, el Código Civil acogió, en su primera redacción, la denominada tutela de Familia, propia del Código napoleónico y de algún Derecho Foral<sup>420</sup>. Se basa este principio de tutela de familia en que la titularidad de la institución así como la vigilancia, supervisión y control de la misma, queda restringida a la propia familia del tutelado, aunque indudablemente, existe cierto control por parte de la autoridad judicial. La institución básica en este tipo de tutela es el denominado Consejo de Familia. Con la reforma de 1983, se suprime este instituto, dotándose a la autoridad judicial de amplias facultades, convirtiéndolo en la figura central tanto a la hora de tomar decisiones como de supervisar. Como señala O'CALLAGHAN<sup>421</sup>, *El Juez interviene y controla las instituciones de guarda en tres órdenes: como **función directa**, en la constitución; como **función indirecta**, en el ejercicio, y como **función decisoria**, en la rendición de cuentas.*

*C) El principio de tutela individual:* Mientras en su primera redacción, el Código acogió el principio de tutela orgánica, lo que implicó recoger en su seno instituciones hasta entonces no reguladas como el protutor y el Consejo de Familia, la reforma de 1983, en lo que se puede considerar un regreso al Derecho histórico castellano, recupera la tutela individual, unipersonal, que como veremos, se concreta en la redacción actual del artículo 236 CC.

## 2.2 Concepto.

Con esta denominación nos referimos a todas aquellas instituciones que tienen

---

420. Básicamente, y como tendremos oportunidad de ver después, el Derecho aragonés y el Derecho catalán.

421. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil comentado y con Jurisprudencia*, 2ª edición, La Ley, Madrid, 2001, pág. 309.

como finalidad la protección de los menores o incapacitados, tanto de la persona como de los bienes, cuando no estén sometidos a la patria potestad.

En este orden de cosas, y según establece el artículo 215 CC, estas instituciones son:

1. La tutela
2. La curatela.
3. El defensor judicial.

De todas formas, y como después veremos, a éstas habrá que añadir otras nuevas instituciones de reciente creación, como son la tutela automática o administrativa, la guarda administrativa y la guarda de hecho.

### **2.3. Características propias de cada institución.**

La tutela se considera como un órgano estable de actuación habitual, que tiene como finalidad esencial suplir la capacidad de obrar de quien, careciendo de ella, no está sometido a la patria potestad. En principio comprende la guarda, protección y representación del sometido a ella, así como la administración de su patrimonio.

La curatela se conceptúa como un órgano estable de actuación no habitual, sino intermitente. No pretende suplir la falta de capacidad de quien carece de ella, sino completarla en aquellos actos en que la ley lo requiera. El sujeto tiene capacidad de obrar, pero para determinados actos se exige que actúe otro por él, el curador. Lo que hace éste es completar esa capacidad.

El defensor judicial, institución que ya hemos analizado en el seno de la patria potestad, es un órgano de actuación no habitual de representación y amparo. Su misión es sustituir al representante legal (padres, tutor o curador) en los

asuntos en que exista un conflicto de intereses entre estos órganos y el menor o incapacitado; también sustituye al tutor o curador cuando, por cualquier causa, no desempeñen sus funciones.

Algunos autores señalan también, como órgano autónomo, la denominada tutela real. Es ésta compatible con la patria potestad y con la tutela personal. Supone el establecimiento de una tutela sólo para la administración de los bienes del pupilo, independiente de la esfera personal.

## **2.4. Régimen jurídico común.**

Estas instituciones a las que nos estamos refiriendo observan una serie de normas comunes a todas ellas, que son las que, brevemente, pasamos a analizar:

### **2.4.1. Obligatoriedad y excusas.**

En principio, y según establece el artículo 216 CC, ***las funciones tutelares constituyen un deber ...***, por lo que debemos entender que son obligatorias. Ahora bien, el artículo 217 CC permite la excusa al ejercicio de estos cargos ... ***en los supuestos legalmente previstos.***

Pudiera parecer, en un principio, de la dicción literal de ese artículo 217 CC, que se trata de una relación cerrada de causas, es decir, de *numerus clausus*, pero no es así, pues el artículo 251 CC, referido a la tutela, pero aplicable por analogía a las demás instituciones, establece causas tan amplias de excusas que, en definitiva, siempre cabrán.

### **2.4.2. Retribución e indemnización.**

El artículo 220 CC establece **La persona que en el ejercicio de una fun-**

**ción tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.** Puede parecer, en principio, que no existe retribución, pero el artículo 274 CC, sí contempla esa posibilidad en el seno de la tutela, lo que puede ser aplicado analógicamente a las demás instituciones. En concreto indica tal artículo **El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por ciento ni exceda del 20 por ciento del rendimiento líquido de los bienes.**

En cuanto a la indemnización, los requisitos requeridos son:

- a) Que los daños y perjuicios sean consecuencia del ejercicio del cargo.
- b) Que se produzcan sin culpa de quien lo ejerce.
- c) Que no pueda resarcirse por otro medio
- d) Que haya bienes suficientes después de atender las necesidades más perentorias del propio tutelado.

### **2.4.3. Prohibiciones.**

El artículo 221 CC establece una serie de actos que están vedados a los sujetos que ostenten cargos tutelares, tratándose de prohibiciones absolutas. En concreto son:

- a) **Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.**

**b) Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.**

**c) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.**

#### **2.4.4. Inscripción en el Registro.**

Impone el Código civil, a través de los artículos 218 y 219, la obligación de inscribir las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares, no pudiendo oponerse tales resoluciones a terceros mientras no estén inscritas. Además, y a tenor de lo dispuesto en el segundo de los artículos citados, la inscripción se realizará mediante comunicación de la autoridad judicial al Encargado del Registro, comunicación que no admite dilación.

### **3. La Tutela**

#### **3.1. Concepto y Sujetos**

Como ya indicamos anteriormente, se trata de un órgano estable de actuación habitual que pretende suplir la falta de capacidad de quien, siendo menor de edad o incapacitado, no está sometido a la patria potestad. Según establece el Código civil, deben someterse a tutela:

a) Los menores de edad no emancipados que no estén sometidos a la patria potestad, artículo 222.1. Es decir, aquellos cuyos padres hayan fallecido o se les haya declarado fallecidos (artículo 169.1 CC) o que hayan sido privados de la patria potestad por las causas previstas en el artículo 170 CC.

b) Los incapacitados, cuando así lo establezca la sentencia de incapacitación

(artículo 222.2 CC).

c) Los sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela (artículo 222.3 CC) Sólo se dará en el supuesto en que los padres del mayor de edad sometido a patria potestad prorrogada fallezcan o sean declarados fallecidos, en virtud de lo establecido en el artículo 171 CC.

d) Los menores que se hallen en situación de desamparo (artículo 222.4 CC, en relación con el artículo 172 CC). Además, y en virtud de lo establecido en el artículo 239.3 CC, habrá que incluir a los incapaces cuando ninguno de los sujetos citados en el artículo 234 CC sea nombrado tutor, o cuando se encuentren en situación de desamparo. En estos casos, y como tendremos oportunidad de analizar posteriormente, la tutela la asume la entidad pública correspondiente, y se ejercerá a través de un acogimiento, bien residencial o, preferentemente, familiar.

### 3.2. Estructura

Normalmente, el de tutor es un cargo individual que es ejercido por una persona física. Nuestro Código, como ya advertimos anteriormente, asume, tras la reforma de 1983, el principio general de unidad de la tutela, que se concreta en la denominada tutela unipersonal. La razón fundamental de acoger este principio es que se entiende preferible controlar y responsabilizar a un solo tutor que a varios<sup>422</sup>. Pero, de forma excepcional, pueden ser tutores algunas personas jurídicas, o pueden concurrir varias personas físicas. Los supuestos más comu-

---

422. En este sentido, O'CALLAGHAN, op. cit., pág. 324, y LETE DEL RÍO, en **Comentario del Código Civil**, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 723. También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, JUR 2005/178145, para quien **La regulación legal de la institución que contemplamos (tutela) parte del principio de unidad tutelar y sólo excepcionalmente en el artículo 236 del Código Civil se quiebra dicho principio en ninguno de los supuestos contemplados en dicho precepto tienen encaje la fórmula de colegiación o rotación propugnada por la parte apelante, además la complejidad de dichas fórmulas acarrearía inconvenientes prácticos...**

nes, serían:

a) Tutela de persona jurídica. El artículo 242 CC dispone, **Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.**

b) Tutela plural. Atendiendo a lo establecido en el Código civil, los supuestos más comunes serían:

- Tutela real, siempre y cuando se distinga de la tutela personal (artículos 236.1º y 227). Debemos entender que esta posibilidad sólo se producirá, como excepción a la regla general, cuando existan determinadas circunstancias especiales que así lo aconsejen y que sean apreciadas por la autoridad judicial, la cual deberá, además, justificarlas, motivarlas, en su resolución. Normalmente, la actuación de los tutores, tanto personal como real, será independiente en el ámbito de su respectiva competencia, por lo que su responsabilidad también lo será. Ahora bien, tal y como establece el artículo 236.10, hay decisiones que conciernen a ambos, por lo que la responsabilidad será común, solidaria. Esta actuación conjunta vendrá determinada, en gran parte, por depender la tutela personal de los medios económicos con que cuente el pupilo, su patrimonio, cuya administración, en este caso, pertenece al tutor real. Por ello, el nivel de gastos deberá ser decidido entre ambos tutores.

- Tutela de los padres (artículo 236.2º). Ésta sólo cabe respecto de los hijos mayores de edad incapacitados cuando no se pueda rehabilitar la patria potestad, es decir, cuando sea viudo o no conviva con los padres. También cabría si, estando casado, el juez altera el orden de nombramiento del tutor.

• Cuando lo estime conveniente el tutor (artículo 236.3º). Se trata del supuesto en que alguien es nombrado tutor de los hijos de su hermano y, estando casado, pretende que su cónyuge ostente también la tutela. Tiene su origen en la propia decisión judicial y su fundamento podría encontrarse en el principio de unidad familiar. De todas formas, como bien señala LETE DEL RÍO<sup>423</sup>, no existe *una atribución conjunta e in-distinta de la tutela, sino que la tutela se atribuye al hermano del padre del tutelado, y es para el ejercicio para el que se incorpora también al cónyuge del mismo. Añade el mismo autor que con esto no quiero decir que el cónyuge del tutor no sea también un tutor, sino advertir que tiene unas importantes repercusiones, concretamente: si en el hermano del padre del tutelado concurre inhabilidad, no creo que pueda nombrarse a su cónyuge, y sí en el caso inverso; es posible que se les nombre a la vez, pero nada impide que se nombre al hermano del padre del tutelado y más tarde (vista la convivencia) al cónyuge, lo cual tampoco podría suceder al revés, etc.*

• Tutela testamentaria plural (artículo 236.4º). En este caso, el juez atiende al nombramiento plural realizado por los padres en testamento o documento público notarial, tal y como regula el artículo 234.4º CC, al indicar, en el orden de prelación para el nombramiento del tutor, que se preferirá, en cuarto lugar, **a la persona o personas designadas por éstos** (los padres) **en sus disposiciones de última voluntad.**

Establece el Código, en el artículo 237, normas especiales para los supuestos de tutela plural. En principio, establece una norma general y dos excepciones:

1. La norma general se basa en la actuación conjunta de los tutores, de

---

423. Op. cit., pág. 725

forma que todos actuarán de común acuerdo, que deberá ser unánime si son sólo dos, supuesto más normal, o por mayoría, si hubiera más de dos tutores, lo que no es tan normal. Si no existe acuerdo, decidirá el juez, tras dar audiencia a los tutores y al tutelado cuando tenga juicio suficiente. Si los desacuerdos fueran reiterados y entorpecieran gravemente el ejercicio de la tutela, el juez podrá proceder a su reorganización, pudiendo llegar, si se cree necesario, a nombrar un nuevo tutor.

2. La primera excepción, que prevé una actuación solidaria, se refiere al supuesto en que los padres así lo dispongan expresamente al realizar el nombramiento de tutores en sus respectivos testamentos o en documento público notarial.

3. La segunda excepción, también de actuación solidaria, contempla el supuesto de la tutela por parte de los padres, cuando éstos lo soliciten. Para ambas excepciones, la decisión judicial es discrecional, basándose en el interés del tutelado.

Regula, por último, el artículo 237 bis CC, el supuesto de conflicto de intereses en la tutela plural. Si en la tutela individual habrá de procederse al nombramiento de un defensor judicial, según establecen los artículos 221.2º y 299.2ºCC, en el caso que nos ocupa y, recordemos, para la tutela plural, establece que si el conflicto se da con todos los tutores, deberá nombrarse un defensor judicial, pero si ese conflicto se da sólo con uno de ellos, la representación la ostentará el otro tutor u otros tutores con los que no exista tal conflicto.

Fuera de la estructura de la tutela, es posible que una persona disponga de bienes o derechos a favor del incapacitado, por donación u otra disposición a título gratuito, e imponga una administración separada de los mismos (art. 227 CC). A cuyos fines designará una persona diferente al tutor y unas reglas de adminis-

tración que, en función de su autonomía, pueden o no establecer un sistema de control de la actividad parecida o no a la de la tutela. No obstante lo dicho, debemos aclarar: 1º) Que el tutor, como representante legal de la persona beneficiaria, podrá solicitar información y la rendición de cuentas, de la misma manera que un mandante de su mandatario; 2º) Que las funciones no atribuidas al administrador corresponderán al tutor.

### 3.3. Delación y nombramiento del Tutor.

La delación de la tutela supone el llamamiento o designación de la persona que ha de ejercer el cargo de tutor. Atendiendo a esto, se distinguen diversos tipos de tutela; así:

**1. Designación de la tutela por los padres.** Según dispone el artículo 223.1 del CC, **los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.** La designación de los tutores por los padres, según el artículo 234, **vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso, lo hará mediante decisión motivada.**

Lo primero que tenemos que aclarar es que, realmente, los padres no nombran al tutor, sino que, en puridad, designan a la persona que ellos estiman más conveniente para ejercer el cargo; y decimos esto porque como ya hemos anunciado, la ley de 1983 impone el principio de tutela de autoridad, por lo que será la autoridad judicial la que realmente realice el nombramiento, siempre de acuerdo a lo establecido en el Código.

Aunque el artículo 233 CC se refiere sólo a la tutela, éste es aplicable también a la curatela, por lo que los padres podrán designar curador en aplicación de esta misma regla. Además, podrán establecer cualquier tipo de disposición que complemente la fiscalización de la tutela; y decimos que complemente, porque lo que no se admite es la sustitución de la fiscalización judicial, y ello en base, de nuevo, al principio de tutela de autoridad.

La decisión pueden adoptarla los padres conjuntamente en documento notarial único o coincidentemente, por separado, en sendos documentos o testamentos individuales<sup>424</sup>.

En el supuesto en que no exista coincidencia en el nombramiento del tutor realizado por separado por los padres, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 235 CC, el Juez tratará de aplicar las disposiciones de cada uno de los padres, en la medida de lo posible, mientras sean compatibles, y no siéndolo, deberá, en decisión motivada, adoptar las que considere más convenientes a los intereses del tutelado.

Un problema que se puede plantear es el de la revocación del testamento. En efecto, no es extraño que un sujeto que haya hecho testamento lo reforme o lo anule. La duda que surge es si la designación realizada en testamento anterior es también revocable, se anula, o no, y debe, obligatoriamente, mantenerse. En este punto, debemos atender preferentemente, a dos artículos del Código, el 737 y el 741; en virtud del primero de ellos, **Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Y por el segundo, El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no conten-**

---

424. Y ello, porque según el artículo 669 CC, **No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.**

**ga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere.** Pues bien, algunos pretenden que el nombramiento de tutor testamentario debe incluirse dentro de los supuestos contemplados en el artículo 741, por lo que es irrevocable. Otro grupo de autores, por todos ROGEL, mantienen lo contrario, al estimar que *una cosa es reconocer a un hijo y otra, muy distinta, designar para el mismo, como tutor, a una persona en la que bien se puede haber perdido la confianza posteriormente*<sup>425</sup>.

Por otro lado, del artículo 224 CC antes transcrito, se deduce que el juez debe nombrar tutor a la persona o personas designados por los padres; pero el artículo 234 CC, al establecer el orden de la tutela legítima, incluye a los tutores testamentarios en cuarto lugar, anteponiendo en ese orden al designado por el propio tutelado, en los supuestos de la denominada autotutela, a los propios padres y al cónyuge conviviente del menor o incapacitado, por lo que, en principio, esos sujetos tienen preferencia a la hora del nombramiento. Ahora bien, si fallece el cónyuge, o cesa la convivencia, el juez debería nombrar a los tutores testamentarios.

Por último, sólo indicar que, para que el nombramiento realizado por los padres pueda tener efectos, es necesario que, cuando lo realizaran, tuvieran la titularidad de la patria potestad, tal y como se desprende del artículo 226 CC, según el cual, *Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.* Respecto a la suspensión de la patria potestad, si la consideramos una privación temporal, como hace el Código en el artículo 170, debemos deducir que los sujetos suspendidos no podrán tampoco, y mientras dure la medida, designar tutor.

---

425. ROGEL, op. cit., pág. 698. En el mismo sentido, O'CALLAGHAN, op. cit. pág. 314, para quien es absurdo pensar que un nombramiento de tutor u otros cargos hecho por los padres les vincule y sea irrevocable cuando tantos cambios se dan en las personas y en las vidas.

**2. Tutela legítima.** Establecida en el artículo 234 CC, lo que hace éste es indicar un orden de preferencia a la hora del nombramiento del tutor. Éste será:

- El designado por el propio tutelado, según el artículo 223.2 CC, que es fruto de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Norma Tributaria con esta finalidad. Se trata de la denominada **autotutela**. Según la dicción literal, **cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.**

- El cónyuge. Para este supuesto, se exige convivencia del matrimonio, por lo que no será nombrado si existe separación legal o separación de hecho. No es más que la aplicación en esta sede de los deberes que, para el matrimonio, establecen los artículos 67 y 68 del Código; a saber, deber de convivencia y de ayuda y socorro mutuos.

- Los padres del tutelado. Para ello se requiere que la filiación esté determinada, cualquiera que sea su clase (matrimonial, no matrimonial o adoptiva); que no sean titulares de la patria potestad, pues en caso contrario no cabría la tutela, y que no hayan sido privados o suspendidos de la misma, tal y como se desprende del artículo 243.1º CC. Lo serán de aquellos hijos que sean incapacitados después de alcanzada la mayoría de edad, que no vivan en compañía de los padres y que no estén casados. Si estuvieran casados, se requiere que no proceda la tutela del cónyuge. Cuando la tutela corresponda a ambos progenitores, el ejercicio será dual, por lo que constituye una de las excepciones al principio de unidad de la tutela.

- Los designados por los padres en sendos testamentos o en documento público notarial, es decir, la tutela testamentaria. Realmente, el número 4 de este artículo 234, se refiere sólo a los designados **en disposiciones de última voluntad**, lo que debemos entender como un error y un olvido del legislador, por lo que es ampliable a los sujetos nombrados en documento público notarial.
- Los parientes designados en quinto lugar, es decir, descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. No parece que se trate de un orden de preferencia, por lo que, existiendo varios, el juez podrá designar a quien estime más conveniente<sup>426</sup>.

Por último, y en el párrafo segundo de este artículo 234, se otorga una amplia facultad al juez para poder alterar ese orden o, incluso, prescindir de él, siempre que lo estime beneficioso para el tutelado. Se requiere siempre, y en este caso, resolución motivada.

**3. Tutela dativa.** De lo dispuesto en el artículo 235 CC se deriva que, no existiendo las personas antes indicadas, el juez deberá nombrar como tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, estime más conveniente. También hay que tener en cuenta que, en virtud del principio del beneficio del menor o incapacitado, el Juez puede no sólo alterar el orden de la tutela legítima, sino saltárselo, por lo que podrá nombrar a otro sujeto como titular de la tutela, siempre en resolución motivada, y en interés del tutelado. Por otro lado, también podrá nombrar el Juez a una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de los menores e incapacitados y que entienda idónea para el cargo, según establece el artículo 242 CC.

---

426. En contra de esta opinión, ROGEL, op. cit., pág. 720, para quien este artículo es la traducción del viejo adagio de que el cariño primero desciende, después asciende y finalmente se extiende, por lo que debe entenderse que el legislador ha impuesto un orden de prelación.

### 3.4. Constitución de la Tutela.

#### 1. Constitución Judicial.

Como se ha visto anteriormente, la constitución de la tutela puede acumularse a la incapacitación en el procedimiento contradictorio mediante el cual se procede a la misma (arts. 759.2 y 760.2 de la LEC) o puede constituirse independientemente en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (Disposición Adicional Tercera de la LO 1/96). Para proceder a la misma, el Juez tiene que tener conocimiento de la existencia de una persona que deba ser sometida a la tutela. Esta es la denominada constitución de la tutela ordinaria que deberemos diferenciar de la constitución administrativa “ex lege” que se impone en las situaciones de desamparo (arts.172 y 239 del CC).

El artículo 229 CC, establece que **estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.** Por otro lado, se establece una obligación genérica en el artículo 230 CC, al indicar que **cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela.** Aquí deberíamos incluir no sólo a aquellos sujetos que en ese momento tengan la guarda de hecho sobre el menor o incapacitado, sino también a todos aquellos que se ocupen del sujeto o tengan conocimiento de la situación por una relación profesional<sup>427</sup>. Con independencia de los dicho, de oficio, el Ministerio Fiscal y el Juez pueden llegar a tener este conocimiento; y así el art. 228 del CC nos indica expresamente, **si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá**

## **el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.**

Mientras no recaiga resolución judicial, la representación y defensa del menor o incapacitado será asumida por el Ministerio Fiscal, según establece el artículo 299 bis CC; además, y según el mismo artículo, si hubiera que proceder al cuidado de los bienes, el juez deberá nombrar un administrador, que deberá rendir cuentas cuando termine su función. Es lógico pensar que se trata de supuestos en los que existe urgente necesidad de adoptar estas medidas. Normalmente, se esperará a la constitución de la tutela.

Una vez puestos en conocimiento del juez los hechos a los que nos referimos, éste deberá dar audiencia a los parientes más próximos, a los sujetos que estime conveniente y, en todo caso, al menor o incapacitado, si tuviera juicio suficiente y, en todo caso, al mayor de doce años, según establece el artículo 231 CC. En el Auto concluyente del procedimiento constitutivo de la tutela, el juez deberá proceder al nombramiento del tutor. Además, podrá establecer, en el mismo procedimiento y en la misma resolución, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, siempre en beneficio del tutelado (artículo 233 CC).

## **2. Constitución administrativa.**

En el caso de que el menor o incapaz se encuentre en situación de desamparo, las entidades públicas que tengan encomendado en su territorio su protección, una vez comprobados los hechos, podrán asumir automáticamente la tutela de dichas personas, tal como nos reconocen los arts. 172 y 239 del CC. La primera norma, producto de la reforma de la LO 1/96, de 15 de enero, de protección

---

427. En este mismo sentido, respecto al desamparo, se expresa la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

jurídica del menor, tiene más calidad técnica que la segunda, en su párrafo tercero, que se introdujo por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial a las personas con discapacidad, para las situaciones de incapacitados mayores de edad. En relación a los menores, después de la asunción de la tutela, con o sin adopción de otras medidas de protección, se deberá advertir de la medida al Ministerio Fiscal y notificarse en el plazo de cuarenta y ocho horas a los padres, tutores o guardadores, tal como nos dice el art. 172.1 del Cc. Aclara este precepto que **siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.** A partir de dicho momento, estos podrán oponerse a la medida, mediante el procedimiento señalado en los arts. 779 y 780 de la LEC, con la modulación del art. 172.6 del CC. La asunción de la tutela extraordinaria supone la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria, si bien permite el legislador que sean válidos los actos de contenido patrimonial que sean beneficiosos para el menor realizados por los padres y los tutores, en forma parecida al art. 304 del CC.

En relación con los incapaces, el art. 239, 3º párrafo, del CC introduce, por su defectuosa redacción, no pocas cuestiones a dilucidar: 1º) Si se puede plantear correctamente un supuesto de tutela extraordinaria a favor de todo incapaz, esté incapacitado o no, siendo la postura más prudente estimar que sólo puede darse en el caso de los incapacitados, por cuanto nuestro sistema legal sólo posibilita la constitución de tutelas sobre mayores de edad que previamente hayan sido incapacitados por sentencia judicial (art. 200 del CC). 2º) Si sólo plantea el precepto el supuesto de que, cuando falten los sujetos del art. 234 del CC, deben las entidades públicas asumir obligatoriamente la tutela de personas mayores incapaces. 3º) Si se puede aplicar, analógicamente, los preceptos del art. 172 del CC sobre la comunicación y notificación, así como los efectos vistos. Y por

último, falta la construcción de un procedimiento judicial para hacer valer la oposición a la medida adoptada.

Especialmente, el art. 174 CC señala una serie de reglas que deben aplicarse a la tutela extraordinaria: **a) ...La entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. b) El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante la Juez las medidas de protección que estime necesarias. c) La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe.**

### **3.5. Capacidad y condiciones para el ejercicio del cargo.**

En principio, el cargo de tutor, por las funciones que tiene encomendadas, requiere condiciones de capacidad plena y moralidad intachable. A lo primero se atiende estableciendo condiciones de aptitud; a lo segundo, imponiendo causas de inhabilidad y de remoción, así como mecanismos de control y responsabilidad. El artículo 241 CC dispone, en este sentido, que **podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concorra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes.** Como vemos, ser requiere plena capacidad de obrar, por lo que estarán excluidos los menores de edad, incluso emancipados y los incapacitados o declarados pródigos.

En cuanto a las causas de inhabilidad<sup>428</sup>, estas vienen contenidas en los artículos 243, 244 y 245 CC. En virtud de éstos, no podrán ser tutores:

a) Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, según dispone el artículo 243.1º CC.

b) Los que hubieran sido legalmente removidos de una tutela anterior, según el artículo 243.2º CC.

c) Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena, artículo 243.3º CC

d) Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela, artículo 243.4º CC.

e) Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho, artículo 244.1º CC.

f) Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado, artículo 244.2º CC.

g) Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida, artículo 244.3º CC.

h) Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incap-

---

428. O'CALLAGAN las denomina *causas de incapacidad especial*, y entiende que están fundadas en que se trata de personas sin una dignidad o moralidad que le hacen sospechoso de no actuar con el cuidado y condiciones que requiere la función que se le encomienda, de tanta trascendencia en la persona y en el patrimonio del tutelado. Op. cit., pág. 329

citado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración, artículo 244.4º CC. En este caso, al igual que el de la letra c), la causa de inhabilidad no se aplica cuando el tutor hubiera sido designado por los padres en testamento o documento público notarial, y fueran conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el juez entienda otra cosa en beneficio del menor o incapacitado, según lo dispuesto en el artículo 246 CC.

i) Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea sólo de la persona, artículo 244.5º CC.

j) Los excluidos expresamente por el padre o por la madre en testamento o documento público notarial, salvo que el juez, en resolución motivada, y siempre en beneficio del tutelado, estime otra cosa, artículo 245 CC.

En cuanto a las causas de remoción, éstas no tienen verdadera autonomía, pues se trata de causas de inhabilidad sobrevenidas, es decir, que se producen cuando ya está establecida la tutela y el tutor ejerciendo su cargo. Así, el artículo 247 CC establece que **serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.** Para O'CALLAGHAN, las causas de remoción se reducen a tres, aunque muy amplias: 1) alguna **causa de incapacidad que haya sobrevenido al tutor con posterioridad a su nombramiento... la incapacidad se aprecia por el Juez y evita el nombramiento o la advierte posteriormente y es una causa de remoción;** 2) **conducirse mal en el desempeño de la tutela del modo que sea, aunque el artículo 247 enumera –no más que ad exemplum– los supuestos de incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejerci-**

**cio;** 3) *el que surjan **problemas de convivencia** que..... deben ser graves y continuados.*

El procedimiento a seguir para la remoción es el de jurisdicción voluntaria, que se convertirá en contencioso cuando exista oposición, según se establece en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el artículo 248 CC, el procedimiento podrá iniciarlo **el Juez de oficio**; en este caso, el Juez tiene conocimiento de los hechos que motivan la remoción a través del ejercicio de su facultad de control, vigilancia y salvaguarda de las instituciones tutelares, que, como hemos visto, le impone el principio de tutela de autoridad y, más específicamente, el artículo 216 del propio Código. Además, y según el propio artículo 248 CC, se podrá iniciar también el procedimiento a **solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de otra persona interesada**. En cuanto al Ministerio Fiscal, como ya sabemos, su misión genérica en esta sede es la defensa de los intereses de los menores e incapacitados. Por lo que respecta a la referencia a **otra persona interesada**, cree LETE DEL RÍO<sup>429</sup> que debe entenderse en sentido amplio, ya que, según él, *no es posible desconocer que en la tutela confluye un triple interés: individual, familiar y social o público, el cual obliga a que las normas relativas a la protección y guarda de los menores e incapacitados tengan que ser interpretadas siempre tomando como guía la absoluta primacía del beneficio e interés del tutelado*. Por último, merece especial consideración la inclusión del propio tutelado como legitimado en este proceso. En la redacción original de la ley de 1983, éste estaba ausente, no se le consideraba legitimado, lo que fue duramente criticado por la doctrina. Fue la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la que, reformando este artículo 248 CC, lo incluyó. La crítica se basaba en que estas normas de remoción son aplicables a todos los cargos tutelares, por lo que no tenía sentido no legitimar al sometido a curatela. La nueva redacción parece solucionar el problema planteado.

---

429. LETE DEL RÍO, op. cit., pág. 753

En el procedimiento, el Juez deberá dar audiencia al tutor y al propio tutelado, si tuviere juicio suficiente, culminando el mismo con resolución en la que deberá decretar o no la remoción. Como indica el artículo 250 CC, si se decreta la misma, habrá de procederse al nombramiento de un nuevo tutor. Durante el procedimiento se podrá suspender de las funciones al tutor, y nombrar un defensor judicial al tutelado, según establece el artículo 249 CC.

Junto a todas estas causas que, como hemos advertido, tratan de proteger los intereses del sometido a la tutela, el Código civil, como ya adelantamos con anterioridad, regula las denominadas *excusas*, que suponen causas legítimas que permiten al designado como tutor no hacerse cargo de la tutela. En este caso, el interés protegido es el del propio tutor. En este sentido, el artículo 251 CC establece que **será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo**. Como se puede observar, se trata de causas amplias, con lo que se rompe la tendencia anterior de establecer un sistema de *numerus clausus*, tal y como disponía el artículo 244 Cc antes de la reforma de 1983.

También se regulan excusas para las personas jurídicas, pues el párrafo segundo del mismo artículo 251 CC establece, para ese supuesto, que podrán hacerlo **cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela**. En este caso, a lo que hay que atender es si la carencia de medios de la persona jurídica podría provocar una desatención de sus obligaciones con los tutelados. Especial mención merece el supuesto en que la persona jurídica tenga el carácter de Administración Pública. BERCOVITZ<sup>430</sup>, entiende que, en este caso, el Juez no debería admitir la excusa, pues *es cierto que los recursos*

---

430. BERCOVITZ, citado por LETE DEL RÍO en, op. cit., pág. 758

*de éstas no son ilimitados, pero la problemática que aquí se plantea concretamente es de reparto de recursos. Resultaría sorprendente que en dicho reparto un Estado Social y de Derecho, no pudiese asignar partidas presupuestarias suficientes para atender a las tutelas de los menores e incapacitados que tenga que asumir.*

La excusas podrán alegarse tanto antes como después de establecida la tutela. Para el primer supuesto, el artículo 252 CC dispone que **el interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento**; mientras que para el segundo supuesto, dispone el artículo 253 CC que **el tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando durante el desempeño de aquélla le sobrevenga cualquiera de los motivos contemplados en el artículo 251**. Esta posibilidad de renuncia o dimisión no se aplicará a las personas jurídicas tutoras, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 254 CC. Además, si la excusa es sobrevenida, supuesto del artículo 253 CC, podrá ser alegada en cualquier momento, según el artículo 255 CC. En cuanto a las consecuencias que provocan la alegación de la excusa y su eventual admisión, el artículo 256 CC dispone que **mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función**, teniendo en cuenta que, si no lo hace así, el juez deberá nombrar un defensor que le sustituya, corriendo el tutor con todos los gastos que se generen por esa causa. Además, y según el artículo 257 CC, si el tutor nombrado por los padres en testamento presenta excusas en el momento de su delación, **perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiese dejado el testador**. Por último, admitida la excusa, habrá que proceder al nombramiento de un nuevo tutor, según establece el artículo 258 CC.

### 3.6. Contenido de la tutela.

Al igual que ocurre en la patria potestad, en la tutela se distingue entre un aspecto personal y un aspecto patrimonial, amén de analizarse la representación legal como función fundamental del tutor. Analicemos cada uno de ellos en particular.

#### *A. Esfera personal:*

El artículo 269 CC establece un deber genérico y tres deberes específicos en cuanto al cuidado de la persona del menor o incapacitado:

1. En cuanto al deber genérico, el Código impone al tutor la obligación de **velar por el tutelado**. En este caso, y a diferencia de los que ocurre en la patria potestad, esta obligación no va más allá de la propia institución, de la tutela, sino que nace y desaparece con el nombramiento, por lo que no podemos considerar que surja o provenga de la filiación, sino que se circunscribe a la propia tutela. Por otro lado, sí podemos considerar que engloba a los otros deberes específicos que incluye el propio artículo 269 CC.

2. En cuanto a los deberes específicos, se incluyen:

1. Deber de alimentar al tutelado: Lo fundamental en esta sede, es que no se trata de un deber recíproco y que tampoco se impone prioritariamente a costa del patrimonio del tutor. En principio, el tutor procurará los alimentos del propio patrimonio del tutelado, y sólo en último término, deberá procurarlos del suyo propio. De todas formas, debemos recordar la regla contenida en el artículo 251 CC, según el cual, puede el tutor excusarse de su cargo cuando resulte excesivamente gravoso.

2. Deber de educar al menor y procurarle una formación integral: Atendiendo al artículo 271.1º CC, el tutor necesitará una autorización por parte del Juez para internar al tutelado en un centro de educación o formación especial, aunque ésta no será necesaria cuando se trate de tratamiento ambulatorio.

3. Promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad. Se refiere, básicamente, al supuesto de tutela de incapacitados.

Junto a esto, el Código dota al tutor de la necesaria autoridad para el cumplimiento de sus funciones, al establecer, en el artículo 268, **Los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor**. Añadiendo, en el párrafo segundo, **Los tutores podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente**.

#### *B. Representación legal.*

Establece el artículo 267 CC que **El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación**.

Algunas disposiciones legales, efectivamente, determinan la necesidad de intervención del tutor en las diferentes esferas personal o patrimonial del incapacitado. Por ejemplo, el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, que nos dice que el consentimiento informado deberá ser prestado por representantes legales en caso de **pacientes incapacitados legalmente** o **Cuando el paciente menor de edad no sea capaz inte-**

**lectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente,** o el art. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre el derecho al honor, que las intromisiones ilegítimas podrán ser consentidas, si no tuviera suficiente **madurez**, por sus representantes legales, comunicándolo inmediatamente al Ministerio Fiscal, quien tendrá ocho días para oponerse al mismo.

### *C. Esfera patrimonial.*

En virtud del artículo 271 CC., **el tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.**

Cuando, conforme al artículo 236.1º CC se hayan separado, como cargos distintos, el de tutor personal y tutor real, sólo a éste compete la administración general del patrimonio del tutelado.

Además, cuando se hable de **administrador legal**, no implica que los padres no puedan nombrar en testamento o documento público notarial un administrador distinto del tutor y establecer, para su actuación, normas negociales por las que se rija, según se desprende del artículo 223 CC.

Por último, la administración que se confía al tutor lo es en sentido amplio, por lo que comprende tanto actos de mera administración como de disposición del patrimonio. Respecto a este punto, el propio Código, en los artículos 271 y 272, establece una serie de actos para los que el tutor-administrador, requiere autorización judicial. Son estos actos, los siguientes:

1. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos o valores mobiliarios de los tutelados, o celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción, exceptuándose expresamente, la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. A sensu contrario podemos entender que no se requerirá la autorización para gravar o enajenar bienes muebles, ni para realizar actos de mera administración sobre los bienes inmuebles y demás indicados.
2. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
3. Aceptar, sin beneficio de inventario, cualquier herencia, así como repudiar una herencia o sus liberalidades.
4. Realizar gastos extraordinarios en los bienes.
5. Entablar demanda en nombre de los tutelados, salvo en asuntos urgentes o de escasa cuantía.
6. Ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
7. Dar y tomar dinero a préstamo.
8. Disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

9. Ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

10. Aunque no se requiera la autorización para la partición de herencia o la división de cosa común, sí se necesitará una posterior aprobación judicial.

La autorización judicial es discrecional, siempre en beneficio del tutelado, presupone un juicio de valor positivo por parte del juez, es previa, en cuanto que es anterior a la realización del acto, y concreta, es decir, se autoriza un único acto, no en abstracto. Aunque no lo diga el precepto, si deberemos entender que el acto sometido a autorización deberá ser o necesario o útil para el menor o incapaz, de la misma manera vista en el art. 166 CC relativo a la patria potestad. La realización de uno de estos actos por el tutor, sin la previa autorización, implica la ineficacia del mismo y, por lo tanto, no producirá efectos jurídicos<sup>431</sup>. Por último, y en virtud del artículo 273 CC., el juez, a la hora de autorizar cualquiera de esos actos, deberá dar audiencia al Ministerio Fiscal, el tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, además de practicar cualquier prueba y requerir los estudios o informes pertinentes.

### **3.7. Extinción de la tutela.**

De las causas que producen la extinción de la tutela se ocupan los artículos 276 y 277 CC. La filosofía que parece guiar esta regulación es la de, considerando a la tutela como un órgano sustitutorio de la patria potestad, para la guardia y protección de los menores e incapacitados, entender que correlativamente se extinguirá por tres grupos de causas: cuando renazca la patria potestad, cuando

---

431. Así lo entiende AMORÓS GUARDIOLA en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 545.

desaparezca el menor o incapacitado y cuando cese la menor edad o la incapacitación<sup>432</sup>. Desde este punto de vista, podemos establecer como causas de extinción, las siguientes:

1. La mayoría de edad del menor, salvo que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado (artículo 276.1o). En el caso de la incapacitación previa, y en virtud del artículo 278, subsistirá la tutela, continuará el mismo tutor en el cargo, pasando a ser tutela de incapacitado.
2. La adopción del tutelado menor de edad (artículo 276.2º)
3. Muerte del tutelado (artículo 276.3º)
4. Por concesión al menor del beneficio de la mayor edad, pasando, en este caso, el tutor a ser curador (artículo 276.4º).
5. Por recuperación de la patria potestad, cuando la tutela se hubiera originado por privación o suspensión de la misma (artículo 277.1º)
6. Cuando la tutela, por resolución judicial, se extinga y se convierta en curatela, pasando el tutor al cargo de curador (artículo 277.2º)

Junto a estas, debemos considerar otras causas de extinción no contempladas en los artículos citados. Así<sup>433</sup>.

7. La declaración de fallecimiento del menor o incapacitado. Cuando se trate de

---

432. En este sentido, LACRUZ, op. cit. págs. 451 y ss.

433. Las cuatro últimas causas, son establecidas por LETE DEL RÍO, en **Comentarios del Código Civil**, Ministerio de Justicia, tomo I, págs. 819 y ss.

una declaración de ausencia, el tutor pasa a convertirse en representante del ausente.

8. La muerte, declaración de fallecimiento o incapacitación del tutor. En estos casos, siendo necesario el mantenimiento de la tutela, deberá procederse al nombramiento de un nuevo tutor.

9. Cuando sobrevengan causas de excusa o se incurra en causa de remoción del cargo de tutor. Aprobada una o establecida la otra, se nombrará nuevo tutor.

10. El matrimonio del menor de edad huérfano.

11. Reparición de alguno de los progenitores cuya declaración de fallecimiento o ausencia hubiera provocado el surgimiento de la tutela.

12. El cese de la incapacitación o imposibilidad de alguno de los progenitores, cuando hubiera sido esa la causa que provocó la tutela.

13. El reconocimiento voluntario del hijo.

Una vez producida la extinción de la tutela, se imponen al tutor una serie de obligaciones de necesario cumplimiento.

En primer lugar, debe proceder a rendir la cuenta general justificada de su administración ante el juez. Para ello, y en virtud del artículo 279 CC, tiene un plazo de tres meses prorrogables por el tiempo necesario, siempre que exista justa causa. Antes de aprobarla, el juez deberá oír al tutor, o curador o defensor judicial en su caso, y al que estuvo sometido a la tutela o a sus herederos, según establece el artículo 280 CC. Los gastos necesarios para realizar esta rendición de cuentas serán con cargo de quien estuvo sometido a la tutela, según el ar-

título 281.

En segundo lugar, deberá responder del saldo de las cuentas generales que resulten en su contra. En virtud del artículo 282 CC, el saldo podrá devengar interés a favor o en contra del tutor; si es a favor del tutor (artículo 283 CC), los intereses se devengarán **desde que el que estuvo sometido a la tutela sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes**; si es en contra del tutor (artículo 284 CC), **devengará interés legal desde la aprobación de la cuenta.**

La acción para solicitar la rendición de la cuenta general prescribe a los cinco años, contados desde que se terminó el plazo para efectuarlo, según el artículo 279.2 CC.

#### **4. La curatela.**

Se trata de una institución clásica de nuestro derecho histórico, desaparecida con la aprobación del Código Civil, pero recuperada en nuestra legislación por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que, como ya hemos visto, reforma el Código Civil en materia de instituciones tutelares.

Se trata de un órgano estable de actuación intermitente, cuya finalidad es completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos, de asesoramiento o consejo.

Es primordial, en este punto, analizar qué sujetos deben someterse a ella, así como el tipo de curatela que provoca. Según establece el artículo 286 CC, habrá que someter a curatela:

**1º. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.** Podemos

además incluir en este grupo a los incapacitados que, previamente, hubieran estado sometidos a tutela, cuando, como indica LACRUZ, quede la denominada tutela residual, es decir, **los que hubieren obtenido el beneficio de la mayor edad**. Para todos estos casos, el curador debe asistir al sometido a curatela en los actos para los que la ley exige este concurso al consentimiento del emancipado o habilitado. En concreto, nos referimos a los actos regulados en el artículo 323 CC, en virtud del cual, el menor emancipado o que hubiera obtenido el beneficio de la mayor edad, no podrá, por sí solo, **tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor**. Para poder realizar estos actos es para los que se requiere la asistencia del curador.

2º. Los incapacitados, cuando así lo establezca la sentencia de incapacitación, según el artículo 287 CC. En este caso, la curatela tiene por objeto, en virtud del artículo 289 CC, **la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido**. Si no se especifica nada en la sentencia, se presume que la curatela se extiende a los mismos actos para los que el Código impone autorización judicial en el cargo de tutor, tal y como indica el artículo 290 CC.

3º. Los declarados pródigos. La prodigalidad significa tanto como comportamiento desordenado en la administración del patrimonio que, de forma injustificada, lo pone en grave peligro de disminución o pérdida; o como dice ROGEL<sup>434</sup>, *desequilibrio o desorden que, sin implicar alteración alguna de sus facultades mentales, afecta, en el orden estrictamente económico y de manera permanente, a una persona, que gestiona de modo desordenado y ligero y no*

---

434. ROGEL VIDE, **Derecho de la persona**, Cálamo, Producciones Editoriales, Manuales Básicos, Barcelona, pág. 57.

*simplemente desacertado su patrimonio, gastando sin tino y malbaratando los bienes que lo integran, con grave peligro para la subsistencia del mismo.* Se trata, en definitiva, de un estado civil que ha de ser declarado judicialmente en juicio contradictorio. La actual regulación de la prodigalidad ha sido sacada del Código Civil, lugar donde históricamente se encontraba contemplada, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En concreto, la Disposición Derogatoria única, apartado 2, número 1, deroga, entre otros, los artículos 294 a 296 y el artículo 298 del Código sustantivo, sustituyéndolos, básicamente, por los artículos 757 y 760 de la ley procesal civil. En virtud de estos, podrán solicitar la declaración de prodigalidad el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos, teniendo en cuenta que, si no lo hicieran los representantes, lo podría instar el Ministerio Fiscal. Además, en la Sentencia que declare la prodigalidad, se deberá determinar qué actos no puede realizar el pródigo sin la asistencia de la persona nombrada como curador. El único artículo que pervive en el Código Civil, el 297, dispone que no se podrán atacar por esta causa los actos que hubiera realizado el declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad.

En cuanto al régimen de la curatela, el artículo 291 CC remite a las normas de tutela para el nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción del curador. Sólo previene que **no podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados**, lo que constituye una novedad sólo respecto a los tutores personales.

Por último el artículo 293 CC prevé una sanción para los supuestos en que el curado realice por sí solo alguno de los actos que tiene prohibidos; en estos casos, se entiende que el acto será anulable a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1301 y siguientes del propio Código.

## 5. La guarda de hecho

Es curioso que, siendo una de las instituciones más utilizadas en la realidad, es también una de las que menos atención ha merecido del legislador. Y decimos esto, porque en la actualidad sólo tres artículos del Código civil (303, 304 y 304) se ocupan de esta figura.

No es fácil dar un concepto de lo que es la guarda de hecho, pues ni la legislación ni la doctrina lo han emitido. De todas formas, podemos considerar que se trata de una institución de amparo de menores, incapacitados e incapaces, ejercida por un sujeto que no ostenta ningún poder legal para ello. Y nos referimos a los incapaces, distinguiéndolos de los incapacitados, para hacer referencia a aquellos sujetos que, careciendo de verdadera capacidad de obrar, no han sido incapacitados judicialmente<sup>435</sup>. Como vemos, el dato fundamental que distingue a la guarda de hecho de cualquier otra institución protectora, es la falta de un poder que, legalmente, faculte al titular para el ejercicio del cargo<sup>436</sup>.

En cuanto a los supuestos concretos en que se pueda producir la guarda de hecho, y siguiendo a ROGEL VIDE<sup>437</sup>, podemos señalar:

1. La persona que actúe por delegación de un tutor que ha delegado sin poder hacerlo.
2. El sujeto en quien los titulares de la patria potestad pretendan delegar ésta.

---

435. Es bastante común que las familias, por una extraña piedad, no quieran incapacitar a sus progenitores enfermos, por ejemplo, de Alzheimer.

436. Como indica ROGEL VIDE, *la guarda de hecho es una situación, una relación jurídica informal todo lo irregular que se quiera, mas nunca un hecho jurídico irrelevante ..... de lo que se deriva que la guarda de hecho no es un hecho y es de Derecho, en cuanto contemplada y regulada por éste. Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 863.*

437. ROGEL VIDE, **La guarda de hecho**, págs. 46-53

3. El sujeto que continúa en el ejercicio de la tutela después de que ésta ha cesado en su persona.
4. El sujeto que todavía no ha tomado posesión de la tutela.
5. Quien no ha cumplido los requisitos para hacerse cargo de ella.

Excluye, en cambio, de este concepto el profesor ROGEL, a las personas que auxilien, en determinados casos y circunstancias, a los padres o a los tutores.

Estas y otras notas llevan a la doctrina a exigir, como notas características de esta institución, las de generalidad, en cuanto a la protección, permanencia y vocación de transitoriedad, por estar llamada a su extinción<sup>438</sup>.

Establece el artículo 303 CC, que **Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación a los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.**

Como indica O'CALLAGHAN<sup>439</sup>, se trata de una regulación *a posteriori*; en efecto, lo que hace el legislador es tomar una situación dada, en cuanto a que ya está producida, y otorgar a la autoridad judicial la potestad, no la obligación<sup>440</sup>,

---

438. Así, SERRANO MOLINA, en **Los menores en el Derecho español**, Isabel Lázaro González (coordinación), Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 345.

439. O'CALLAGHAN, Comentarios al Código Civil, págs. 368 y ss.

440. En contra se manifiesta ROGEL VIDE en Comentarios....., pág. 865. Se apoya y cita a LETE DEL RÍO, para quien debería haberse dicho (en el artículo 303) deberá; si no se entiende así, ¿qué valor se le dará a la actitud de un juez que, teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho, no exige de quien la desempeña el correspondiente informe?..... sería afirmación de una ilegalidad inamisible; además, si esto pudiera suceder, indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal.

de requerir al guardador sobre la marcha de la guarda. A lo que sí estará obligado el juez, como no puede ser de otra forma, es a cumplir con las obligaciones que legalmente le marca el Código, es decir, a proceder a la incapacitación del sujeto, si fuera necesario, (artículos 757 y 762.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sustituyen al derogado artículo 203 CC) y a proceder a la constitución de la tutela (artículo 228 CC).

En cuanto a las medidas a adoptar, se trataría de aquéllas que vienen previstas para la tutela; en concreto, la del artículo 299 bis CC, en cuanto establece la representación y defensa de quien deba ser sometido a tutela, y mientras no recaiga decisión judicial, a favor del Ministerio Fiscal; puede además el juez, si lo estima necesario, nombrar un Administrador de los bienes de quien deba ser sometido a tutela. En definitiva, el campo de actuación del juez está limitado casi completamente por esta normativa.

Establece también el Código, en el artículo 304, **Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.** Son varios los puntos que creemos necesario aclarar. En primer lugar, llama la atención que el legislador se refiera a menores y presuntos incapaces, excluyendo a los incapacitados; parece entender el redactor que, respecto a estos últimos, la guarda de hecho no sería posible, aunque, como antes hemos indicado, son muchos los supuestos en que así se produce; en definitiva, y a pesar del olvido, creemos que habría que incluirlos. También provoca dudas a qué actos se refiere, o lo que es lo mismo, si contempla sólo actos patrimoniales o también los que se refieren a la persona del menor, incapacitado o presunto incapaz. A favor de la primera tesis se manifiesta O'CALLAGHAN<sup>441</sup>, para quien *en cuanto a los efectos de la guarda de hecho, no se regulan en el Código más que unos limitados patri-*

---

441. Op. cit. pág. 368

moniales, quedando los personales fuera de toda previsión legal. En contra, y creo que con razón, argumenta ROGEL<sup>442</sup>, para quien los actos del guardador de hecho relativos a la esfera personal del guardado no sólo son posibles y frecuentes en la realidad, sino que, a mayor abundamiento, son necesarios, imprescindibles para el cumplimiento de los deberes establecidos en el art. 269 CC ..... Dichos deberes juegan también, en mi opinión, para los guardadores de hecho, junto con los derechos correspondientes, siendo – en tales casos– difíciles de conjugar sus límites, sobre todo, el representado por la intervención y control de la Autoridad judicial. Concluye el autor citado que ...los actos que, en base a los deberes y derechos antes citados, realice el guardador de hecho, en relación con la persona del guardado, han de ser susceptibles de impugnación; han de tener, en principio, una eficacia claudicante, e, independientemente de lo que el Juez pueda establecer, en base al art. 303 CC, han de poder ser anulados, llegado el caso. Por otro lado, debemos preguntarnos cuál debe ser la naturaleza de esos actos, es decir, si caben sólo actos de administración del patrimonio, tanto ordinaria como extraordinaria, o también los actos de disposición. Creemos que lo fundamental aquí no es tanto esa naturaleza como el efecto que producen. Lo básico es que redunden en su utilidad, en su beneficio. Si esto es así, no deberían ser impugnados, aunque en puridad, tal impugnación siempre podrá producirse. Como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>443</sup>, lo que quiere significar el artículo 304, es que los actos *no podrán ser declarados nulos, ... pues carece de lógica que se niegue una legitimación a priori*, siendo así que la prueba de la utilidad debe producirse en el proceso, a cargo de quien sostenga la validez del acto impugnado. La impugnación se hará en base al artículo 1259 CC, en virtud del cual, los actos realizados por un pseudorepresentante sin poder ni representación legal serán inexistentes.

---

442. Op. ult. Cit. pág. 367

443. DÍEZ\_PICAZO y GULLÓN, **Sistema de Derecho Civil**, T. I, 8a ed., Tecnos, Madrid, 1992, pág. 285.

Por último, el artículo 306 establece que **Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 para el tutor**. Regula el artículo 220 el supuesto de indemnización por daños y perjuicios a quien ostente un cargo tutelar y los sufra en el desempeño de su cargo, sin culpa por su parte; en este caso, la indemnización correrá a cargo del patrimonio del sujeto sometido a la guarda.

## **6. Especial referencia a la regulación de las instituciones tutelares en el Derecho Foral o Especial.**

Al tratar el tema de los Derechos Forales o especiales en esta sede, debemos distinguir dos grupos claramente diferenciados: por un lado aquellos que, aun teniendo alguna norma especial, no se apartan del sistema trazado por el Derecho Común; por otro, aquellos otros que establecen normas novedosas e, incluso, incompatibles con lo establecido en el Código Civil.

Dentro del primer grupo encontramos el caso de Galicia, donde la Ley 2/2006, de 14 de junio, sólo establece dos normas que interesan a esta cuestión, una relativa a la tutela extraordinaria (Art. 7) y otra a la autotutela (arts 42 a 45)<sup>444</sup>; además, Navarra, en donde su Compilación, sólo trata las instituciones tutelares indirectamente, en la patria potestad (Ley 64) o adopción (Ley 74) entre otras, y el País Vasco, en donde su Ley 3/1992, de 1 de julio, en su art. 42 obliga al comisario a constituir la tutela o curatela de los hijos o descendientes del causante,

---

444. En relación a la autotutela extiende la regulación de la figura permitiendo que: a) Se pueda nombrar sustitutos de los designados o excluir del cargo a determinadas personas; b) Delegar en otra persona, cónyuge u otro, la designación del tutor entre una pluralidad de personas identificadas o relacionadas en la escritura; c) Fijar la retribución o establecer medidas de vigilancia y control, reglas de administración y cuidado.

menores no emancipados o incapacitados<sup>445</sup>; equiparando todos los sistemas a las parejas estables no casadas con el matrimonio en las disposiciones de tutela, curatela, incapacitación, como declaran el art. 9 de la Ley Foral 6/2000 de la Comunidad Navarra y el art. 7 de la Ley 18/2001 de las Islas Baleares.

Al segundo grupo, que es el que más nos interesa en este momento, pertenecen Aragón y Cataluña:

### 6.1. Aragón.

El sistema trazado por la Compilación es el de la tutela familiar, salvo en la situación de privación de la patria potestad a los padres. Así, en el art. 10.2, se nos dice **fallecidos los padres, o cuando éstos fueran privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio, dicha autoridad, y con los mismos derechos y obligaciones, podrá ser ejercida por los abuelos, los hermanos mayores del menor, o por el cónyuge no progenitor del bínubo premuerto, salvo la previsión en contrario de los mismos padres o de alguno de ellos**. Efectivamente, estos pueden deferir por instrumento público, sea testamento o no, la persona que deseen como tutores propiamente (art. 15 de su Compilación)<sup>446</sup>. Si nada se previniera, fallecidos los padres, la designación y forma de funcionamiento corresponderá a la Junta de Parientes y, en su defecto, al Juez de Primera Instancia<sup>447</sup>. Si se

---

445. El comisario es, según el art.32, aquella persona designada por el testador para designar sucesor, distribuir los bienes y otras facultades.

446. En relación a la autotutela extiende la regulación de la figura permitiendo que: a) Se pueda nombrar sustitutos de los designados o excluir del cargo a determinadas personas; b) Delegar en otra persona, cónyuge u otro, la designación del tutor entre una pluralidad de personas identificadas o relacionadas en la escritura; c) Fijar la retribución o establecer medidas de vigilancia y control, reglas de administración y cuidado.

447. El art. 12 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, establece que **en el supuesto de que uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapacitado, el otro ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para la delación dativa de la tutela**.

hubiera privado a los padres judicialmente de sus funciones, será el Juez de Primera Instancia quien realice la designación, oyendo a los interesados (art. 10.2 y 3). Si hubiera varias personas designadas en distintos instrumentos, en el caso de que los padres hubieran individualmente dispuesto en testamento el cargo, entonces la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez designará la persona más idónea. Estos tutores tendrán la representación legal y la administración de los bienes, si bien: 1º) Necesita autorización judicial para rechazar cualquier atribución gratuita a favor de éste (art. 14.2); 2º) Están obligados a prestar fianza y rendir cuentas al cesar la autoridad familiar cuando no existan fundados motivos para ello (art. 12.2).

Aparecen, junto al tutor, otras instituciones forales: a) El protutor que puede constituirse en el instrumento público antes visto, como sustituto de éste para los casos en que no estuviera designado, se entiende judicialmente, o no pudiera desempeñar sus funciones (art. 18). b) La Junta de parientes que, a los efectos de la tutela, dado que también tiene otras funciones en materia de patria potestad y sucesión. Esta Junta se constituirá judicialmente, formándose siempre que no estuviera determinada por dos parientes idóneos, uno de cada línea o grupo familiar, con el límite del cuarto grado (véase el art. 20). Esta junta decidirá cada una de los asuntos por mayoría absoluta de sus miembros, según su leal saber y entenderse los asistentes que levantarán acta. Aparte de su relevancia a la hora de constituir la tutela, tiene en sus manos el autorizar la disposición de bienes cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos (art. 13.2). Si no lograrán tomar el acuerdo, en las localidades donde la costumbre no atribuya decisión al párroco o a otra persona determinada, decidirá el Juez de Paz, donde no exista el de Primera Instancia o la persona de la familia en quien delegue, si no definitivamente el de Primera Instancia pudiendo ser oídos los vocales de la Junta (art. 21.2 y 3). Por último, si transcurre un mes de instarse la constitución sin que se haya conseguido su constitución o se obtuviera un acuerdo, se podrá optar

por acudir a la decisión judicial (art. 21.4).

## 6.2. Cataluña.

Dentro de las numerosas normas que en Derecho catalán rigen en esta materia, debemos destacar, básicamente, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes y que reformó la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción; el Código de Familia, de 15 de julio de 1998, así como el Proyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, y que se encuentra, actualmente, en el Parlamento catalán. De todas estas normas que citamos podemos derivar los principios generales que informan este ordenamiento:

1. Rige el principio de pluralidad de guarda legal; en efecto, tal y como hemos indicado al hablar de las instituciones tutelares en el Derecho civil común, también en el Derecho catalán encontramos reconocidas distintas clases de instituciones guarda y custodia, como son la tutela, la curatela, el defensor judicial, la guarda de hecho, etc.
2. Frente al sistema de tutela de autoridad imperante en el Código civil, el Derecho catalán parece decantarse por un sistema de tutela de familia<sup>448</sup>, en el que aspectos básicos de la institución tutelar se fundamentan en el control familiar. Así, por ejemplo, se acoge ampliamente la delación voluntaria de la tutela y la institución del Consejo de Familia, de constitución también voluntaria y que goza de amplias facultades de control y de autorización. De todas formas, la propia legislación catalana parece atemperar esta elección, al conceder amplias facultades al juez, con lo

---

448. Así lo establece expresamente el Preámbulo del propio Código de Familia catalán

que, realmente, se debería hablar de un sistema mixto de tutela<sup>449</sup>.

Por lo que se refiere a las distintas instituciones protectoras, vamos a analizar detenidamente la tutela, haciendo sólo breves referencias a las demás:

En cuanto a la tutela, rige el principio de subsidiariedad respecto a la potestad del padre y de la madre, sobre todo por lo que se refiere a los menores no emancipados, como se desprende de los artículos 167.2.a) y 170 del Código de Familia y del artículo 222-1.1.a) del Proyecto del Libro II del Código civil catalán.

La delación de la tutela puede ser voluntaria o por resolución judicial (art. 171 Código de Familia y 222-2 del Proyecto). Es curioso que mientras el Código de Familia habla de tutela dativa, el Proyecto se refiere a la delación judicial, cuando realmente contemplan los mismos supuestos.

En cuanto a la delación voluntaria, ésta puede producirse de dos formas distintas:

1. Delación realizada por uno mismo, o autotutela: Según el art. 172 CF, cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares. Además, podrá designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas, teniendo en cuenta que, si se produce una pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. Además del nombramiento, se permite que se regule el funcionamiento de la propia institución tutelar (remuneración y contenido). Los sujetos llamados a la tutela legal, así como el Ministerio Fiscal, podrán impugnar los nombramientos o exclusiones realizados.

---

449. Así, YACER MATA CÁS y GRAMUNT FOMBUENA, en *Derecho de Familia (Análisis desde el Derecho catalán)*, MALUQUER DE MOTES coordinador, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 369.

El Proyecto de reforma introduce una novedad no contenida en el CF; según el art. 222-3.3, serán ineficaces las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se instó el proceso sobre su capacidad o el Ministerio Fiscal haya iniciado las diligencias preparatorias. Según el Preámbulo del Proyecto, se ha podido detectar que, con excesiva frecuencia, algunas escrituras de designación de tutor se otorgan justo cuando se insta la incapacitación, hecho que hace planear una sombra de sospecha de capacitación de la voluntad por parte del designado o, simplemente, de que el otorgante no era plenamente capaz.

2. Delación realizada por el padre y la madre: Según el art.173 CF (222-4 del Proyecto), los progenitores que no estén privados de la potestad podrán ordenar, en testamento, escritura pública o codicilo, los nombramientos, sustituciones y exclusiones de cargos tutelares para cada uno de los hijos menores no emancipados y para los emancipados y mayores de edad incapacitados, si tienen la potestad prorrogada o rehabilitada. La principal novedad del Proyecto es que ya no habla de padre y madre, sino de progenitores, además de prever que la designación podrá ser individual o conjunta. En el caso en que exista una concurrencia de nombramientos o exclusiones, se prefiere la voluntad de quien ha ejercido últimamente la potestad, aunque siempre se salva el nombramiento hecho por el otro titular de la administración especial de los bienes que él mismo haya dispuesto por donación, herencia o legado a favor del menor o incapaz (art. 175 CF y 222-5 del Proyecto). Por lo que se refiere a las sustituciones, se contempla la posibilidad de nombramiento de sustitutos para los cargos tutelares; si designa más de una persona, y no se especifica el orden de sustitución, se prefiere a la persona nombrada en documento posterior, y existiendo un solo documento, a la nombrada en primer lugar (art. 174 CF y 222-6 del Proyecto).

En cuanto al nombramiento, el Proyecto, art. 222-8, entiende que el juez deberá nombrar a las personas designadas, salvo que, a instancia de parte, Ministerio Fiscal o sujetos regulados en el artículo siguiente y que después analizaremos,

entienda preferible no hacerlo. Los supuestos en que puede adoptar tal determinación, serían:

1. Que se produzca una modificación sobrevenida de las causas que provocaron su nombramiento o que presumiblemente fueron tenidas en cuenta al hacer la delación.
2. Si la delación fue realizada durante el año anterior al inicio del procedimiento relativo a la capacidad de la persona protegida.

Por lo que se refiere a la delación judicial, según el Proyecto, o dativa, según el Código de Familia, tiene lugar cuando no existe delación voluntaria<sup>450</sup>. En este caso, el juez debe proceder al nombramiento del tutor, siguiendo un orden de preferencia:

1. En la tutela del incapacitado, el cónyuge o conviviente en unión estable de pareja, siempre que se mantenga la convivencia en ambos casos.
2. Los descendientes del incapacitado, si son mayores de edad.
3. Los ascendientes del menor o incapacitado; si fueran los padres, se procedería a la prórroga de la potestad de ambos o de cualquiera de ellos.
4. El cónyuge o conviviente en unión estable de pareja del progenitor del menor o incapacitado, después de muerto aquél, si hubiera convivido con la persona sometida a tutela.
5. Los hermanos de la persona menor o incapacitada. Aunque ni el Cód-

---

450. Porque no se ha hecho tal delación, porque no se le nombre, porque se excuse o porque cese por cualquier causa (art. 222-9.1 Proyecto y 178 CF)

go de Familia (art. 179.1.d) ni el Proyecto (art. 222-9.1.e) dicen nada, parece evidente que los hermanos nombrados deberían ser mayores de edad.

Tal y como ocurre en el Derecho común, se da amplia facultad al juez para poder alterar el orden establecido o, incluso, para elegir otra persona, siempre en resolución motivada y concurriendo justa causa. En este caso, podrá nombrar a un tercero, señalando que deberá tener en cuenta a aquellas personas que se hayan presentado voluntarias para asumir los cargos tutelares, siempre que sea beneficioso para el menor o incapacitado. Por último, el artículo 222-9.3 del Proyecto establece que si no existen personas, tanto físicas como jurídicas, que puedan ser nombradas, el juez lo deferirá a la entidad pública competente en materia de tutela y protección de personas mayores de edad.

Además, podrá el juez, si lo estima conveniente, separar la tutela de la persona de la administración de los bienes, designar los titulares de ambos cargos y fijar el respectivo ámbito de competencias (art. 181.2 CF y 222-11.2 del Proyecto).

Norma específica de la regulación que tratamos, y que la aparta de lo contemplado en el Derecho común, es la existencia de un Consejo de Tutela, que se enmarca dentro de la delación voluntaria, y que se debe constituir en el mismo procedimiento que la tutela, según establecen el art. 222-35 del Proyecto y el art. 226 del CF. Se trata de un órgano cuya misión es la de velar por el buen desarrollo de la tutela, tanto en el plano personal como en el patrimonial, y con esta finalidad, la persona que tenga la presidencia deberá mantener una relación regular con la persona tutelada y con el titular de la tutela y, si es el caso, con el titular de la administración patrimonial (arts. 234.1 CF y 222-43.1 del Proyecto). Con este fin, le corresponde: a) modificar

la remuneración del tutor o del encargado de la administración patrimonial, siempre que sea posible, atendiendo a la situación patrimonial t sin perjuicio de la intervención judicial que lo deje sin efecto; b) resolver los posibles desacuerdos que surjan entre los tutores o entre tutor y administrador; c) otorgar las autorizaciones establecidas en el propio Código de Familia (o en el Proyecto) con relación a determinados actos de administración y disposición de los tutores o administradores patrimoniales; d) ser oídos por el Juez en todos los casos en que sea necesario dar audiencia al tutor o al pupilo, pudiendo dirigirse al Juez en solicitud de las medidas que estime adecuadas para el buen desarrollo de la tutela, incluida la remoción del tutor o del administrador (arts. 234.2 y 3 CF y 222-43. 2 y 3 del Proyecto). Si no se puede reunir el Consejo o no puede adoptarse un acuerdo, es el Juez el que decide, con las audiencias al tutor o administrador y a la persona tutelada (arts. 235 CF y 222-45 del Proyecto). Este Consejo está constituido por un mínimo de tres miembros y un máximo de cinco, nombrados por el Juez, de entre los que hayan sido designados por la persona interesada o por los padres que ostentan la potestad parental; si se designara un número superior a cinco, el Juez determinará los que deban ser excluidos, pasando a tener la condición de suplentes. Si no se hace especial mención de los miembros, serán preferidas las personas llamadas a la tutela legítima, salvo que el Juez entienda lo contrario; las mismas reglas se aplican para los supuestos de exclusión, todo ello según lo dispuesto en los artículos 227 CF y 222-36 del Proyecto.

Además, y por lo que se refiere a la curatela, se establece en el Código de Familia en el artículo 237.d), la posibilidad de someter a esta institución aquellos bienes que hayan sido dispuestos a favor de una persona no concebida, en los términos establecidos en el Código de Sucesiones; de todas formas, esta posibilidad desaparece de la redacción que el Proyecto da al artículo 223-1.

Por último, y por lo que se refiere a la guarda de hecho, los artículos 256

CF y el 225-3.1 del Proyecto, establecen que, en caso de asumir la gestión patrimonial, se ha de limitar a realizar actos de administración ordinaria, lo que entra en contradicción con lo establecido, para el Derecho común, por el artículo 304 CC.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986
- DíEZ-PICAZO y GULLÓN, **Sistema de Derecho Civil**, T. I, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1992
- LETE DEL RÍO, **Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales**, EDERSA, T. IV, Madrid, 1985
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, **Código civil comentado y con Jurisprudencia**, 2ª edición, La Ley, Madrid, 2001
- ROGEL VIDE, **Derecho de la persona**, Cálamo, Producciones Editoriales, Manuales Básicos, Barcelona
- **Comentario del Código Civil**, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, **La actuación de los representan-**

**tes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados**, Tirant lo Blanch, Mongrafias, Valencia, 2005

- SERRANO MOLINA, en **Los menores en el Derecho español**, Isabel Lázaro González (coordinación), Ed. Tecnos, Madrid, 2002

- YACER MATAACÁS y GRAMUNT FOMBUENA, en *Derecho de Familia (Análisis desde el Derecho catalán)*, MALUQUER DE MOTES coordinador, 2<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2005

## CAPÍTULO VII. LAS NUEVAS FORMAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

### 1. Del concepto de abandono al de desamparo.

#### 1.1 Introducción.

El concepto de abandono ha sido constantemente utilizado por las distintas legislaciones a lo largo de la historia. Desde el ya comentado *ius exponendi* romano, que implicaba el derecho del *pater familias* de exponer o abandonar a los hijos, hasta las normas contenidas en Las Partidas del Rey Sabio, pasando por las prohibiciones establecidas en nuestra normativa medieval (Decreto de Gregorio IX, Fuero Real, Fuero de Zamora, Fuero de Cuenca, etc), nuestra literatura jurídica se encuentra repleta de normas referidas a tal situación. No es este el momento de detenernos en analizar tales normas, sino de centrar nuestro análisis en aquéllas que más inciden en nuestra actual regulación<sup>451</sup>.

---

451. Un estudio más detallado lo podemos encontrar en nuestro trabajo *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, ya citado, págs. 65 y ss.

Una de las primeras leyes que, durante el siglo XX, trataron el tema de la infancia desamparada es la de 12 de agosto de 1904, por la que se creaba el Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad. Quedaban sujetos a ella los menores de diez años y la protección que otorgaba comprendía tanto la salud física como la moral del menor, así como la vigilancia de los que debían ser entregados a la lactancia ajena y los internados en instituciones protectoras. Se crearon, además, Juntas provinciales y Juntas locales. El Consejo Superior quedó dividido en cinco secciones: puericultura y primera infancia; higiene y educación protectora; vagancia y mendicidad; patronatos y corrección paternal; jurídica y legislativa. El Reglamento fue aprobado el 24 de enero de 1908, ampliando la esfera de protección del Consejo Superior y de las Juntas provinciales y locales. En primer lugar, y aunque el artículo 10 alude especialmente a los menores de diez años como objeto de la protección del Consejo y de las Juntas, los fines que a estos organismos se atribuyen, indican que han de preocuparse de los menores en general. Además, en el artículo 2º del citado reglamento se establece que se deben ocupar de la protección y amparo de la mujer embarazada; de la reglamentación de la lactancia mercenaria, de la inspección de las casas cunas, escuelas, talleres, espectáculos y cuantos centros, de modo permanente o transitorio, alberguen, recojan o exhiban a los niños; de la investigación de los daños y sevicias o explotaciones de los que puedan ser objeto; de la denuncia y persecución de los delitos contra menores; del amparo a los niños moralmente abandonados, recogiénolos en la vía pública y proporcionándoles educación protectora; de la corrección paternal de los llamados rebeldes, incorregibles o delincuentes; del cuidado de la educación e instrucción de los llamados anormales; de la vigilancia y exacto cumplimiento de las leyes protectoras vigentes y, finalmente, del constante estudio de las reformas que deben proponerse en la legislación a favor de los niños.

Dentro de las normas que a lo largo del siglo pasado han ido tratando el tema de la protección de los menores, es de destacar la Orden de 30 de diciembre de

1936, por la que se pretende una protección de los menores huérfanos y de los abandonados por medio de su integración en familias de reconocida solvencia. En el mismo sentido, la Orden de 1 de abril de 1937, complemento de la anterior, perfila aún más el concepto de menor abandonado al referirse a *huérfanos de padre y madre abandonados, a abandonados (de los que) se desconozca la existencia de sus familiares obligados por ley a su sostenimiento, a niños abandonados por sus familiares, etc.* En concreto, esta Orden pretende clarificar y concretar las normas que se refieren a la institución de la Colocación Familiar, que se constituye como complementaria de la adopción, según el artículo 1º, y que puede ser de carácter permanente, o de carácter temporal, hasta la edad o momento que en cada caso se estipule. Se dará preferencia siempre a la colocación permanente, pudiendo el solicitante elegir libremente con arreglo a las características de sexo, edad, etc. que deseen, entre los niños abandonados que existan en su provincia ó en otra de las, según la terminología de la época, *liberadas*. Objeto de este acogimiento<sup>452</sup> lo serán, preferentemente, los niños a los que antes nos hemos referido, los abandonados, y sólo cuando faltaren, aquéllos que no reúnan tales condiciones, previo consentimiento de la persona llamada a la tutela.

También podrán serlo aquéllos cuyos padres o tutores hayan sido privados de los derechos sobre él. Un supuesto especial que se regula es el de la guarda de hecho; en efecto, y según establece el artículo 4º, cuando una persona que sin estar obligada por la Ley a ello, venga atendiendo voluntariamente a un menor abandonado, tendrá derecho preferente a acogerlo de forma permanente o temporal, previo examen de las autoridades capacitadas para ello.

En cuanto a cuáles sean estas autoridades, la Orden dispone la intervención de las Juntas Locales de Colocación Familiar, que deberán hacer un padrón

---

452. El artículo 30 de esta Orden habla de *ser acogidos*.

anual de los niños abandonados que existan en su territorio y que deben emitir informe sobre las peticiones recibidas; de las Juntas Provinciales de Beneficencia, que serán, en definitiva, quienes decidirán sobre la pertinencia o no de esa colocación. En cuanto a los deberes de los acogedores, no distan mucho de lo que, como más adelante veremos, ocurre en la actualidad. Fundamentalmente, están obligados a dar al menor instrucción escolar hasta los doce años como mínimo, sin que en ningún caso puedan ser éstos objeto de explotación alguna, debiendo tratarles con los cuidados propios de un buen padre de familia, en virtud del artículo 8º. Además, deben alimentarles, vestirles y educarles *dentro de los más sanos principios de la religión y moral cristiana, amos patrio, etc.*, según el artículo 10º. La superior vigilancia de esta Colocación, está encomendada a los Juntas Locales, que podrán proponer las sanciones que estimen convenientes a las Juntas Provinciales de Beneficencia, incluso, y para los casos más graves, la de retirar al niño entregado. Estando encomendada la tutela de los menores abandonados al Estado, en virtud de lo establecido por el artículo 212 del Código Civil, y siendo esta colocación uno de los modos posibles de ejercerla, la tutela sobre los niños objeto de acogimiento será ejercida por las Juntas Locales de Colocación, bajo la superior vigilancia de las Juntas Provinciales de Beneficencia y del Gobierno General del Estado. En cuanto a la posible impugnación del acogimiento, el artículo 12º dispone que si en cualquier momento apareciere el padre o el tutor legal de un niño objeto de colocación, podrá reclamarlo de acuerdo a las Leyes.

Aparte de estas normas, es necesario destacar la establecida por la Ley de 17 de octubre de 1941, sobre adopción de los acogidos en casas de expósitos y otros establecimientos de beneficencia, que supone un importante avance en la consideración del menor abandonado como sujeto de la adopción. En esta Ley se establece por vez primera la facultad de los Establecimientos benéficos para tramitar los expedientes de adopción de los acogidos en ellos. El propósito de la ley es agilizar los trámites de la adopción y evitar los problemas que se esta-

ban planteando. En efecto, más que la adopción, el sistema que se seguía era el del prohijamiento<sup>453</sup>, lo que provocaba que, cuando hubiera que acreditar, *por razón de estudios o del matrimonio del acogido, su filiación verdadera, se quiebran y destrozan violentamente las ilusiones nacidas de dicho afecto, engendrado por su convivencia con los que tenía por padres, al descubrir su origen turbio y deshonesto*. Como hemos indicado, el expediente de adopción será realizado por el establecimiento benéfico donde se encuentre el adoptado, quien deberá remitirlo al Juez de Primera Instancia para que, en el término de ocho días apruebe o no la adopción. En el trámite del expediente intervendrán el adoptante, el adoptado, si fuera mayor de catorce años<sup>454</sup>, y los familiares cercanos del menor, si fueran conocidos. Si el Juez observa algún defecto, deberá remitir el expediente al Establecimiento para que en el plazo de ocho días lo corrija. Aprobada la adopción, se inscribirá en el Registro Civil. El Establecimiento benéfico queda obligado a vigilar la adopción, pudiendo, incluso, y si viera razones graves para ello, dejarla sin efecto. Por otro lado, los padres naturales del adoptado podrán impugnar esta adopción en el caso en que deseen recuperar al hijo, debiendo notificarlo al establecimiento de donde proceda el menor, el cual, tras oír al adoptado mayor de catorce años, resolverá lo que proceda.

## 1. 2. Las reformas del Código Civil

Inciendo ya en la estructura del Código civil, pues ninguna de las normas anteriormente citadas reforman la redacción del mismo, la Ley de 24 de abril de 1958 supone una nueva regulación de la figura de la adopción, aunque en materia de abandono se limita a acoger el término, *al hablar de abandonado en Casa de expósitos y otros establecimientos de beneficencia*. De todas formas,

---

453. Que en este caso no parece ser más que un acogimiento o guarda de hecho.

454. Veremos más adelante como, en definitiva, las cosas no han variado tanto en el tiempo, pues las últimas reformas de la adopción imponen el necesario consentimiento del menor de edad mayor de doce años, mientras que simplemente exigen oír al menor de esa edad.

y aún con las evidentes lagunas resaltadas por la doctrina, fundamentalmente el no aportar un concepto de abandono, se destaca en esta nueva regulación, el hacer de estos sujetos los fundamentales receptores de la adopción plena. Como vemos, el legislador opta por volver a la clasificación histórica de la adopción, distinguiendo entre una adopción plena, que es la que va a dar lugar a la creación de una relación paterno filial entre los sujetos intervinientes, y una adopción menos plena, de efectos más limitados. Se acuerda rebajar la edad de los adoptantes a los treinta y cinco años, aumentando la diferencia de edad entre éstos y los adoptados a los dieciocho. Se confiere, en el caso de la adopción plena, la patria potestad<sup>455</sup>, así como derechos sucesorios para los sujetos. Se declara irrevocable la adopción, salvo en dos supuestos; el primero, ya analizado con anterioridad, para el menor e incapacitado, durante cuatro años desde la mayoría de edad o el cese de la incapacitación; y, por otro, para los padres legítimos o naturales que le reconocieron, si se trata de menor abandonado sin conocimiento o culpabilidad de ellos. Además, se establece como inatacable la adopción de expósitos. También se establece que al fallecer los adoptantes, se extingue, en la adopción plena, la patria potestad, y los ascendientes y los colaterales del adoptante no son llamados a la tutela legítima. Ésta será decidida por el Juez, pudiendo llamar a un miembro de cualquiera de las dos familias, adoptiva o natural.

De especial importancia e interés resulta la Ley de 4 de junio de 1970, que viene

---

455. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto, podemos leer: "La adopción plena se ha configurado reforzando el vínculo adoptivo cuanto la prudencia permite. Así, la situación jurídica del adoptado plenamente se asemeja a la del hijo respecto de su padre. Pero entre la semejanza y la suplantación media un abismo. La Comisión, respetuosa con los lazos que dimanen de la sangre, no ha llegado a recoger la legitimación adoptiva implantada por otras legislaciones. El adoptado, aunque lo sea plenamente, no adquiere propiamente el carácter de hijo legítimo del adoptante. Otra cosa es que, con profundo respeto a la delicadeza con que la generalidad de los adoptantes de expósitos llegan a los mayores sacrificios para que el adoptado viva como hijo legítimo, se hayan arbitrado fórmulas en el anteproyecto que facilitan tan encomiable deseo; pero, en último término, cuando razones graves así lo aconsejen, no se veda la investigación y demostración de la realidad de la situación adoptiva". En LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, Vol. I., Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pág. 735.

a reformar toda la adopción, y, en particular, la figura del abandono.

En su nueva configuración, el artículo 174 del Código civil establece dos tipos fundamentales de abandono: uno primero, que la doctrina denomina *general, simple o stricto sensu*, regulado en el párrafo segundo del citado artículo 174; y otro, segundo, denominado *particular, cualificado o abandono-exposición*, que se refiere a los supuestos de entrega del menor en establecimientos benéficos, contemplados en el párrafo tercero, puntos a) y b) del citado precepto legal.

Cada uno de estos supuestos contenía unas características propias que pasamos a examinar:

#### *A) Abandono General:*

Uno de los puntos fundamentales reflejados por la doctrina es que el citado abandono debía producirse por la ausencia de atención por parte de aquellos sujetos que estuvieran obligados a ello, es decir, los padres o tutores.

De ello se infiere, como nota característica esencial, que el abandono va referido, no sólo a una situación objetiva, como es el desamparo o falta de asistencia, sino, esencialmente, a supuestos en los que, existiendo personas obligadas legalmente a velar por los menores, no lo hacen<sup>456</sup>.

---

456. En este sentido se manifiesta la resolución del Juzgado de Primera Instancia no 1 de Avilés de 8 de junio de 1973, al indicar que “... se ha de entender que la situación de abandono se da, no cuando se carezca totalmente de persona que asegure la guarda, alimento y educación del menor ... sino siempre que, aunque se encuentre aquél en situación de amparo, éste no sea prestado por alguna de las personas a que se refiere el párrafo primero, o sea, el padre, madre o tutor”.

Esta interpretación, que es la que sigue la Dirección General de los Registros en Resolución de 15 de julio de 1974, y las Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1969 y 20 de abril de 1971, aunque aceptable y aceptada, no se deriva de la literalidad del precepto, pues hubiera bastado entonces con que alguien se hubiera ocupado del adoptando para que automáticamente dejara de estar abandonado.

Junto a ello, es necesario señalar, como nota característica del abandono, el límite de edad que señala el propio párrafo segundo, estableciéndose en catorce años; lo que supone, a fin de cuentas, que ningún sujeto menor de edad, pero mayor de catorce años podía ser considerado jurídicamente abandonado<sup>457</sup>.

Otra característica que creemos necesario destacar y que nos servirá después para distinguir esta figura del desamparo, es que no era suficiente para declarar el abandono la desatención meramente física o el desamparo únicamente moral, sino que debía producirse una desatención en ambas esferas de protección.

En definitiva, el concepto doctrinal del abandono quedaría formulado de la siguiente manera: *“Se considerará abandonado el menor de catorce años que haya sido desatendido por sus padres o guardadores legales con la finalidad, mediata o inmediata, de liberarse de su guarda”*.

#### *B) Abandono Particular:*

Como antes hemos indicado, este tipo de abandono viene cualificado por la entrega del menor en un establecimiento benéfico.

Junto a este hecho, de naturaleza objetiva, se requiere también un hecho netamente subjetivo que caracteriza y distingue tres tipos de abandono particular:

1. Cuando no existan datos que revelen la filiación del menor.
2. Cuando, aun conociéndose la filiación del menor, conste la voluntad de los padres o guardadores de abandonarlo en el momento de la entrega.

---

<sup>457</sup>. No deja de ser curioso que en una legislación en que la mayoría de edad estaba establecida en los 21 años, ocurriera eso, mientras que en la actualidad, señalándose la mayoría de edad a los 18 años, no existe tal límite.

3. Cuando, aun conociéndose la filiación del menor, conste la voluntad de los padres o guardadores de abandonarlo por actos posteriores a su entrega.

Son varios los puntos oscuros de esta redacción que es necesario aclarar.

Por un lado, nos encontramos con la dificultad que plantea el término entrega tantas veces utilizado por el legislador. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1977<sup>458</sup>, “... tanto vale que la entrega obedezca a una conducta activa, como acto positivo de dar o transmitir, o simplemente a una conducta o acto pasivo de dejación o desamparo, tendente a que la casa de beneficencia en la que tiene lugar lo tome bajo su custodia o protección, de igual modo que si lo hubiese sido de aquella otra manera, puesto que de una u otra forma se cumple la misma finalidad: la de que el menor sea recogido en el establecimiento benéfico...”.

En cuanto a los supuestos particulares, hemos de hacer algunas precisiones:

El supuesto recogido en la letra a) del párrafo tercero, supone, en principio, una entrega anónima del menor, presumiéndose por ello una voluntad de abandono y entendiéndose que la ausencia de datos sobre la filiación del menor se circunscribe al momento de la entrega.

La doctrina entiende, por otra parte, que es subsumible en este supuesto el caso en que el establecimiento benéfico, aún conociendo la filiación del menor, reciba una solicitud de reserva o silencio, por lo que deba ocultar esos datos en función del *secreto profesional*<sup>459</sup>.

---

458. Ar. 3816.

459. No nos parece demasiado acertada tal afirmación, pues entendemos que, en supuestos como éste, en los que los derechos del menor han sido claramente vulnerados, no puede escudarse tal actuación en un supuesto *secreto profesional*.

Junto a ello, parece indiferente quién sea el sujeto que realice la entrega del menor al establecimiento, no requiriéndose para que exista abandono la actuación directa de los padres o guardadores legales.

En cuanto al segundo supuesto, recogido en la letra b) del artículo 174.3, plantea, como principal cuestión, la constatación de la voluntad de abandono. Según éste, se requiere que al hacerse la entrega exista una voluntad clara de abandonar al menor, haciéndose constar o manifestándose en el momento de la propia entrega. Pero, y aquí surge la duda, ¿debe ser expresa esa voluntad?. Parece indudable que así es, pues si no nos encontraríamos ante uno de los supuestos recogidos en el punto siguiente del mismo artículo.

Hemos de tener en cuenta, además, que el abandono supone una renuncia de la patria potestad y que, en los supuestos que estamos estudiando, supondrá, respecto a la adopción, una renuncia al derecho de oponerse a la misma<sup>460</sup>. Por lo que, como indica BERCOVITZ<sup>461</sup>, debe llevar implícito “un consentimiento previo y genérico” a esa adopción.

Todo ello nos mueve a aceptar la posibilidad de la concurrencia de una voluntad expresa, tal y como propone ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS<sup>462</sup>.

De todas formas la mayor dificultad se plantea a la hora de valorar tales actos.

---

460. En este punto se plantea una cuestión básica del Derecho de Familia que, aunque no es objeto de este trabajo, es necesario apuntar. En efecto, son varios los autores que hablan de esa posible “renuncia” a la patria potestad por los padres, pero, y aquí radica el problema, en nuestro ordenamiento jurídico, igual que en la mayoría de los de nuestro entorno, la patria potestad no está configurada como un verdadero derecho subjetivo, sino como una potestad que se atribuye en virtud del Derecho natural, como indisponible a los padres para el cuidado y capacitación de los hijos.

461. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentario al art. 174 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 2º, dirigido por ALBALADEJO, EDESA, 1982, págs. 344-345.

462. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, “*El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados*”, R.D.P., 1978, mayo, pág. 370

Lo que parece fuera de toda duda es que para no incurrir en estos supuestos era necesario que los padres o guardadores legales tuvieran un interés efectivo por el menor, interés que se vería reflejado a través de actos que demostraran la existencia de una voluntad efectiva de asistencia. Entre ellos, y a modo de ejemplo, podríamos incluir las visitas periódicas, salidas continuadas, contacto con el centro para el seguimiento de la educación y formación del menor, etc.

En definitiva, se imponía un requisito de habitualidad y constancia.

Nota importante respecto al abandono fue el establecimiento de un plazo mínimo para su apreciación; plazo que tras la reforma del Código civil de 1981 se fijó en treinta días. Este plazo impedía que durante su transcurso se pudiera apreciar de manera definitiva el abandono ni, como es obvio, éste pudiera ser declarado.

Con la reducción del mismo, (la Ley de 1970 lo estableció en seis meses y con anterioridad a ella era de tres años) se intentó atender mejor a los intereses del adoptando, pues, como se indica en la Exposición de Motivos de la propia ley, se prima el interés del menor sobre los intereses de la familia natural, dato sobre el que volveremos con posterioridad.

Por último, y para terminar este breve estudio sobre la figura del abandono, debemos detenernos en el párrafo cuarto del propio artículo 174, donde se establece la competencia judicial para apreciar y declarar el abandono; dato que, no controvertido en la doctrina de la época, es uno de los que mayor interés presenta para nosotros.

La Ley de 1970 atribuyó la competencia a la Jurisdicción ordinaria, con lo que se rompe el intento primitivo, recogido en el proyecto presentado por el Gobierno a las Cortes de otorgar tal competencia a dos órganos distintos. En efecto, en el

citado proyecto se atribuía la competencia para apreciar y declarar el abandono a los Tribunales Tutelares de Menores y, para el supuesto de acogidos en centros benéficos y en cuanto a su apreciación, a la Administración de los mismos.

La posible competencia de los Tribunales Tutelares de Menores hubiera supuesto dotar de una gran autonomía a la figura del abandono respecto de la adopción, a un procedimiento respecto del otro, con lo que, al igual que ocurría en otros ordenamientos, hubiera podido crearse una ingente masa de menores abandonados susceptibles de ser adoptados.

Fue una enmienda del procurador Vázquez Salart la que, amparándose en razones de economía procesal, motivó la reforma del proyecto a su redacción final, con lo que la tan deseada autonomía del abandono respecto de la adopción volvió a verse truncada<sup>463</sup>.

Es también necesario hacer referencia, dentro del aspecto procesal del abandono, al significado que el legislador pretendió otorgar al término *apreciar*, tan utilizado respecto a la intervención judicial, o lo que es lo mismo, qué nivel de autonomía tenía el Juez a la hora de calificar una determinada situación como abandono.

Para ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS esa apreciación debía ser de carácter discrecional, debiendo el Juez valorar los datos proporcionados por personas, Organismos y centros interesados, así como, fundamentalmente, por los Establecimientos benéficos donde se encuentre acogido el menor. De este modo, sólo quedará sustraído de la discrecionalidad judicial el transcurso del período de treinta días establecido en el propio artículo 174, aunque no su cómputo.

---

463. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, op. cit., págs. 372-373.

De todas formas, esta amplia discrecionalidad judicial no es un argumento pacífico en la doctrina de la época, pues autores como BERCOVITZ se manifiestan contrarios a ella, pues entienden que la situación de abandono debe quedar siempre delimitada por el contenido de la norma; de modo que, dándose alguno de los supuestos en ella contemplados, el Juez deberá apreciar y decretar el abandono. Ello se deriva del propio contenido del artículo 174.5 del Código, que sustituye el término *exigirá* utilizado en la reforma de 1970, por el de *bastará*. Esto supone, en palabras del propio autor al que nos referimos, no dejar al Juez “ningún margen de discrecionalidad fuera del que pueda encontrarse implícito en los diversos conceptos utilizados en los párrafos anteriores”<sup>464</sup>.

Ya indicamos con anterioridad que la figura del abandono se considera como un elemento previo y fundamental de la adopción, de manera que al hablar de la intervención judicial en la primera, debemos también referirnos a las reglas procesales que se establecen respecto de la adopción. De este modo planteado, la competencia funcional se atribuyó a los Juzgados de Primera Instancia, mientras que la competencia territorial se estableció, en virtud de la regla 16 del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al Juez del domicilio del adoptante<sup>465</sup>.

Con respecto al procedimiento a utilizar, siendo el abandono un elemento previo a la adopción, se aplican las normas procedimentales de tal figura. De este modo, el procedimiento a seguir es el de Jurisdicción Voluntaria, según lo dispuesto en los artículos 182 y siguientes de la ley procesal civil<sup>466</sup>.

---

464. BERCOVITZ, op. cit., pág. 350.

465. Cuestión nada pacífica en la doctrina, pues autores como FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO abogaron en su momento por atribuir la competencia territorial al Juez del domicilio del adoptando, por ser ésta la figura sobre la que gira la regulación de la adopción a partir de 1958.

466. En contra de esta solución se manifestó FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, para quien debía seguirse, no lo establecido en la norma procesal, sino lo regulado en el Capítulo V, Título VII del Libro I del Código civil, especialmente en el art. 173, en relación con el 174 y 175.

Por último, señalar que la resolución judicial se dictaba por medio de *auto*, en el que, de forma expresa, debía el Juez establecer la declaración de abandono. Contra el citado auto cabría recurso de apelación ante la Audiencia correspondiente, según los artículos 1819 y 1829 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y contra el mismo, recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en virtud de lo establecido por el artículo 1822 de la ley procesal.

## 2. El desamparo de menores

En la actualidad, y tras las sucesivas reformas sufridas por el Código civil en esta materia, y que se contienen en las Leyes 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil en materia de adopción, y, más recientemente, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, el tema que nos ocupa viene regulado en el artículo 172 del Código. No es este el momento ni el lugar para hacer un estudio detenido de los distintos problemas que las sucesivas reformas han ido planteando, sino que creemos preferible analizar el estado actual de la cuestión<sup>467</sup>.

La actual redacción del artículo 172.1 es una mezcla de ambas reformas. Por un lado, y de la redacción originaria de la Ley de 1987, sólo queda lo que podíamos considerar el *concepto* de desamparo, mientras que sus *consecuencias* son producto de la reforma de 1996, que vino a solventar los múltiples problemas que aquélla planteó.

En concreto, el citado artículo dispone: ***La entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desam-***

---

467. Ese estudio detenido ya lo realizamos en la obra Abandono y desamparo de menores en el *Derecho Civil español*, ya citado, págs. 131 y ss., al cual nos remitimos.

***paro, tiene por Ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.***

Añadiendo en el párrafo segundo que, ***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 o material.*** Concluyendo, en el párrafo tercero que ***La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.***

## **2.1. Concepto y causas del desamparo de menores**

De la redacción del párrafo segundo del artículo que analizamos, se colige que el desamparo es un incumplimiento de aquellos deberes de protección que las leyes imponen a los que tienen potestad sobre el menor, básicamente padres o tutores. Este incumplimiento podrá producirse por dos causas<sup>468</sup>:

---

468. Esta interpretación no es pacífica en la doctrina, pues algunos autores entienden que en realidad son tres las causas que producen el desamparo: el incumplimiento de los deberes de protección, el inadecuado ejercicio de esos deberes y, finalmente, el imposible ejercicio de tales deberes. Para una mayor profundización en esta discusión, vid. SERRANO, *Abandono y desamparo*...., cit., pág. 134.

1. Por un *imposible ejercicio de los deberes de protección*, lo que supone una vulneración forzosa de los deberes inherentes a la patria potestad o a la tutela, en su esfera personal, y que, por lo tanto, se consideran inimputables a los sujetos activos de la relación (padres o tutores). En concreto, podríamos entender que las causas que provocan este tipo de desamparo serían:

- *La imposibilidad económica de atender al menor*, es decir, todos aquellos supuestos en los que los encargados del menor, legalmente o de hecho, no puedan atenderle por falta de recursos económicos.
- *La incapacidad de atender al menor*, en la que deberíamos incluir los supuestos de falta de atención por causas de incapacidad personal, tales como alcoholismo, toxicomanías, alteraciones psicológicas, enfermedades orgánicas, etc.

2. Por un *inadecuado ejercicio* de los citados deberes. En este caso, y frente a lo indicado con respecto al imposible ejercicio, nos encontramos con un supuesto en el que concurre el requisito de la voluntariedad; no es que el sujeto, padre o tutor, no pueda atender al menor, sino que lo hace, pero mal. Nos referimos, básica, aunque no únicamente, a lo que se denomina como *maltrato infantil*. Este concepto ha sido analizado principalmente por la Psicología<sup>469</sup>, y en este sentido, y sin ánimo de ser exhaustivos, la doctrina<sup>470</sup> entiende que las causas más comunes serían:

---

469. Por todos, DE PAÚL OCHOTORENA y ARRUABARRENA MADARIAGA, *Manual de Protección Infantil*, Masson, 2ª edición, 2001, págs. 10 y ss.

470. SIMÓN RUEDA, LÓPEZ TABOADA y LINAZA IGLESIA, La población infantil en situación de desamparo en la Comunidad de Madrid, en Cuadernos Técnicos de Servicios Sociales, no 1, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, 1998, págs. 18 y ss.

- *Maltrato o abuso físico*, considerado como aquél acto intencionado o no accidental provocado por los padres o responsables del menor que pueda producir daños físicos en el mismo, y en los que podemos incluir las magulladuras, moratones, quemaduras, fracturas, etc.
- *Negligencia o abandono físico*, por el que el menor ve desatendidas sus necesidades básicas, tales como alimentación, vestido, higiene, cuidados médicos, supervisión y vigilancia, aspectos educativos, etc.
- *Abuso sexual*, distinguiéndose, en este caso, los supuestos en los que existe contacto físico, de los que no.
- *Maltrato emocional*, en los debemos incluir tanto la hostilidad verbal crónica, como el bloqueo constante de las iniciativas de interacción infantil.
- *Maltrato prenatal*, que implica la falta de cuidado, por acción u omisión, del cuerpo de la futura madre o el autosuministro de sustancias o drogas que, de una manera consciente o inconsciente, perjudiquen al feto.
- *Retraso no orgánico en el desarrollo*, que consiste en el diagnóstico médico respecto a aquellos menores que no incrementan el peso con normalidad en ausencia de una enfermedad orgánica.
- *Explotación laboral*, en la que los propios encargados del menor someten a éste, con carácter obligatorio, a la realización continuada de trabajos que excedan de lo que pueda considerarse habitual en el contexto socio-cultural del propio menor. Sin duda, estos trabajos interfieren en la propia formación escolar e intelectual del menor.

• *Síndrome de Münchhausen por poderes*, que se caracteriza, según DELGADO RUBIO<sup>471</sup>, por:

1. *La aparición de un conjunto de síntomas y signos, más o menos complejos, en general difícilmente explicables, que han sido producidos, simulados por su madre (casi constantemente) o por alguien perteneciente a su entorno familiar.*

2. *El niño viene sometido a una serie de pruebas (análisis, exploraciones, biopsias, intervenciones, etc.), a veces en número muy elevado, encaminadas al diagnóstico.*

3. *El perpetrador niega conocer la causa de la enfermedad del niño, al tiempo que tiene una buena relación con el grupo de los sanitarios que cuida de él y, además, generalmente, está más tranquilo que éstos.*

De lo hasta ahora indicado, se deriva que el desamparo puede producirse tanto por causas voluntarias como involuntarias, por lo que debemos considerar, como lo hace también la jurisprudencia de forma reiterada<sup>472</sup>, que se trata de una situación objetiva o de hecho que, de forma categórica, excluye toda idea de causación culpabilística. Buscar otro sentido, en concreto pretender castigar

---

471. DELGADO RUBIO, "Síndrome de Münchhausen por poderes", en *Niños Maltratados*, CASADO FLORES, DÍAZ HUERTAS y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Directores, Ed. Díaz de Santos, Madrid 1997, págs. 117 y ss. Según este mismo autor, el *Síndrome de Münchhausen se caracteriza porque lo mismo que el barón von Münchhausen inventaba y exageraba sus hazañas militares, estos pacientes simulan y fingen una serie de falsos síntomas y signos que dan lugar a actuaciones médicas y quirúrgicas innecesarias.*

472. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de enero de 2002, para quien *... resultará indiferente si esa omisión o ejercicio inadecuado es imputable a los padres o tutores o a circunstancias de hecho que lo impidan, ya que la ley expresamente prevé que existirá desamparo aunque el incumplimiento de los deberes por parte de los padres o tutores sea imposible.*

sólo a los padres o tutores culpables, pervertiría el sentido del propio artículo 172.1 que, recordemos, habla expresamente del desamparo como situación **que se produce de hecho**.

Debemos, además, aclarar un punto ciertamente problemático, cual es el del denominado **requisito final**. En efecto, el último inciso del segundo párrafo del artículo 172.1 establece que el desamparo se producirá **cuando éstos** (los menores) **queden privados de la necesaria asistencia moral o material**. Lo que debemos aclarar es si este requisito lo es de forma independiente o realmente es un requisito acumulado al incumplimiento de esos deberes. En definitiva, si basta con que exista incumplimiento de los deberes de protección para que exista desamparo, o si, además, debe producirse la privación de la necesaria asistencia moral o material. Para nosotros, tal y como venimos sosteniendo desde hace tiempo, la solución es clara y tajante, en el sentido de exigir siempre tal requisito para considerar la existencia del desamparo. Y ello en base a que es notorio que la reforma de 1987, refrendada posteriormente por la de 1996, primó el resultado frente a cualquier otra consideración, manteniendo la objetivación del desamparo, de lo que podemos deducir la necesidad de una completa falta de amparo al menor; en este sentido, la existencia de una figura como la guarda de hecho realizada por un pariente o allegado, implicaría la existencia de un sujeto encargado del menor, aunque no fuera quien por ley estuviera obligado. Lo que de verdad nos debe interesar en esta sede es la situación fáctica en que se encuentre el menor y no tanto la actuación de los padres o tutores. Si el menor tiene cubiertas sus necesidades, no existirá desamparo, aunque indudablemente, habrá que actuar contra aquéllos, utilizando las vías pertinentes. El Código civil, a través del artículo 170 ya analizado, posibilita la privación de la patria potestad, entre otras razones, por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, y el artículo 247 regula la remoción de la tutela por supuestos parecidos. Por todo ello, entendemos que el concepto de desamparo, su declaración y, en consecuencia, su aplicación, debe servir

para defender al menor, y no para castigar a los padres o tutores negligentes o culpables<sup>473</sup>.

En definitiva, para que exista desamparo no sólo es necesario que haya incumplimiento, sino que, como consecuencia de él debe existir una privación de la necesaria asistencia moral o material.

## 2.2. Las consecuencias del desamparo

Siendo uno de los aspectos más criticados de la reforma de 1987, en la actualidad la cuestión parece superada con la nueva redacción producto de la reforma de 1996. En efecto, tras la Ley de adopción de 1987, el artículo 172.1 disponía que ***La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores tiene, por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo.*** De esta redacción se derivaban los siguientes problemas:

1. Cuál debería ser el organismo que declarara el desamparo. Del proceso formativo de la propia ley, así como de la propia Exposición de Motivos, se deriva que la intención del legislador es realizar una *desjudicialización* de los primeros escalones de la protección de menores, lo que, de manera cuando menos dis-

---

473. En este sentido, por ejemplo, se manifiesta la Sentencia de 23 de noviembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Sevilla, (AC 1999/2211), para quien a la hora de interpretar el artículo 172 CC., cobra especial relevancia *la situación que se produce de hecho, lo que obliga a una constatación del estado del menor, es decir, el lado pasivo de la relación guardador-guardado; es decir, si la consecuencia fáctica, la situación real y actual, al momento de la intervención de la Administración, no es susceptible de ser calificada como desamparo, porque el menor tenga cubiertos los bienes, materiales y morales, fundamentales exigidos por las leyes, cualquiera que sea quien los proporcione, porque el precepto no trata de regular y sancionar el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentre éste, aunque, lógicamente, a consecuencia del incumplimiento de aquéllos; ..... si tal incumplimiento discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro en la que ninguna influencia vaya a tener aquél, el mecanismo de actuación podrá ser otro, como el examinado respecto de la suspensión o privación de la patria potestad, o la no necesidad de audiencia en los supuestos de adopción, etc., pero nunca la calificación de una situación que sólo por su referencia a un estado de hecho puede ser llevada a cabo.*

cutible, provocó una *administrativización* de los mismos, por lo que serían las citadas entidades públicas<sup>474</sup> las que deberían estimar la situación de desamparo. Con ello se varía completamente la legislación anterior, pues, como hemos visto con anterioridad, el artículo 174 CC. establecía que el abandono del menor debería ser apreciado por el Juez competente para conocer el expediente de adopción.

2. Posibles recursos a la declaración de desamparo por parte de los padres o tutores. Ante el silencio de la nueva ley, la doctrina tuvo que intentar solucionar los problemas que se planteaban, produciéndose, no sólo en la teoría, sino también y sobre todo en la práctica, graves disfunciones. Entre éstas, por ejemplo, qué posibles recursos judiciales podían utilizar aquellos responsables del menor que no estuvieran de acuerdo con tal declaración o, también, si era necesari-

---

474. La Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, establece: *Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores.*

*Las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia en materia de protección de menores, podrán habilitar, en su territorio, como instituciones colaboradoras de integración familiar, a aquellas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, constituidas conforme a las Leyes que les sean aplicables, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas.*

*Estas instituciones colaboradoras podrán intervenir sólo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite.*

*Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones.*

*La habilitación se otorgará previo expediente. Podrá ser privada de efectos la habilitación si la Asociación o Fundación dejare de reunir los requisitos exigidos o infringiere en su actuación las normas legales.*

*Incumbe al Ministerio de Justicia la coordinación con fines de información y colaboración, estadística y relaciones internacionales, para lo cual las Comunidades Autónomas deberán facilitar la información necesaria.*

*Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las Instituciones colaboradoras, están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción.*

*Desde que una persona es seleccionada por la entidad pública como adoptante, podrá solicitar que la entidad le proporcione los datos que posea sobre la salud del menor.*

rio, antes de recurrir a la vía judicial, presentar una reclamación administrativa previa, pues, no olvidemos que la declaración de desamparo no deja de ser una resolución administrativa.

3. Si la tutela que asumía la entidad pública tras la declaración de desamparo era una verdadera tutela o se trataba, por el contrario, de una tutela especial. La cuestión planteada no es baladí, pues entran en juego derechos fundamentales y preferentes. En efecto, si entendemos que se trata de una tutela normal, de las reguladas en el propio Código civil, artículos 222 y siguientes, nos encontraríamos con que la nueva redacción del artículo 172.1 iría en contra de lo regulado en otros artículos del Código. En efecto, una de las características fundamentales de nuestra legislación es que plantea las figuras de la patria potestad y de la tutela como antagónicas y excluyentes, de forma que existiendo una no puede darse, en ningún caso, la otra<sup>475</sup>. Además, el artículo 170 CC., al hablar de la privación de la patria potestad, establece que ésta sólo podrá producirse *por sentencia*, es decir, por resolución judicial, y no por una resolución administrativa. Por ello, la consideración de la tutela derivada de la declaración de desamparo como una tutela normal, planteaba graves inconvenientes. De esta forma, los defensores de la ley y parte de la doctrina entendieron que se trataba de una tutela especial, distinta de la normal y, por lo tanto, compatible con la titularidad de la patria potestad. Ello, para otra parte de la doctrina con la cual nos identificamos, no era posible, pues en ningún otro artículo del Código se estableció así. Entendimos, y entendemos, que la inclusión de nuevas figuras jurídicas en los textos legales requiere, como mínimo, una declaración expresa en este sentido, así como una reforma armónica del resto del articulado, cosa que en su momento no se produjo. Simplemente, y a modo de ejemplo, de-

---

475. Así, por ejemplo, lo entiende también el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 19 de abril de 2001 (JUR 2001/188504), para quien **patria potestad y tutela son instituciones incompatibles entre sí, en cuanto la operancia de la segunda sólo puede tener lugar en los casos de extinción, suspensión o privación de la primera...**

bemos recordar la inclusión de un nuevo n° 4 en el artículo 222 del CC., **Los menores que se hallen en situación de desamparo** como sujetos que deben ser sometidos a tutela, sin especificar en ningún caso, que se trate de una tutela especial; además, el artículo 239 CC. estableció que **La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172**. Continuando, en el párrafo segundo, que, **Se procederá, sin embargo, al nombramiento de un tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste**. De todo ello se deriva que la única especialidad reconocida por esta Ley se refiere al nombramiento de tutor del menor desamparado que será, en principio y por mandato legal, la entidad pública, salvo que pueda existir una persona que, por sus relaciones con el menor, pueda asumir el cargo tutelar.

4. En qué momento asumía la entidad pública la tutela del menor declarado en desamparo. Tampoco es baladí este punto. Según la dicción literal del artículo 172.1 fruto de la reforma de 1987, la entidad pública **tiene, por ministerio de la ley, la tutela de los (menores) que se encuentren en situación de desamparo**. De esta frase se deriva que, aún sin saberlo, sin haber decretado el desamparo, la entidad pública tenía la tutela, siendo por ello la misma responsable de los actos cometidos por un menor del que no tenía ni siquiera conocimiento de su existencia<sup>476</sup>.

Como hemos indicado con anterioridad, la nueva redacción del artículo 172.1, fruto de la reforma de 1996 vino a solucionar, aunque sólo en parte, los problemas anunciados.

---

476. En sentido parecido se expresa VALLADARES RASCÓN, para quien *producida la situación de desamparo, la entidad protectora no asume, sino que tiene la tutela del menor desamparado*, en “La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo”, en Centenario del Código Civil, II, Ceura, 1991.

En efecto, en su nueva redacción, y en el párrafo primero, se establece que ***La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo...*** Por supuesto, la negrita es nuestra, y sirve para subrayar cómo el legislador de 1996 soluciona el problema anunciado en el número 4 anterior, referido al momento en que la entidad pública asume la tutela del menor. Al incluir el término ***constate*** se aclara que hasta que la entidad pública no conozca la existencia del tal situación, no asumirá tal tutela.

Continúa el propio artículo indicando que .... ***y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.*** Con esta declaración, se solucionan los problemas referidos a la falta de aclaración sobre los pasos a seguir por los encargados del menor para poder recurrir la decisión administrativa. Junto a ello, el nº 6 del propio artículo 172, soluciona la duda surgida en la legislación anterior acerca de la necesidad o no de una reclamación administrativa previa, al indicar, esta vez sí de forma tajante que ***Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa.***

En cuanto a las normas procesales, la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en sus artículos 779 y 780, pretende aclarar la tutela jurisdiccional frente a resoluciones administrativas en materia de protección de

menores. Según el artículo 779 de la ley procesal, la competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la entidad pública encargada de la protección de menores en el territorio correspondiente y, en su defecto, al del domicilio del adoptante; esta última solución se refiere al contenido del artículo 781 de la misma ley, que contempla el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento para la adopción. El artículo 780, en su punto primero, repite la fórmula ya analizada establecida en el artículo 172.6 CC., al indicar que ***no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición ante los Tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en protección de menores;*** añadiendo el punto segundo que la oposición deberá hacerse por escrito en el que, de forma sucinta, se expresen la pretensión de los actores y la resolución a la que se oponen. El Tribunal reclamará de la entidad pública testimonio completo del expediente, quien deberá entregarlo en un plazo de veinte días; recibido el expediente, el Tribunal emplazará al actor, por otros veinte días, para que presente la demanda.

El procedimiento a seguir, en virtud del artículo 753 LEC, será el del juicio verbal, aunque con contestación escrita; se exige la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 749.2 LEC); las partes deberán acudir con asistencia de abogado y representadas por procurador (artículo 750.1 de la misma Ley); de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal para su contestación, así como a las demás personas que debieran ser parte en el proceso, aunque no hayan sido demandadas (artículo 753 LEC).

Interesa ahora aclarar qué sujetos están legitimados para poder oponerse a la declaración de desamparo. En principio, debemos considerar que lo estarán los progenitores del menor que ostenten la patria potestad o el tutor que ostente la tutela, básicamente el que lo sea de la esfera personal, así como el Ministerio Fiscal, éste en virtud del artículo 174.1 CC. Pero además, y según tiene estable-

cido la Jurisprudencia, debemos incluir a otros parientes que puedan postularse como guardadores o acogedores del menor. Para ello, debemos acudir al artículo 158 CC.; según éste, ***El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará una serie de disposiciones, entre las que incluye, en el número 2º: las apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular en la potestad de guarda***<sup>477</sup>.

Por último, y en cuanto a la nueva regulación del artículo 172.1 CC., es necesario destacar que, en su último párrafo, establece que ***La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él***. Puede parecer que con esta declaración se termina con el problema antes anunciado de la indeterminación respecto al tipo de tutela que asume la entidad pública, en el sentido de crear una nueva tutela especial, esta vez sí compatible con la patria potestad, y que sólo implica la suspensión de la misma, o de la tutela ordinaria, y, además, sólo respecto a la esfera personal, pero no la patrimonial. De todas formas también debemos reconocer que se siguen planteando diversas dudas de no fácil aclaración.

Por un lado, el legislador vuelve a introducir un concepto en nuestro Código Civil que había desaparecido en anteriores reformas. En efecto, la reforma de 13 de mayo de 1981 eliminó cualquier referencia a la suspensión de la patria potestad, no sólo del artículo 170 CC., sino de todo el Capítulo IV del Título VII del propio Código sustantivo, sin que, en ningún caso, y por ley posterior, se

---

477. Así, por ejemplo, Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de diciembre de 1997 (AC 1997/2433). En este caso, el citado Auto admite la legitimación de la abuela.

hubiera introducido<sup>478</sup>.

Por otro, puede parecer absurdo que la suspensión de la patria potestad alcance sólo a la esfera personal, manteniéndose, por el contrario, en la esfera patrimonial<sup>479</sup>, pues no otro sentido puede darse al último inciso del artículo que comentamos.

### 3. La situación de riesgo

El establecimiento por parte de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de la denominada *situación de riesgo* supone una de las más importantes novedades de la citada Ley. Una de sus **características más sobresalientes es que viene definida en sentido negativo; en efecto, en la Exposición de Motivos se indica que serán todas aquellas situaciones que están caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar**; además, el artículo 17 de la L.O. la define como **aquellas situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor que no requieran la asunción de la tutela del menor**; por último, el artículo 172.2 del CC., recordemos, reformado por la ley que tratamos, al hablar de la guarda administrativa, que es aquélla que se produce **cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, indica que podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta**

---

478. En este sentido se expresa CASTÁN VÁZQUEZ, en “Comentario del artículo 171 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, Revista de Derecho Privado, tomo III, vol. 2º, 1982, págs. 254 y ss.

479. Como dice LINACERO DE LA FUENTE en *Protección Jurídica del Menor*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 2001, pág. 242, *¿qué motivo existe para que el progenitor privado del ejercicio asuma las decisiones relativas al patrimonio del hijo?, ¿es que el ejercicio del contenido personal y patrimonial de la patria potestad obedece a distintos intereses o fundamentos?*

***asuma su guarda durante el tiempo necesario.***

De toda esta legislación podemos derivar que la situación de riesgo, aunque con evidentes semejanzas con el desamparo, tiene también claras diferencias. En cuanto a las semejanzas, la principal es que es una situación que se produce también de hecho, es decir, en ningún caso se busca o se tiene en cuenta la culpabilidad de los sujetos encargados de la protección del menor; supone también un cierto incumplimiento de los deberes de protección, bien sea por un imposible o por un inadecuado ejercicio de los mismos; afecta también a los ámbitos material y moral de esos deberes.

Pero la diferencia fundamental es que en el caso de la situación de riesgo, ese incumplimiento no se ha producido del todo, es decir, no se ha *completado*. El menor, aunque de manera provisional y precaria, mantiene cubiertas sus necesidades mínimas, no se ha producido la desprotección. Como establece la Sentencia de 25 de enero de 1999, de la Sección 1º de la Audiencia Provincial de Álava<sup>480</sup>, está caracterizada *por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar...*

La determinación de la existencia de estas situaciones, que como antes hemos analizado, se producirá a través de los mecanismos de garantía establecidos en la propia Ley, implica la necesaria intervención de los poderes públicos, a través de las entidades públicas competentes en cada territorio para la protección de los menores. Esta intervención se limitará a la intervención social en el mismo núcleo familiar, de lo que se deriva que, salvo el supuesto regulado por el artículo 172.2 del Código civil, guarda administrativa, en ningún caso supondrá

---

480. AC 1999/245.

la separación del menor de su círculo convivencial habitual. La misión en estos casos de la Administración Pública es la de intervenir de forma preventiva, a través de los servicios sociales de zona, para erradicar el problema del que adolece ese grupo familiar<sup>481</sup>.

Nos encontramos, sin duda, con uno de los más importantes aciertos de esta nueva legislación, pues supone la consideración de supuestos especiales como tales, sin encuadrarlos en conceptos más graves y, casi definitivos. El legislador ha tenido en cuenta las críticas que le llovieron tras la reforma del Código civil de 1987, y ha previsto, más bien ha recuperado<sup>482</sup>, una intervención preventiva, previa a la declaración de desamparo. Es lógico pensar que muchas de las situaciones a las que nos referimos no van a venir determinadas por una acción culpable de los encargados del menor, sino por factores externos a los mismos, fundamentalmente marginación social o económica o enfermedad. Ello no puede suponer la intervención desmesurada de la Administración, pues aunque el interés más digno de protección sea el del menor, como ya hemos visto, concurren otros intereses que hay que tener en cuenta, como es el familiar. Por ello, y teniendo en cuenta, además, toda la legislación de servicios sociales a la que nos referiremos con posterioridad, es lógico y plausible que la intervención sea preventiva y que ataque la raíz del problema donde éste se produce.

#### **4. La guarda administrativa**

---

481. O lo que es lo mismo, y según indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 3 de febrero de 2002, cuando exista situación de riesgo, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar, en todo caso, los derechos que asisten al menor 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.

482. Nos referimos a la regulación contenida en la Ley del Tribunal Tutelar de Menores de 1948. Dentro de la denominada facultad preventiva, y como una de las medidas a adoptar por esos Tribunales, se regulaba la denominada imposición de vigilancia, de contenido parecido al instituto que analizamos. Un estudio más amplio de la labor de estos Tribunales, en nuestra obra Abandono y desamparo..., págs. 105 y ss.

Entre las novedades más importantes introducidas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, nos encontramos con la institución de la guarda administrativa, cuya regulación se encontraba recogida en el artículo 172.2, posteriormente reformado por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996. En su primitiva redacción este artículo establecía que ***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***; añadiendo, el párrafo tercero que ***la guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento***.

En la actualidad, el artículo 19 de la L.O.P.J.M. de 1996, establece que .... ***la entidad pública podrá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 del Código civil, cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda***. Como vemos, y al igual que ocurre con el desamparo, el articulado de la Ley Orgánica se remite a la regulación contenida en el Código civil, por lo que es a éste al que debemos acudir.

Atendiendo a esta regulación podemos distinguir dos tipos de guarda administrativa dependiendo de la forma en que se constituye; por un lado, la guarda administrativa que se constituye a solicitud de los encargados del menor y, por otro, la que se constituye por decisión judicial. Veamos ahora las características de cada una de ellas.

#### **4.1 La guarda administrativa a solicitud de los encargados del menor**

La misma Disposición Final quinta que, como ya sabemos, reformó la figura del desamparo, es la que se ocupa del tema de la guarda administrativa. En este sentido, establece: **2. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.**

Por lo que se refiere a los sujetos que puedan solicitar esta asunción de la guarda, la nueva redacción resulta más aclaratoria que la de 1987, pues se refiere en exclusiva a **los padres o tutores**, por lo que se elimina la incertidumbre levantada en la anterior regulación. A partir de este momento sólo los sujetos que tienen potestad legalmente atribuida sobre el menor, podrán solicitarla, en el ejercicio de sus facultades. De todas maneras, se podrían plantear dudas sobre la figura del acogimiento, que también supone una atribución legal de la potestad de guarda, básicamente respecto al familiar, según lo que se desprende de la nueva redacción del artículo 173 del Código civil<sup>483</sup>. A pesar de ello, creemos que de la dicción literal del artículo 172.2 se desprende su exclusión, por lo que, en este caso, habría que hacer una renuncia expresa del acogimiento.

También se altera la redacción en cuanto a las causas que pueden motivar esta solicitud. Si recordamos, en el antiguo artículo 172.2 se establecía que esa solicitud podría realizarse cuando los sujetos capacitados justificaran no poder atenderlo **por enfermedad u otras circunstancias graves**. En la actual redacción no se hace ninguna referencia a las causas, ni siquiera indicativas, sino que se limita a señalar **cuando .... por circunstancias graves, no puedan cuidar del menor**. Es decir, que la indeterminación respecto de las

---

483. Según este artículo 173, *el acogimiento familiar, produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral*. Como se puede observar, se refiere al contenido personal de la patria potestad.

causas que pudieran provocar la guarda, y que fueron ampliamente señaladas por la doctrina de la época, se ha hecho más manifiesta, por lo que es la propia doctrina la que ha tenido que establecer estas posibles causas.

La utilización de la frase ***no poder atenderlo*** en la redacción de 1987, se consideró que se refería a los supuestos en los que los padres o tutores no pudieran continuar haciéndose cargo de la guarda del menor; como indica IGLESIAS REDONDO<sup>484</sup> la *atención* es aquí, de este modo, cuidado, más aún tras la redacción de 1996, y éste sólo se puede referir a la esfera personal de la patria potestad, es decir, a la guarda. De este modo, lo que se pretende es que el menor no se vea abocado al desamparo por los problemas a los que se enfrentan los encargados de la guarda. En cuanto a los supuestos concretos en los que tal solicitud pudiera realizarse, los autores entendieron que la utilización de los términos *enfermedad u otras circunstancias graves* sólo podían referirse a supuestos en los que existiera imposibilidad por parte de esos sujetos. De este modo, y como indica MAYOR DEL HOYO<sup>485</sup>, se requiere *una ausencia de voluntad de desentenderse del menor, quedando excluidos de su círculo los supuestos en que los padres o tutores pretenden la asunción de la guarda por la Administración no porque no puedan ellos ejercerla, sino porque no quieren*.

Otro problema que se plantea es el de la posible imputabilidad o inimputabilidad de los sujetos titulares de la guarda; es decir, si habría que dejar fuera aquellas situaciones en las que los padres o tutores fueran los verdaderos culpables, casi siempre por acción, de estas situaciones. Aún habiendo voces autorizadas que pretenden rechazar la posibilidad de la actuación culpable de los encargados de la guarda, exigiendo por tanto la característica de la inim-

---

484. En *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Madrid, 1996, pág. 122.

485. En *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 219

putabilidad<sup>486</sup>, nosotros entendemos, en la línea de lo establecido respecto al desamparo, que no debe ser determinante la culpabilidad o no de los padres o tutores, pues lo que se pretende es evitar un perjuicio para el menor, como es su abandono o desamparo, por lo que es su interés lo que debe primar y no un afán castigador respecto de los guardadores negligentes o culpables, más aún si se trata de una medida preventiva que los mismos solicitan.

En cuanto a los requisitos formales necesarios para el establecimiento de la guarda, el artículo 172.2 CC., en su redacción de 1996, indica que ***la entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.***

El que la entrega se realice por escrito nos parece una obviedad, pues no sólo es la única manera en que se podrá demostrar tal guarda, sino que también es lógico pensar que al tratarse de una entidad administrativa, es necesario llevar un registro de las mismas, como se establece en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Se echa en falta, sin embargo, que no se especifique el contenido de tal escrito, sobre todo en lo que se refiere a la distribución de competencias entre los sujetos intervinientes, cosa que sí hace el artículo 173 respecto al acogimiento. En efecto, según éste, el documento de formalización de acogimiento familiar debe incluir los siguientes extremos:

1. Consentimientos necesarios.
2. Modalidad de acogimiento y duración prevista del mismo.

---

486. Por todos, SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia, IV, Acogimiento y adopción*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.

3. Derechos y deberes de cada una de las partes, haciendo especial mención de:

- a) Periodicidad de las visitas por la familia del menor acogido.
- b) Sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
- c) Asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.

En cuanto a cuáles sean esas competencias, podemos establecerlas, siguiendo a LINACERO DE LA FUENTE <sup>487</sup>, del siguiente modo:

1. Respecto a los padres o tutores, éstos mantendrán la capacidad sobre todas las decisiones importantes respecto a la patria potestad; así, dirigir la educación del menor, incluyendo la elección del centro escolar, educación moral o religiosa, temas graves de salud, como podría ser una intervención quirúrgica, etc. En muchos casos, la doctrina entiende que estas funciones deberían estar incluidas en el reclamado escrito de formalización, pudiendo ser sustituido por un escrito de los padres o tutores donde señalen las pautas a seguir por la entidad pública o los acogedores respecto a estos temas<sup>488</sup>.

---

487. Op. cit., págs. 249 y siguientes.

488. Entre otros, MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo...*, cit. págs. 248 y siguientes, y Linacero de la Fuente, op. cit., pág. 249. Esta última autora se refiere también a aspectos patrimoniales de la patria potestad, pero ya hemos indicado que, para nosotros, la guarda administrativa se refiere sólo al aspecto personal, excluyendo el patrimonial. De todas maneras, esta no deja de ser una cuestión baladí, pues en la inmensa mayoría de los casos, por no decir todos, en los que se produce tal guarda, la capacidad económica y patrimonial de la familia en general, y del menor en particular, será irrisoria.

2. El guardador, entidad pública o acogedor, deberá decidir respecto a aquellos actos más usuales que exige el cuidado del menor. En concreto, régimen de horarios, vigilancia de la educación, consulta médica rutinaria, etc.

En cuanto a las consecuencias de la guarda establecida por petición de los padres o tutores, en la ley de 1987 se planteó la duda de si era necesaria la salida del menor del círculo convivencial habitual, la familia, o si, por el contrario, era preferible mantenerlo en la familia de origen. Como ya indicamos en su momento, la respuesta no puede ser, en ningún caso, rotunda, sino que dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. Entendemos preferible la intervención de los servicios públicos de atención en la propia familia, para dar así respuesta a lo que, en la mayoría de los casos, no deja de ser una necesidad de tipo social. Por supuesto, habrá situaciones en las que tal convivencia se presente imposible, por lo que será necesario un alejamiento, aunque sea provisional, del menor de su familia. Nos referimos a supuestos de emigración, prisión, enfermedad grave, incapacidad, ausencia, etc.

Por lo que se refiere a la nueva redacción fruto de la ley de 1996, no varía demasiado, aunque estableciendo la Exposición de Motivos y el articulado de la Ley de 1996 como uno de los principios inspiradores de la nueva legislación, la integración del menor en su propia familia natural, creemos que la salida del menor de su familia sólo se deberá producir en casos muy graves, en los que sea imposible realizar tal función a través de los medios asistenciales comunitarios y de base.

En definitiva, tal y como establece el Auto de la Audiencia Provincial de Soria, de 7 de octubre de 1998, nº 121/1998<sup>489</sup>, *se trata de una medida tuitiva del*

---

489. AC 1998/7899.

*menor impidiendo que se llegue a una situación de desamparo, siendo indiferente que las circunstancias determinantes de la misma provengan de los propios padres o tutores o de los propios menores, o de circunstancias ajenas del ámbito familiar. Esta guarda asistencial presenta una nota esencial de temporalidad: se asumirán las labores de cuidado del menor, en el sentido de necesaria asistencia moral o material, en tanto en cuanto se mantengan las circunstancias impositivas que dieron lugar a ellas siempre con la intención última de reintegrar al menor a la vida familiar normalizada..., añadiendo, finalmente, que la situación es desde su comienzo transitoria y objetivamente reversible, esperándose por tanto desde su inicio la recuperación de la plenitud de las facultades-deberes por parte de sus titulares.*

## **4.2. La guarda administrativa por resolución judicial**

Por lo que se refiere a la guarda administrativa judicialmente decretada, la ley de 1996 sigue fielmente lo establecido por la de 1987, por lo que no se produce ninguna variación en el texto del articulado del Código civil, lo que implica que se mantienen los problemas que se refieren, sustancialmente, a la indefinición de los supuestos en los que se puede producir tal intervención judicial. En efecto, el artículo 172.2 párrafo cuarto, establece que ***asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.***

En cuanto a cuáles sean esos supuestos, debemos tener en cuenta lo establecido en el resto del articulado del Código civil así como en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así:

- 1.El artículo 103.1, apartado segundo del Código civil; éste trata de las medidas provisionales en supuestos de crisis matrimoniales, en los casos en los que no haya acuerdo entre los cónyuges respecto de con cuál de

ellos hayan de quedar **los hijos menores de edad**; para este supuesto establece que **los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez**. Aunque textualmente hable de **funciones tutelares**, entendemos subsumible el supuesto de la guarda administrativa.

2. El artículo 174.2 del Código civil, en cuanto obliga al Ministerio Fiscal a promover ante el Juez las medidas de protección necesarias respecto al menor.

3. El artículo 216 del Código civil en su párrafo segundo, en cuanto permite al Juez adoptar las medidas contenidas en el artículo 158 respecto a los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, respecto a los menores e incapacitados<sup>490</sup>.

4. El artículo 1903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no derogado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; según éste, el Juez, a instancia de parte, **podrá adoptar la medida provisional de custodia del menor prevista en la Sección siguiente de esta Ley y cualquier otra medida de aseguramiento que estime pertinente**, refiriéndose la Sección tercera, que es la siguiente, a las medidas provisionales en relación con los hijos de familia.

5. El artículo 1832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todavía en vigor, que se refiere a las actuaciones establecidas en los artículos 179 y 180 del Código civil, permitiendo al Juez que adopte las medidas de protec-

---

490. Recordemos que el artículo 158 del Código civil se refiere a las medidas que puede adoptar el Juez a instancia de parte, en sede de patria potestad.

ción oportunas sobre la persona del menor. Los artículos de referencia de la ley sustantiva civil, se ocupan de la exclusión del adoptante por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, el 179, y a la extinción de la adopción por decisión judicial cuando los padres del adoptado no hubieran intervenido en el expediente sin culpa suya, el 180.

## **5. La legislación autonómica en materia de desamparo y guarda de menores**

### **5.1 Introducción.**

Una vez analizadas las competencias autonómicas en materia de protección de menores en el Capítulo correspondiente, debemos entrar a analizar de un modo comparativo, la legislación autonómica dictada en cuanto al desamparo. Lo que vamos a hacer, es, en primer lugar, ver cómo se ha definido esta situación en las distintas Comunidades Autónomas, para después analizar las medidas adoptadas para su atención.

Es curioso ver cómo una gran parte de la normativa autonómica se dictó con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, es decir, bajo el paraguas normativo de la Ley de 1987. Y que en esta legislación autonómica, sí se hace un exhaustivo repaso a las causas que pueden provocar tal situación, lo que nos lleva a pensar que las Comunidades Autónomas, si no todas, sí una buena parte de ellas, se dió cuenta también del perjuicio que representaba la indefinición del artículo 172.1 en esta materia.

La legislación autonómica analizada en este sentido, es la siguiente:

- Andalucía, Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención

al Menor; también, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, por el que se desarrolla reglamentariamente la citada Ley.

- Aragón, Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia.

- Asturias, Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección de Menores.

- Islas Baleares, Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Protección de Menores. Además, hay que incluir la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, de atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de tutela, acogimiento y adopción.

- Canarias, Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores.

- Cantabria, Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

- Castilla-La Mancha, Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha

- Castilla y León, Decreto 57/1988, de 7 de abril, sobre normas reguladoras en materia de protección de menores.

- Cataluña, como sabemos, con régimen especial foral, contiene estas normas en varias leyes dispersas; así, 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, que modifica la anterior, de atención y protección de los niños y los adolescentes; también hay que tener

en cuenta, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, que aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción, así como el nuevo Código de Familia, de 15 de julio de 1998. Así mismo, y como hemos hecho en Capítulos anteriores, haremos referencia al Proyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, y que se encuentra, cuando escribimos estas líneas, en el Parlamento catalán.

- Extremadura, Ley 4/1994, de 24 de noviembre, de Protección de Menores.

- Galicia, Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia, así como el Decreto 42/2000, de 7 de enero, que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia. En la actualidad, la norma fundamental por la que se rige esta materia en la Comunidad gallega es la Ley 2/2006, de 14 de junio, por la que se aprueban las normas reguladoras del Derecho Civil de Galicia; en concreto, el Título I *De la protección de menores*, que se refiere al desamparo y la tutela administrativa (Capítulo II), a la guarda administrativa (Capítulo III), y a la situación de riesgo y las medidas de protección (Capítulo IV).

- Madrid, Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la adolescencia.

- Murcia, Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia.

- Navarra, Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.

- País Vasco, Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia.
- La Rioja, Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores.
- Valencia, Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia, así como el Decreto 93/2001, de 22 de mayo que aprueba el Reglamento de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana.
- Ceuta y Melilla, además de sus respectivos Estatutos de Autonomía, Leyes Orgánicas 1 y 2 de 13 de marzo de 1995, hay que tener en cuenta el Real Decreto 416/1996, de 1 de marzo, por el que se crean las Comisiones de Atención a la Infancia en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Como se puede observar, todas las Comunidades Autónomas, más las dos Ciudades Autónomas, han creado disposiciones sobre protección de menores en uso de la atribución competencial que ya vimos, variando la nomenclatura, siendo la más utilizada la que se refiere a *menores o infancia*, no faltando aquéllas que ya en el propio título anuncian el ámbito de aplicación, al incluir el nombre de la autonomía correspondiente, como son Murcia y Castilla-La Mancha; el resto, hace precisión de ese ámbito en el articulado, señalando, la mayoría de ellas, que será competente respecto *de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma.....*<sup>491</sup>

También la mayoría de ellas vienen a determinar los sujetos de protección,

---

491. Así, el artículo 23.1 de la Ley de Andalucía; artículo 3 en Asturias; artículo 1 en las Islas Baleares; artículo 2 en Canarias; artículo 2 en Cantabria; artículo 2, Castilla-La Mancha, donde se habla de domicilio, no de residencia; artículo 1 de la Ley de 1995 de Cataluña; artículo 2 en Extremadura, donde también habla de *domicilio*; artículo 24.1 del Decreto de refundición de Galicia; sin embargo, la nueva Ley de Derecho Civil de esta comunidad no dice nada al respecto; artículo 1.b en Madrid; artículo 3 en Murcia, donde se establece, que se aplicará la ley a todos *los niños y niñas*;

aclarando qué debe entenderse por menor a los efectos de estas leyes; unas, la mayoría como hemos visto, al hablar de *menores*<sup>492</sup>, no especifican nada más, por lo que debemos entender aplicable lo dicho en sede de desamparo a nivel nacional; otras, en cambio, aun hablando de menores, señalan que debe entenderse por tales a los menores *de 18 años*, como es el caso del artículo 2 de la Ley de Canarias; otras, distinguen los períodos entre *infancia*, hasta los doce años de edad, y *adolescencia*, desde los doce hasta la mayoría de edad<sup>493</sup>, mientras que la Ley de la Comunidad Valenciana tiene la peculiaridad de referirse al *niño* y a la *niña*, entendiendo que sería, a los efectos de esa ley, *todo menor de edad*.

Una vez analizados los sujetos *protegidos*, debemos referirnos a lo que se entiende específicamente por *protección*. Un grupo numeroso de Comunidades (Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Madrid y Valencia) no definen específicamente este concepto, aunque sí lo regulan como uno de los principios básicos de actuación de la Administración Pública. En cambio, otras Comunidades Autónomas sí han realizado una definición de este concepto; veamos cómo.

Andalucía, al hablar en el artículo 2 de la *protección de los derechos*, establece que las Administraciones Públicas de su ámbito territorial, *velarán para que los menores gocen ..... de todos los derechos y libertades que vienen reconocidos por la Constitución, la Convención de Derechos del Niño y demás acuerdos internacionales ratificados por España, así como por el resto del ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, etnia, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social*. Como vemos,

---

492. Así, Andalucía, Asturias, Baleares, Castilla-La Mancha, Extremadura.

493. Cantabria (artículo 2.3) y Madrid (artículo 2). Murcia no distingue entre estos dos períodos, sino que habla sólo de *infancia*, *que será el período de vida que abarca hasta los dieciocho años de edad*.

el legislador andaluz es más pródigo que el propio constituyente.

Una definición más clara es la que contiene el artículo 2 de la Ley del Principado de Asturias, donde se lee: *se entiende por protección de menores, el conjunto de actuaciones, integradas en el marco del sistema público de servicios sociales, que la Administración del Principado de Asturias, en su condición de entidad pública, realice con la finalidad de promover el desarrollo integral del menor, así como prevenir y remediar cuantas situaciones de indefensión detecte, atendiendo en todo momento al interés primordial del menor y procurando su integración familiar y social.*

Por su parte, la Ley de 1995 de Cataluña, sin definirlo específicamente, se refiere a este concepto cuando en el artículo 6, en sede de los principios básicos relativos a los derechos del niño y del adolescente, indica que *todo niño y adolescente debe ser protegido frente a cualquier forma de malos tratos, negligencia, crueldad o manipulación y del uso y tráfico de estupefacientes y psicótopos, la explotación, el abuso sexual, la prostitución y las prácticas pornográficas.*

Más relacionado con el desamparo, en cuanto a que se refiere a él específicamente, sin hablar de las causas, es el concepto que realiza el artículo 10 de la Ley extremeña, por el que se entenderán por medidas de protección, *aquellas actuaciones de tipo administrativo o judicial encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de desamparo de menores.*

Por último, podemos entender que el concepto de protección de La Rioja es mixto, pues adopta caracteres de todas las definiciones antes vistas. En concreto, el artículo 3 indica que se entiende por protección de menores *el conjunto de actuaciones, integradas en el marco del sistema público de Servicios Sociales, que el órgano competente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja, realice con la finalidad de promover el desarrollo integral del*

*menor, los cuidados y asistencia especiales, tanto antes como después del nacimiento, así como prevenir y remediar las situaciones de riesgo o desamparo de menores que se detecten.*

## **5.2. La situación de riesgo**

Como vimos al establecer la lista de normas autonómicas más importantes, muchas de ellas son anteriores a la publicación de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, por lo que, no estando regulado hasta entonces de forma específica esta figura, parecería normal que no apareciera en esas normas. De todas formas esto no es así en todos los casos; veremos a continuación cómo algunas de esas leyes sí lo contemplan, lo que nos puede llevar a pensar que la regulación estatal es consecuencia directa de ellas.

Recordemos que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 1996 entendió como innovadora la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y desamparo, que dan lugar a un grado distinto de intervención; respecto a la primera, estarían caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. Por ello, la intervención debe limitarse a intentar eliminar, dentro de la propia familia, los factores de riesgo.

En cuanto a la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 22 establece el concepto de situación de riesgo en el nº 1, indicando que serían aquellas *en las que existan carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico y social, y que no requieran su separación del medio familiar*. Estableciendo el nº 2, las consecuencias respecto a esa situación, y que supone la puesta en marcha de un proyecto de intervención social individual y temporalizado, *que deberá recoger*

*las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación.*

Respecto al Principado de Asturias, cuya Ley de Protección de Menores es de 1995, anterior por tanto a la estatal, no dedica un artículo específico a la situación de riesgo, aunque se puede considerar integrado en el artículo 18, que se refiere a las medidas de protección, y en el artículo 24, que regula el concepto y modalidades de apoyo familiar.

La Ley de las Islas Baleares, también de 1995, sí se refiere específicamente a estas situaciones, al establecer en el artículo 3.3 la asunción de competencias por parte de la Dirección General de Juventud, Menores y Familia, en *prevención de situaciones de riesgo*. Del mismo modo, el artículo 15, al establecer los tipos de medidas de protección, establece en su punto a), *el mantenimiento del menor en su propio núcleo familiar o parental, seguido de ayudas de carácter económico, educativo, asistencial o terapéutico por parte de los servicios sociales*; por su parte el artículo 16 se refiere a que al adoptarse estas medidas, debe preverse su duración, que en ningún caso será inferior a un año, pudiendo prorrogarse en base a informes fundamentados. Por último, el artículo 17, que se refiere a la extinción de estas medidas, establece que se producirá, cuando haya transcurrido el período correspondiente y no se solicite la prórroga; cuando el órgano competente lo decida por haber desaparecido las circunstancias que motivaron su adopción o por entender que hay que pasar a una medida protectora de otra clase, y por la constitución de la tutela ordinaria, adopción del menor, decisión judicial, acogimiento, etc.

El artículo 14 de la Ley de las Islas Canarias de 1997, al establecer las preferencias y finalidades de las actuaciones de prevención, indica con carácter preferente *las actuaciones dirigidas a prevenir las posibles situaciones de riesgo .... así como las graves carencias que menoscaban el desarrollo de los mismos* (los menores). Además, el artículo 17 al referirse a la detección

de estas situaciones, impone obligaciones a funcionarios y a la propia Administración autonómica de denunciar y desarrollar actuaciones para su detección. Por otro lado, el artículo 41 define el concepto en un sentido muy parecido a como lo hace la Ley estatal de 1996, es decir, en un sentido negativo respecto al desamparo, pues indica que la situación de riesgo se producirá *cuando a causa de sus circunstancias personales, familiares o por influencias de su entorno, se está perjudicando su desarrollo personal o social, sin alcanzar la gravedad suficiente para justificar la declaración de desamparo y la separación de la familia*. Los principios orientadores de esta actuación, artículo 42, serán procurar las necesidades básicas del menor, mejorando su medio familiar y, concretamente, se dirigirán a disminuir los factores de riesgo, la promoción de los factores de protección del menor y la familia y el seguimiento de la evolución de tal situación, pudiéndose adoptar, en virtud del artículo 43, las medidas establecidas en el 16.2, a saber, *orientación técnica, educación y planificación familiar, ayuda a domicilio, atención de los menores en escuelas infantiles y actuaciones que contribuyan a la formación de quienes ejerzan funciones parentales y al desarrollo integral de los menores*. En cuanto al procedimiento, artículo 44, se iniciará el expediente por el órgano municipal competente, quien lo remitirá a la Administración autonómica, que es, en última instancia, la responsable. En ese expediente habrá que guardar las garantías convenientes, secreto, audiencia, etc. y comunicarlo a quienes ejerzan las funciones parentales y órganos autonómicos responsables de la protección de menores. Aquéllos están obligados a colaborar con la Administración en la ejecución de las medidas, y su negativa podrá dar lugar a la declaración de desamparo.

En cuanto a Cantabria, la Ley de 1999 establece con carácter prioritario la prevención de situaciones de desprotección, artículo 22, definiendo el riesgo, artículo 25, como aquella situación *que perjudica el desarrollo personal y social de la infancia y adolescencia, aunque no requiera la asunción de tutela por*

*ministerio de la ley*<sup>494</sup>. También se refiere a las medidas a adoptar de forma muy semejante a como lo hace la ley de Canarias, y se refiere también al seguimiento a realizar por las autoridades autonómicas.

La Ley de Castilla-La Mancha, como característica esencial, que no sólo define el concepto, artículo 27, sino que, además, es de las pocas que establece las causas o circunstancias en que se puede producir; así, según el artículo 28, serían las siguientes:

*a) La negligencia en la atención física, psíquica o educativa al menor por parte de sus padres o guardadores, de acuerdo con cualquiera de los siguientes criterios:*

*-Que existan omisiones de carácter leve en el cuidado del menor, con una probabilidad reducida de producirse un episodio severo de forma inmediata, y sin que tales omisiones supongan un grave perjuicio para su salud física o emocional.*

*- Que el menor esté sometido a un patrón o a episodios aislados de descuido de carácter leve que inciden en varias áreas concernientes a sus necesidades principales.*

*b) La utilización del castigo físico o emocional que perjudique el desarrollo del menor, sin que se produzcan episodios severos ni aparezca un patrón crónico de violencia.*

*c) Cualesquiera otras que deriven en una situación de riesgo, conforme al concepto expresado en la presente Ley.*

---

494. Como vemos, también lo hace en sentido negativo

Como principios orientadores, se establece la necesidad de procurar atender las necesidades del menor, intentando hacer desaparecer los factores de riesgo y haciendo una evaluación y seguimiento de la familia, artículo 29. Por lo que se refiere a las medidas que se podrán adoptar, el artículo 31, en su apartado 3, establece que podrán ser:

*a) Programas compensadores de carácter socioeducativo y que favorezcan la integración.*

*b) Prestaciones económicas, familiares, de carácter preventivo y temporal, para atender las necesidades básicas de los menores.*

*c) La asistencia acompañada del menor a centros de carácter educativo.*

*d) La intervención de voluntarios en tareas de apoyo al menor y a su familia.*

*e) La ayuda a domicilio.*

*f) Programas formativos de garantía social dirigidos a adolescentes que, abandonado el sistema escolar, requieran una formación profesional que favorezca su incorporación laboral.*

Por otro lado, la situación de riesgo cesará, bien cuando la circunstancias desaparezcan, bien cuando se decida adoptar una medida más grave, normalmente el desamparo.

La Ley de Extremadura del año 1994, por tanto anterior a la estatal, no se refiere específicamente a esta situación, aunque en el artículo 10 sí se refiere, dentro de las medidas de protección, a las actuaciones administrativas o judiciales *encaminadas a prevenir.... situaciones de desamparo del menor*, por lo que

podemos entender que hace referencia, también negativa, a las situaciones de riesgo; estas medidas, artículo 14, consisten en prestaciones de tipo económico, psicológico y educativo que impidan que las carencias señaladas desemboquen en el desamparo.

También Galicia, en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, se refiere a la situación de riesgo; así, en el artículo 26 se entiende que existe situación de riesgo cuando *concurran circunstancias que permiten presumir un inminente y próximo desamparo del menor, o cuando resulte conculcado su desarrollo personal o social*. Para estos supuestos, el párrafo segundo indica que la actuación de la administración debe orientarse a la *prevención del desamparo y subsanación de la situación de riesgo que pudiera afectar al menor*.

La Comunidad de Madrid, en su Ley de 1995, no habla expresamente de situación de riesgo, aunque podemos entenderla englobada en las medidas de protección establecidas en el artículo 49. También, en el artículo 67, aunque en este caso se refiere a los menores en situación de *conflicto social*; y en el artículo 68, principios de actuación al establecer como prioritaria, *la acción preventiva en los factores de riesgo que originen la marginación y la delincuencia..*

Por otro lado, y en cuanto a la Región de Murcia, su Ley, también de 1995, define la situación de riesgo en el artículo 22.2, aunque ya antes, al hablar de la acción protectora, se ha referido a ella<sup>495</sup>. En cuanto a la definición, se indica que es aquella *en la que por sus circunstancias personales o por influencia de su entorno o extrañas, exijan la adopción de medidas de prevención y rehabilitación para evitar situaciones de desamparo o de inadaptación*. Como vemos, tiene en común con la ley madrileña hacer referencia a aspectos penales, no simplemente civiles, y con las leyes anteriores, referirse en el concepto al desamparo.

En cuanto a La Rioja, que recordemos, tiene una nueva legislación a través de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores, dedica el Capítulo II a esta situación. En cuanto al concepto, el artículo 40 establece que *Se considera situación de riesgo la que se produce de hecho cuando el menor, sin estar privado en su ámbito familiar de la necesaria asistencia moral o material, se vea afectado por cualquier circunstancia que perjudique su desarrollo personal familiar o social y que permita razonablemente temer que en el futuro pueda estar incurso en una situación de desamparo o de inadaptación*. La declaración debe realizarse por resolución motivada y expresa y en ella se adoptarán la medida o medidas que procedan, así como la duración de las mismas. El artículo 42 establece, además, qué medidas hay que adoptar; así, entiende que éstas serán:

1. *Las prestaciones económicas o en especie, incluyendo las guarderías infantiles (desarrollado por el artículo 43).*
2. *La ayuda a domicilio (desarrollado en el artículo 44).*
3. *La intervención técnica, que, en virtud del artículo 45, comprende la actuación profesional para alcanzar el adecuado ejercicio de las funciones parentales y para la superación de dificultades de integración personal, familiar o social en el ámbito del menor, todo ello con la finalidad de promover el desarrollo y bienestar del mismo.*

Establece, además, un seguimiento y ejecución de las medidas, así como las causas de cese o modificación de tal situación. Por último, es de destacar que el artículo 48 regula la posible situación de riesgo de los menores emancipados y habilitados de edad, lo que no deja de ser una novedad; según este artículo, *Los menores emancipados o habilitados de edad pueden ser declarados en situación de riesgo cuando carezcan de medios materiales de subsistencia o con-*

*curran otras circunstancias que permitan razonablemente temer que puedan estar incursos en el futuro en una situación de inadaptación; para ello, y según el párrafo segundo, se adoptarán las medidas previstas en este capítulo como de apoyo a la persona del menor, a fin de procurar satisfacer sus necesidades básicas y promover su plena integración social y laboral. En particular, si lo necesitaren, podrá ofrecerse a estos menores alojamiento en las residencias gestionadas por la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja o por Instituciones colaboradoras de integración familiar; por último, el párrafo tercero amplía estas medidas para los menores declarados en situación de riesgo que se emancipen o habiliten de edad constante tal declaración.*

La Comunidad Foral de Navarra, por su parte regula ampliamente la situación que tratamos en su ley de 2005. Según el artículo 45, constituyen situaciones de riesgo:

*a) La falta de atención física o psíquica del menor por parte de sus padres, tutores o guardadores que suponga perjuicio leve para su salud física o emocional, descuido no grave de sus necesidades principales u obstaculización para el ejercicio de sus derechos, cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.*

*b) La incapacidad de las personas referidas en el apartado anterior para dispensar adecuadamente al menor la referida atención física y psíquica, no obstante su voluntad de hacerlo.*

*c) La utilización del castigo físico o emocional sobre el menor que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.*

*d) Las carencias de todo orden que, no pudiendo ser adecuadamente compen-*

*sadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde éste para su tratamiento a través de los servicios y recursos normalizados, puedan propiciar la exclusión social, inadaptación o desamparo del menor.*

*e) El conflicto abierto y permanente de los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o la niña.*

*f) Cualesquiera otras de las contempladas en el artículo 34.3 que, de persistir, pudieran evolucionar y derivar en desamparo del menor.*

Para estos supuestos, la actuación administrativa debe orientarse, según el artículo 46 a conseguir:

*a) La mejora del medio familiar, con la colaboración de los padres, tutores o guardadores y del propio menor.*

*b) La eliminación, neutralización o disminución de los factores de riesgo mediante la capacitación de los padres para atender adecuadamente las necesidades del menor, proporcionándoles los medios tanto técnicos como económicos que permitan su permanencia en el hogar.*

*c) La satisfacción adecuada de las necesidades principales del menor por los servicios y recursos normalizados.*

*d) El complemento a la actuación de los padres hasta donde sea necesario, propiciando el regreso del menor cuando se haya asumido su guarda.*

Además, y en el artículo 47, hace una reserva competencial para la Administración de la Comunidad Foral, sin perjuicio de las competencias que tengan asignadas las entidades locales, cuando la declaración de riesgo determine la

necesidad de separación de la familia y la asunción de la guarda a solicitud de los padres, tutores o guardadores, y cuando la intervención, orientada a evitar la separación de la familia, implique actuaciones para las que no se cuente con la colaboración de los padres o tutores.

El cese de la situación de riesgo se producirá, en virtud del artículo 48, cuando las circunstancias que dieron lugar a la misma desaparezcan o se entiendan compensadas, y cuando se adopten otras medidas de protección más graves.

La Comunidad Valenciana, por su parte, se limita a definir la situación de riesgo en el artículo 2.1 de manera muy similar a todas las demás, por lo que no es necesario comentarlo. Por lo demás, sólo se refiere, en el resto del articulado, a Planes, Programas y recursos a disposición de las familias, pero sin especificar mucho más.

La ley del País Vasco, de 2005, es bastante más prolífica. En cuanto al concepto, el artículo 51 establece que *Se consideran situaciones de riesgo aquellas que perjudiquen el desarrollo personal o social del niño, niña o adolescente, que no quepa calificar de desamparo y que, por lo tanto, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley.*

*Aparece una situación de riesgo cuando el desarrollo y el bienestar de la persona menor de edad se ve limitado o perjudicado a consecuencia de circunstancias de carácter personal, social o familiar y los padres y madres, tutores o guardadores no asumen o pueden no asumir completamente sus responsabilidades para asegurar el normal desarrollo del niño, niña o adolescente. Todo ello, sin que la situación alcance la suficiente gravedad como para derivar en desprotección y justificar una separación del núcleo familiar.* En cuanto a las actuaciones que se deben llevar a cabo, se regula la intervención desde los servicios sociales de base (artículo 53) y desde los servicios territoriales espe-

cializados (artículo 54), debiendo esta actuación estar dirigida a garantizar los derechos que asisten a la población infantil y adolescente, así como asegurar la atención de sus necesidades. Además, y según el artículo 52, *Las actuaciones públicas en esta materia estarán orientadas a la desaparición de los factores de riesgo que incidan de forma negativa en el ajuste personal y social de los niños, niñas y adolescentes y de sus familias. Para ello, se promoverá la colaboración de los padres y madres, tutores o guardadores, la utilización de recursos de apoyo personal y familiar, la intervención comunitaria, así como los servicios de orientación y seguimiento.*

### **5.3. El desamparo**

Vamos, en cuanto a esta institución, en primer lugar, a analizar los conceptos que sobre el desamparo han establecido las normas autonómicas; en segundo lugar, vamos a ver cuáles son las causas que se establecen; en tercer lugar, a analizar los procedimientos establecidos en las mismas y, por último, en cuarto lugar, ver los efectos que se imponen y que, como ya sabemos, se refieren a la tutela automática a favor de las entidades públicas.

#### **5.3.1. Concepto de desamparo**

En realidad, son muy escasas las definiciones que hacen las leyes autonómicas sobre la situación de desamparo, limitándose, la mayoría de ellas, a realizar una remisión genérica a la legislación contenida en el artículo 172.1 del Código civil, y que ya fue analizado en su momento. Así, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley de Andalucía; el artículo 31 de la Ley del Principado de Asturias; el artículo 29 de la Ley de Cantabria; el artículo 36 de la Ley de Castilla-La Mancha; el artículo 22 de la Ley de la región de Murcia; el artículo 49 de la Ley de La Rioja, etc. Otras, como por ejemplo la Comunidad de Madrid y la Comunidad Foral de Navarra, no hacen siquiera esta referencia o remisión, obviando completa-

mente tal concepto.

Alguna, como por ejemplo el artículo 46 de la Ley de Canarias, en su apartado primero, lo que hace es repetir casi fidedignamente el contenido del Código civil, estableciendo que *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 o material*. Un caso similar es el que se produce con el artículo 5 de la Ley de Extremadura; del mismo modo, la Ley del País Vasco, en el artículo 56, repite fielmente la definición de nuestro Código Civil.

Por último, estarían aquellas Comunidades Autónomas que, en un claro afán innovador, si es que se puede entender así, han pretendido hacer una definición al margen de la común, aunque la verdad, es que tal innovación no queda muy clara. En este caso se encuentra la Ley de la Comunidad Valenciana, en cuyo artículo 2, apartado segundo se lee: *se considera situación de desamparo, conforme al artículo 172 del Código civil, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o de imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los **y las** menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia **ética, moral y material, y sea necesaria la adopción de medidas de protección y defensa***<sup>496</sup>.

En cuanto a la legislación catalana, la existencia de múltiples normas que regulan estas situaciones, hace más complicado analizar el concepto; en concreto, éste se halla establecido en la Ley 7/1991 y en el Código de Familia, artículo 164.

---

496. Hemos querido marcar en negrita los términos novedosos de la citada definición.

Parece que la posible aprobación del Proyecto de reforma del Código civil catalán resuelve estos problemas<sup>497</sup>. En concreto, el artículo 226-1.2 establece que se consideran desamparados los menores que se encuentren en una situación de hecho en la cual les falten los elementos básicos para el desenvolvimiento integral de su personalidad, siempre que para su protección efectiva haya que aplicar una medida que implique la separación de la persona menor de su núcleo familiar.

### **5.3.2. Causas de desamparo**

Como recordaremos, una de las más fuertes críticas que se hizo a la legislación española contenida en las leyes de 1987 y de 1996, es la indeterminación que se producía respecto a las causas que motivaban el desamparo del menor, pues en ninguna de ellas se aclaraba nada en este sentido. Por tanto, y como vamos a ver inmediatamente, han sido las Comunidades Autónomas las que, a través de su propia legislación, han ido llenando tal vacío normativo. En cuanto a estas normas, lo primero que llama la atención es que muchas de ellas han realizado una lista exhaustiva de causas, casi siempre las mismas, mientras que otras, o no lo han hecho (por ejemplo Madrid, País Vasco, Valencia), o se han limitado a señalar algunas causas de tipo genérico, sin especificar nada (Islas Baleares y Región de Murcia).

Entre el grupo más prolífico, nos encontramos con Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia y sobre todo, Cantabria, La Rioja y Navarra. Veamos, a modo de ejemplo, las disposiciones de estas tres últimas.

---

497. Así por lo menos lo indica el propio legislador catalán en la Exposición de Motivos del Proyecto. Se puede consultar en la página oficial del Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya de 15 de junio de 2006, pág. 56.

Según el artículo 29 de la Ley de Cantabria de 1999, se producirá el desamparo cuando en relación a un menor concurren o se presenten alguno de los supuestos siguientes:

*a) Abandono por parte de las personas a quienes corresponde por ley ejercer las funciones de guarda.*

*b) Negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, higiénicas, de salud o educativas.*

*c) Enfermedad mental de los padres, tutores o guardadores que repercute negativamente sobre el menor.*

*d) Drogodependencia de los padres, tutores o guardadores que afecte al menor de manera negativa.*

*e) Suministro de sustancias psicotrópicas o tóxicas.*

*f) Maltrato físico o psíquico, abuso sexual, explotación u otros maltratos de análoga naturaleza.*

*g) Incumplimiento de los deberes de protección o carencia de vínculos afectivos por parte de los padres, tutores o guardadores.*

*h) Inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución.*

*i) Desatención o imprudencia, atentando contra la integridad física o psíquica del menor.*

*j) Desescolarización reiterada o continuada.*

*k) Cualquier otro factor que dificulte el desarrollo integral del menor.*

Por su parte, el artículo 49.2 de la Ley de 2006 de La Rioja, indica, en un sentido muy parecido, que será apreciable la situación de desamparo en los siguientes casos:

*a) Abandono del menor por parte de su familia.*

*b) Malos tratos físicos o psíquicos al menor.*

*c) Trastorno mental grave de quienes ostenten la patria potestad o la tutela, siempre que impida o limite gravemente los deberes de asistencia que conlleva.*

*d) Alcoholismo o drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar, y en especial de quienes ostenten la patria potestad o la tutela, siempre que menoscaben gravemente el desarrollo y bienestar del menor.*

*e) Abusos sexuales o comportamientos o actitudes de violencia grave por parte de familiares o terceros en la unidad familiar del menor.*

*f) Inducción del menor a la mendicidad, la delincuencia, la prostitución o cualquier otra explotación económica o sexual del menor de análoga naturaleza.*

*g) En general, cuando exista cualquier incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda y educación de los menores que comporte la objetiva desprotección moral o material de los mismos.*

Nos interesa aquí desatacar el párrafo tercero de este artículo 49, pues en él se aclara algo de lo que ya anunciamos al analizar la legislación contenida en el

Código civil, y que durante largo tiempo ha motivado una ardua discusión. Nos referimos al supuesto en que el menor, abandonado por sus padres o tutor, esté bajo la guarda de hecho de un tercero. Si recordamos lo analizado, algunos autores entienden que en estos casos es posible decretar el desamparo, mientras que para nosotros eso no es así, por las razones más arriba anunciadas. Pues bien, la Ley de La Rioja establece que No concurre la situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral o material. En tal caso, si lo requiriera el interés del menor, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá promover la formalización de dicha guarda como acogimiento familiar o el nombramiento del guardador como tutor.

En cuanto a Navarra, el artículo 50 de la Ley de 2005 establece, entre otras, las siguientes:

- a) El abandono voluntario del menor.*
- b) El maltrato físico o psíquico grave o leve con carácter crónico, así como los abusos sexuales por parte de las personas que integren la familia, o por parte de terceros existiendo desprotección para el menor.*
- c) La inducción o permisibilidad de la mendicidad, delincuencia o prostitución.*
- d) La explotación laboral, ya sea de forma esporádica o estable, o cualquier otra explotación económica de naturaleza análoga.*
- e) La negligencia física o emocional en la atención al menor con carácter grave o crónico.*

*f) La inducción, consentimiento o tolerancia de la drogadicción o el alcoholismo del menor.*

*g) La no recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la Administración.*

*h) La falta de escolarización habitual del menor.*

*i) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.*

*j) La drogadicción o alcoholismo habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de quienes ostenten la responsabilidad parental del menor, siempre que menoscabe el desarrollo y bienestar del menor.*

*k) El trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad, de la tutela o de la guarda.*

*l) 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.*

*m) Cualesquiera otras situaciones que se produzcan de hecho a causa del incumplimiento o de un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores y que generen que éstos queden privados de la necesaria asistencia.*

Como se puede observar fácilmente, las causas son casi siempre las mismas, variando, si acaso, el orden en la relación. Además todas estas normas establecen una cláusula por la que no dan por cerrada esta lista, pudiendo considerarse

incluidas muchas otras, siempre que redunden en el perjuicio del menor.

Por lo que respecta a las Comunidades que podíamos definir como menos prolíficas, Islas Baleares y Murcia, la primera, en el artículo 5, sólo se refiere a las siguientes:

*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.*

En cuanto a la segunda, Murcia, el artículo 22 dispone que, también entre otras, serán causas de desamparo, las siguientes:

*a) Cuando faltan las personas a las que 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 niño.*

*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 sea objeto de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación, mendicidad o cualquier otra situación de naturaleza análoga.*

En cuanto al Derecho catalán, estas causas vienen contempladas en el artículo 2.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción. Según este, serían causas de desamparo:

*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.*

Más explícito se presenta el artículo 9.2 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción, según el cual, *Se considerará que existen factores de alto riesgo social cuando en relación al menor se dé la concurrencia de indicios de los supuestos siguientes, por parte de sus padres, tutores o guardadores:*

*a) Que el menor sea abandonado por parte de las personas a las cuales corresponde por ley ejercer las funciones de guarda.*

*b) Que se haya producido negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, higiénicas, de salud o educativas del menor.*

*c) Que los padres, tutores o guardadores o las personas que convivan o estén relacionadas directamente con el menor sufran una enfermedad mental que repercuta negativamente sobre él.*

*d) Que los padres, tutores o guardadores o las personas que convivan o estén relacionadas con el menor sean drogodependientes y repercuta negativamente sobre él.*

*e) Que se haya suministrado al menor sustancias psicotrópicas o de cualquier otra sustancia tóxica sin causa médica justificada.*

*f) Que se hayan inflingido al menor maltratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, explotación u otros maltratamientos de naturaleza análoga*

*g) Que no haya vínculos afectivos o éstos tengan muchas carencias, por incumplimiento de los deberes de protección por parte de los padres, tutores o guardadores y que están establecidos por la ley para la guarda de los menores.*

*h) Que se induzca al menor a la mendicidad, delincuencia o prostitución.*

*i) Que se dé cualquier desatención o imprudencia que atente contra la integridad física o psíquica del menor.*

*j) Que se dé una desescolarización reiterada o continuada.*

*k) Cuando se aprecien objetivamente otros factores que imposibiliten el desarrollo integral del menor.*

### 5.3.3. Procedimiento de la declaración de desamparo

Es quizá este uno de los puntos donde más se extienden la mayoría de las normas autonómicas, pues realmente, la asunción de competencias viene determinada por el procedimiento que cada una de ellas seguirá. Respecto a éstos, vamos sólo a señalar alguno de ellos, los que nos parecen más ilustrativos, mientras que respecto a los demás, nos limitaremos a citar las disposiciones donde se encuentran regulados.

La normativa autonómica establece, en general, el inicio del expediente a través de una denuncia planteada a estos efectos. Se establece una obligación general de denuncia a todos los ciudadanos y específicamente a los funcionarios que, por causa de su trabajo, tengan conocimiento de la existencia de un menor que debe ser declarado en desamparo<sup>498</sup>.

A modo de ejemplo, veamos qué establece el artículo 50 de la Ley de La Rioja:

*1. En el momento en que se tenga conocimiento de que un menor pueda encontrarse en situación de desamparo, la Dirección General competente incoará expediente administrativo de protección, cuyo procedimiento de tramitación se regulará reglamentariamente. Sin perjuicio de los deberes de denuncia, en ningún caso podrá iniciarse el procedimiento a instancia de parte, ni podrá entenderse producida en él ninguna resolución por silencio administrativo.*

*2. La fase de instrucción del expediente contendrá un estudio pormenorizado de la situación personal y sociofamiliar del menor, con la fi-*

---

<sup>498</sup> Así, por ejemplo, artículo 32 de la Ley de Asturias, especialmente dedicado a la denuncia; artículo 6 de la Ley de las Islas Baleares, que habla del deber de comunicación; artículo 30 de la Ley de Cantabria, que también específicamente habla de la denuncia; etc.

*nalidad de conocer el posible desamparo y las formas más adecuadas de protección.*

*3. En la tramitación del expediente se dará en todo caso audiencia a los padres, tutores o guardadores de hecho del menor, y también a éste, cuando sus condiciones de edad y madurez lo permitan, y siempre, si fuere mayor de doce años.*

*A tal fin, se notificará inmediatamente la incoación del expediente administrativo de protección a los padres, tutores o guardadores del menor, para que puedan comparecer en el mismo y ser oídos. La notificación se practicará personalmente, si fuera posible, o en otro caso por medio de edictos que se publicarán en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de su último domicilio y en el «Boletín Oficial de La Rioja».*

*Los padres, tutores o guardadores del menor serán oídos siempre que comparezcan en el expediente antes de haberse dictado la resolución definitiva. Si comparecieren después de haberse declarado la situación de desamparo del menor, serán igualmente oídos, y se valorará la conveniencia de acordar el cese de la misma en los términos establecidos en los artículos 55 y 56 de esta Ley.*

El expediente que se abra tendrá carácter de urgencia y en él se deberá dar audiencia a los sujetos interesados. Algunas normas establecen artículos concretos para regular el inicio de los expedientes<sup>499</sup>, mientras que la mayoría lo integran en la normativa referida a la instrucción del mismo.

Los sujetos llamados a intervenir, serán los padres, tutores o guardadores<sup>500</sup> o

---

499. Artículo 23.2 de la Ley de Andalucía; artículo 33 de la Ley de Galicia; artículo 47 de la Ley de La Rioja.

500. Artículo 6 de la Ley de las Islas Baleares; artículo 48 de la Ley de Canarias; artículo 37.3 de la Ley de Castilla-La Mancha; artículo 35 de la Ley de Galicia; etc.

*personas que hubieran convivido con el menor*, previsión esta que sólo hace el artículo 8 de la Ley de las Islas Baleares; así como los menores de edad, cuando tuvieren juicio suficiente, y, en todo caso, cuando fueran mayores de doce años<sup>501</sup>.

Normalmente, se recoge un único expediente, aunque determinadas Comunidades Autónomas regulan dos; uno, el que podríamos considerar ordinario y otro especial, para casos de urgencia. Así por ejemplo, la Ley de la Comunidad de Madrid. Según el artículo 52 de ésta, el procedimiento ordinario se realizará del siguiente modo:

*1. En el momento en que se tenga conocimiento de que un menor pueda encontrarse en situación de desamparo se iniciará por el órgano competente de la Administración autonómica el oportuno expediente que deberá tramitarse de conformidad con un procedimiento que respete los siguientes principios:*

*a) Cuando quienes se hallan obligados legalmente a promover la inscripción de nacimiento de un menor en el Registro Civil, no lo hicieren, la Administración autonómica velando por el pleno ejercicio del derecho a la identidad del menor, instará la correspondiente inscripción.*

*b) Deberán solicitarse informes de cuantas personas u organismos puedan facilitar datos relevantes para el conocimiento y la valoración de la situación socio-familiar del menor. Especialmente se procurará obtener información de los Servicios Sociales Municipales correspondientes al domicilio familiar del menor.*

*c) Deberá ser oído el menor que haya cumplido doce años. También los*

---

501. Entre otras, artículo 34.2 de la Ley de Galicia; artículo 8 de la Ley de La Rioja; etc.

*padres, tutores o guardadores del menor siempre que fuere posible.*

*d) Será oído el menor que no hubiere cumplido doce años si tuviere suficiente juicio, pudiendo realizarse con la ayuda de psicólogos y pedagogos cualificados para su interpretación y lectura. Asimismo, podrán ser oídas cuantas personas puedan aportar información sobre la situación del menor y su familia o personas que lo atendieran.*

*e) Se podrá abrir un período de prueba a instancia del menor que hubiere cumplido doce años o de quienes ejercieren sobre él potestad o guarda.*

*f) Siempre y según su momento evolutivo se tendrá informado al menor del estado en que se encuentra su procedimiento.*

*2. En ningún caso el plazo máximo de resolución será superior a tres meses desde que se inició el expediente salvo que el órgano competente para resolver autorice, excepcionalmente, una prórroga por un período máximo de dos meses.*

*3. En los expedientes de asunción de tutela constituida por ministerio de la Ley, promovidos a instancia de parte, el silencio administrativo, en caso de producirse, tendrá efectos negativos.*

Por lo que se refiere al procedimiento de urgencia, la Ley, en el artículo 53, se limita a indicar que se regulará posteriormente para que permita, en caso necesario, la inmediata asunción de la tutela, *sin perjuicio de los correspondientes recursos y de la completa instrucción posterior del expediente.*

También contempla este procedimiento urgente la Ley de La Rioja, que en el

artículo 53 establece:

*1. Cuando la falta de asistencia moral o material de un menor resulte de hechos notorios o que le consten a la Administración, y pueda existir peligro para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención urgente, la Dirección General competente iniciará el expediente de protección declarando de inmediato la situación de desamparo mediante resolución motivada y disponiendo las medidas que sean necesarias al bienestar del menor. Esta resolución será notificada al Ministerio Fiscal y a los padres, tutores o guardadores del menor en el mismo plazo y forma determinados en el artículo 51.*

*2. En este caso, el expediente proseguirá con todos los trámites determinados en el artículo 50 y finalizará mediante resolución expresa y motivada dictada, en el plazo de tres meses desde el inicio del expediente, por el titular de la Consejería competente, a propuesta de la Comisión de adopción, acogimiento y tutela, en la que se confirmará la situación de desamparo o se declarará extinguida la misma, el cese de las medidas provisionales que se hubieran adoptado y el archivo del expediente.*

*3. La resolución a que se refiere el número 1 de este artículo determina igualmente la atribución de la tutela del menor a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que asumirá inmediatamente su guarda y representación legal. Sin embargo, el plazo para formalizar inventario no empezará a correr hasta que recaiga resolución definitiva confirmando la situación de desamparo. Tampoco podrá la Administración, mientras no se hubiere dictado ésta, pedir las autorizaciones ni realizar en nombre del menor los actos a que se refiere el número 4 del artículo 52, salvo los de carácter no patrimonial cuya realización no admita demora.*

El expediente, que está presidido, como hemos visto, por principios garantistas,

finaliza mediante resolución en la que se establecerá lo que legalmente proceda; si se establece la declaración de desamparo, la mayor parte de la legislación autonómica recoge el deber de notificación en legal forma a los padres, tutores o guardadores en un plazo de cuarenta y ocho horas, tal y como vimos que se prevenía en la Ley Orgánica de Protección al Menor de 1996<sup>502</sup>. En la misma notificación se deberá explicar a esos sujetos de forma clara las consecuencias que acarrea tal declaración, así como los posibles recursos que puedan presentar cuando estén en desacuerdo. Así lo establece por ejemplo, el artículo 38 de Ley de Castilla-La Mancha de 1999, que indica:

*1. La declaración de desamparo deberá ser notificada a los padres, tutores o guardadores, en el plazo de cuarenta y ocho horas, y al Ministerio Fiscal.*

*2. Siempre que sea posible, se les notificará de forma personal, informándoles presencialmente y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración, de los posibles efectos de la decisión y de las medidas de amparo adoptadas y de los recursos que proceden, dejándose constancia por escrito del hecho en el expediente.*

*3. En el supuesto de que no fuera posible la notificación de forma personal, ésta se practicará por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.*

También algunas Comunidades Autónomas regulan supuestos especiales, como es el de que se produzca una resistencia por parte de los responsables del menor

---

502. De todas maneras, normas autonómicas anteriores a la Ley de 1996, ya establecieron esta obligación. Así, por ejemplo, el artículo 34 de la Ley del Principado de Asturias, que como sabemos es de 1995, establece expresamente: *El acuerdo por el que la Administración del Principado de Asturias declare el desamparo de un menor, habrá de ser notificado por escrito a los padres, tutores o guardadores del menor, a quienes se les informará de los medios para ejercitar su oposición al acuerdo adoptado. Igualmente se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos previstos en el artículo 174 del Código Civil.*

a la ejecución de la medida decretada; en este sentido, dispone, por ejemplo, el artículo 39 de la Ley castellano manchega citada, que, *declarada la situación de desamparo, si los padres, tutores, guardadores o familiares impidiesen la ejecución de las medidas acordadas, o concurriese alguna otra circunstancia que dificultase gravemente su ejecución, se solicitará al Juez la adopción de las medidas precisas para hacerla efectiva, sin perjuicio de las intervenciones inmediatas que fuesen necesarias si está en peligro la vida o integridad del menor o se conculcan sus derechos*; añadiendo en el párrafo segundo que, *asimismo, podrá recabarse la cooperación y asistencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la ejecución de las medidas acordadas, en los términos y con el alcance previsto en la legislación general*.

En sentido parecido se expresa el artículo 54 de la ley riojana, según el cual, *La Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja adoptará todas las medidas que sean necesarias para tramitar los expedientes y ejecutar las resoluciones por las que se declare a un menor en situación de desamparo. Conforme a lo dispuesto en el artículo 39.2 de esta Ley, si el ejercicio de sus potestades se revelare insuficiente o ineficaz, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial para que por ésta se adopten las disposiciones que considere oportunas a fin de hacer posible la actuación administrativa o efectiva la resolución que se hubiere dictado*.

Es curioso ver cómo, por otro lado, algunas normas autonómicas hacen referencia a la necesidad de realizar un inventario de los bienes y derechos del menor; así, el artículo 35 de la Ley de Cantabria, establece que, *asumida la tutela de un menor por ministerio de la ley, la Dirección General competente efectuará inventario de los bienes y derechos conocidos del mismo, y adoptará las disposiciones necesarias para su conservación y administración. La adopción de tales medidas se notificará al Ministerio Fiscal, a los padres, tutores o guardadores del menor*.

Del mismo modo parece expresarse el artículo 36 de la Ley del Principado de Asturias de 1995, según el cual, al tiempo de asumir la tutela por ministerio de la ley de un menor en situación de desamparo, la *Administración del Principado de Asturias efectuará inventario de los bienes y derechos conocidos del mismo, y adoptará las disposiciones necesarias para su conservación y administración en los términos prevenidos por las leyes civiles. La adopción de tales disposiciones deberá ser notificada al Ministerio Fiscal, a los padres, tutores o guardadores del menor.*

Puede parecer un contrasentido la existencia de estas dos normas. Según establecimos en su momento, la aprobación de la Ley de reforma del Código civil de 1987, provocó una gran discusión en la doctrina y en la jurisprudencia sobre los efectos que producía la declaración de desamparo, entendiendo la mayoría, en contra de nuestro criterio, según ya vimos, que al ser una tutela especial, sólo provocaba la suspensión de la patria potestad. Como consecuencia de esta discusión, la Ley de Protección Jurídica del Menor reformó el artículo 172.1 del Código civil, estableciendo claramente que tal declaración sólo provocaría la suspensión de la patria potestad, añadiendo, en el apartado tercero in fine del mismo artículo, que *serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él*, lo que ha sido entendido por la doctrina como que sólo se suspende el contenido personal, no el patrimonial de la patria potestad. Pues bien, así establecido, lo que puede no entenderse es, en el caso de la Ley de Cantabria, que recordemos, es de 1999<sup>503</sup>, por qué se establece esa cláusula, siendo posterior su redacción a la Ley de 1996. Sólo una interpretación realmente garantista de la protección de menores puede abogar por el mantenimiento de tales normas. De todas maneras, y como ya indicamos anteriormente, puede resultar baladí

---

503. No ocurriría lo mismo respecto a la Ley asturiana, pues su redacción es anterior a la estatal.

esta discusión, pues normalmente la capacidad patrimonial de los menores desamparados es realmente nula.

Como ya vimos en su momento, la consecuencia de la declaración de desamparo es la asunción por parte de la entidad pública correspondiente de la tutela automática sobre el menor objeto de protección. No es nuestra intención repetir aquí la discusión doctrinal sobre el tipo de tutela que se trata ni sobre sus consecuencias respecto a la patria potestad y la tutela ordinaria. Pero sí nos parece interesante destacar cómo algunas Leyes autonómicas, adelantándose a la legislación nacional, ya aclararon, antes de la promulgación de la Ley de 1996, cuál era la consecuencia que provocaba tal declaración. Así, la Ley de Protección de Menores de las Islas Baleares de 1995, en el artículo 9, al hablar de los efectos de la resolución, indica expresamente:

*a) La asunción provisional por parte del órgano, respecto de los menores, de las facultades de guarda, consistentes en velar por ellos, buscarles alojamiento, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral, así como corregirles razonable y moderadamente.*

*b) La suspensión provisional del ejercicio directo por parte de los padres o tutores de las facultades descritas en el apartado anterior, aun cuando mantengan sus deberes de prestación económica.*

*c) La adopción de cualesquiera medidas provisionales específicas de protección de carácter asistencial o terapéutico, inclusive las contenidas en el artículo 15 de esta Ley<sup>504</sup>.*

---

504. El artículo 15 es el que establece como medidas de protección, la acogida familiar o institucional.

Otras normas posteriores, en aplicación del artículo 172.1 del Código civil, también lo establecen, aclarando los términos en cuanto a la esfera patrimonial.

También, el artículo 52 de la Ley de La Rioja, en virtud del cual, *1. La resolución administrativa que declara la situación de desamparo de un menor determina, por ministerio de la ley, la atribución de su tutela a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que la ejercerá, en los términos que resultan de la legislación civil y de lo dispuesto en esta Ley, a través de la Consejería competente en materia de Servicios Sociales.*

*2. En su condición de tutora, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja es la representante legal del menor tutelado, asume su guarda y viene obligada:*

*a) A velar por él, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.*

*b) A administrar los bienes del menor tutelado con la diligencia de un buen padre de familia.*

Especificando a continuación: *3. Dentro del plazo de los sesenta días siguientes a la declaración de la situación de desamparo, la Consejería competente en materia de protección de menores efectuará inventario de los bienes del tutelado y adoptará las disposiciones necesarias para su conservación y administración en los términos establecidos en la legislación civil. El inventario y las disposiciones adoptadas serán comunicadas al Ministerio Fiscal.*

*4. Cuando, para el ejercicio de sus funciones como tutora y de acuerdo con la legislación civil, la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja deba obtener la previa autorización judicial, la solicitud de la misma requerirá del acuerdo del titular de la Consejería competente en materia de protección*

*de menores, a propuesta de la Comisión de adopción, acogimiento y tutela. El mismo acuerdo será necesario, en cualquier caso, para realizar actos jurídicos que deban formalizarse por escrito y formular demandas o reclamaciones ante autoridades judiciales o administrativas en nombre y representación del menor y que éste, conforme a lo dispuesto en la Ley, no pueda realizar por sí solo. Para la adopción de tales acuerdos, será necesario oír previamente al menor si sus condiciones de madurez lo permiten, y siempre si tuviere más de doce años.*

*5. La Consejería podrá encomendar la realización del inventario y la conservación y administración ordinaria de los bienes de los menores declarados en situación de desamparo a una fundación o persona jurídica sin fin de lucro cuya constitución hubiere sido acordada por el Gobierno de La Rioja y entre cuyos fines figure expresamente el ejercicio de tales funciones.*

Por otro lado, el artículo 226-3.1 del Proyecto catalán establece que la declaración de desamparo comporta la asunción inmediata, por el organismo competente, de las funciones tutelares sobre la persona menor, mientras no se proceda a la constitución de la tutela por las reglas ordinarias o el menor no sea adoptado, no sea reintegrado a quien tenga la potestad o la tutela, no sea emancipado o no llegue a la mayoría de edad. Añadiendo, en el párrafo segundo, la conocida apostilla que se refiere a la consecuencia normal del desamparo, es decir, la suspensión de la potestad parental o de la tutela ordinaria durante el tiempo de aplicación de la medida. Más novedoso se presentan los párrafos tercero y cuarto del artículo que analizamos; a través del primero de ellos, el legislador catalán impone la obligación al organismo competente de demandar la privación de la potestad parental o la remoción de la tutela y de ejercer las acciones penales correspondientes cuando sea necesario; apostillando el párrafo cuarto que la suspensión o la privación (se entiende que de la potestad parental) no afectarán a las obligaciones que

tienen progenitores y parientes de asistir al menor y de prestarle alimentos en sentido amplio. Curioso resulta el artículo 226-4 del Proyecto, donde se reconoce la potestad de la entidad pública para solicitar los datos biogénéticos de los progenitores del menor declarado en desamparo en interés de la salud del mismo.

Regula el artículo 226-5 del Proyecto catalán el supuesto en que se produzca un cambio sustancial en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo y el posible levantamiento de las medidas acordadas. Para estos supuestos, y siempre que no hayan transcurrido más de dos años desde que se dictó la resolución, son los titulares de la potestad parental, los progenitores, y los titulares de la tutela ordinaria los legitimados para solicitar del organismo público competente que deje sin efecto la declaración de desamparo, siempre que no perjudique al menor; en caso contrario, la resolución deviene firme. Si se desestimara esta solicitud, los sujetos legitimados podrán recurrir ante la autoridad judicial en el plazo de un mes desde que se les notificara tal resolución desestimatoria.

Por último, casi toda la normativa autonómica dedica un artículo a la promoción judicial de la tutela sobre el menor desamparado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 239 del Código civil, el cual, tras establecer en el punto primero que la tutela de los menores desamparados corresponderá por Ley a la entidad pública señalada en el artículo 172, añade que *se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.*

Así, por ejemplo, el artículo 38 de la Ley del Principado de Asturias indica que *la Administración del Principado de Asturias promoverá ante la autoridad judicial el expediente de nombramiento de tutor conforme a las reglas conte-*

*nidas en los artículos 234 y siguientes del Código Civil, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela ordinaria con beneficio para éste.*

En parecidos términos se expresa el artículo 39 de la Ley de Cantabria, en cuya virtud, *cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela ordinaria sobre éste, la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria promoverá ante la autoridad judicial el pertinente expediente conforme a las reglas contenidas en los artículos 234 y siguientes del Código Civil y procurarle una formación y atención integrales.*

Más curiosa se presenta la dicción del artículo 26 de la Ley de la Región de Murcia, pues entiende que es la entidad pública la que debe promover el nombramiento de tutor ordinario, a salvo de los que pueda decidir la autoridad judicial; en concreto, establece que:

- 1. La tutela ordinaria habrá de ser promovida por el organismo competente en aquellos casos en que existan personas que, por sus relaciones con el niño o por otras circunstancias, puedan asumirla en beneficio de éste.*
- 2. La promoción de la tutela ordinaria se llevará especialmente a cabo en aquellos casos en los que el menor se halle próximo a la mayoría de edad o emancipación.*
- 3. Las actuaciones que se lleven a cabo al amparo de las previsiones contenidas en la presente sección se entenderán a salvo de lo que decida la autoridad judicial, en el ejercicio de sus competencias.*

## 5.4 La guarda administrativa.

Al igual que con las figuras anteriores, vamos a realizar un estudio de las normas autonómicas que se refieren a esta figura, intentando destacar, fundamentalmente, las especialidades más importantes.

Por un lado, es importante destacar que algunas de las Leyes autonómicas de protección de menores regulan la guarda administrativa como una de las consecuencias que provoca el desamparo, y no estrictamente como una figura aislada e independiente<sup>505</sup>. Así por ejemplo, el artículo 40 de la Ley del Principado de Asturias establece que se asumirá la guarda de un menor como medida de protección, en los supuestos siguientes:

- a) *Cuando asuma la tutela por ministerio de la ley.*
- b) *Cuando los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores, así lo soliciten... justificando no poder atenderlo por circunstancias graves ajenas a su voluntad.*
- c) *Cuando la autoridad judicial así lo disponga en los casos en que legalmente proceda.*

Además, son estas mismas leyes las que establecen el contenido de la guarda como una parte de la esfera personal de la patria potestad pues, por ejemplo, el artículo 40 de la Ley cántabra define el contenido de la guarda como la obligación para quien la sume, *de velar por él* (el menor, claro), *tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación y atención integral*<sup>506</sup>.

---

505. Con una redacción prácticamente igual, el artículo 41 de la Ley de Cantabria de 28 de abril de 1999.

506. Exactamente igual, el artículo 39 de la Ley del Principado de Asturias de 1995.

Todo ello refuerza aún más nuestra idea expresada a lo largo de todas estas páginas de que el desamparo sólo supone una suspensión temporal de la esfera personal de la patria potestad, sin que, en principio, deba afectar, por ley, a la esfera patrimonial.

De todas maneras, otras normas autonómicas no se expresan en este sentido, sino que tratan, como en La Rioja, a la guarda como figura independiente. Además, estas normas sí distinguen entre la *guarda voluntaria* y la *guarda judicial*, como tendremos oportunidad de ver.

Nos interesa también establecer cuáles son las características que esta normativa entiende aplicadas a la guarda administrativa.

En este sentido, la mayoría de las leyes autonómicas reconocen la *temporalidad* de la medida que tratamos, tal y como vimos que establece la legislación estatal española. Sin tratar de ser exhaustivos, vamos a ver cuál es la dicción literal que utiliza el legislador autonómico. La ley de las Islas Baleares, artículo 13.2, habla de *podrá asumir temporalmente....*, y el número 3, la denomina *guarda temporal voluntaria*; el artículo 57.2 de la Ley de Canarias indica que dicha guarda *tendrá carácter temporal*; el artículo 51 de la Ley de la Comunidad de Madrid, habla de *guarda temporal*; esta ley tiene además la particularidad de exigir, en el artículo 62.1, que en el momento de solicitar la guarda, se debe indicar expresamente *el tiempo para el que se pide*; también el artículo 27.1 *in fine* de la Ley de la Región de Murcia, al hablar de la *guarda voluntaria*, indica que *el órgano competente asumirá la guarda durante el tiempo necesario*. Un caso interesante es el de la Ley del Principado de Asturias. Aunque no indica expresamente la temporalidad de la guarda, en el artículo 41.5, al establecer las causas por las que ésta cesa, indica que *sin perjuicio de las causas recogidas en el artículo 22 de la presente Ley*; y este artículo 22, que regula la cesación de las medidas de protección del menor, establece, en el punto e), *el cumplimiento del plazo de*

*duración previsto en la resolución de adopción de la medida y, en su caso, de su prórroga, de lo que se infiere, claramente, la temporalidad de la misma.*

También destacan las normas autonómicas la nota de la *subsidiariedad* de esta medida. En este sentido, podemos considerar incluida esta nota en el artículo 6.2.d) de la Ley asturiana de 1995, cuando habla de la *subsidiariedad respecto a las funciones inherentes a la patria potestad*, así como el artículo 8, cuyo título es *subsidiariedad de la intervención administrativa*; también y en el mismo sentido, se expresa el artículo 8 de la Ley de Cantabria de 1999, según el cual, *los padres o tutores tienen la obligación de ejercer responsablemente sus funciones inherentes a la patria potestad o tutela, sin perjuicio de la actuación subsidiaria de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria en los términos legalmente establecidos*. Del mismo modo, por último, el artículo 19 de la Ley de Extremadura indica, en este mismo sentido, *la asunción de la guarda, ..., se configura como una medida de protección subsidiaria*.

Vistas ya las características, analizamos ahora el contenido de la normativa autonómica referida estrictamente a la *guardia voluntaria*.

Lo primero en lo que vamos a centrar nuestra atención, es en la *legitimación* establecida para solicitarla, o lo que es lo mismo, en qué sujetos podrán pedir a las administraciones autonómicas que se hagan cargo de la guarda del menor. El artículo 24.2 de la Ley de Andalucía de 1998, se refiere específicamente a *quienes tienen la patria potestad o la tutela*, lo que es posteriormente ratificado por el artículo 27 del Decreto de 2002, cuando habla de *petición de los padres o tutores*. En un sentido muy parecido, se expresan los artículos 13.1 de la Ley de Baleares, *cuando quienes ejercen la patria potestad o la tutela*; el artículo 57.1 de la Ley de Canarias, *a petición de padres o tutores*; y el artículo 64.2 de la Ley del País Vasco de 2005, *cuando sus padres, madres o tutores*.

Otro grupo de Comunidades Autónomas amplía algo más esta legitimación, al referirse a los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores. En este sentido se expresa el artículo 40.1.b) de la Ley del Principado de Asturias, el artículo 41.b) de la Ley de Cantabria y el artículo 59 b) de la Ley de la Comunidad Foral de Navarra.

Por último, estarían aquellas otras Comunidades que establecen una amplia legitimación, al resultar los términos utilizados más indefinidos. Así, la Comunidad de Madrid, artículo 61; Castilla-La Mancha, artículo 34.2; Murcia, artículo 27.1 y Valencia, artículo 22.1, hablan todas ellas de *personas que tengan (tienen) la potestad sobre el menor*.

También nos parece interesante analizar las circunstancias en las que se puede solicitar tal intervención, es decir, las causas. En este sentido, vamos a ver cómo no son muchas las diferencias que podemos observar. Específicamente a *enfermedades u otras circunstancias graves*, se refiere el artículo 24.1 de la Ley andaluza, el artículo 61 de la Ley de la Comunidad de Madrid, el artículo 27.1 de la Ley de la Región de Murcia y el artículo 65.1 de la del País Vasco. Sólo de *circunstancias graves* habla el artículo 40.1.b) de la Ley del Principado de Asturias, el artículo 57.1 de la Ley de Canarias; el artículo 41.b) de la Ley de Cantabria, el artículo 22.1 de la Ley de Valencia y el artículo 61.1 de la Ley de Navarra. Por su parte, la Ley de Extremadura, en el artículo 18, hace una expresa remisión al contenido del Código Civil, al establecer, por ejemplo esta última, *cuando concurren las causas previstas en el artículo 172.2 del Código Civil*. Por último, habría que destacar el contenido del artículo 13.1 de la Ley de las Islas Baleares, que se refiere a *no poder atenderlo temporalmente por causas involuntarias o de fuerza mayor*.

En el ordenamiento catalán, el artículo 165 del Código de Familia establece que *si el desamparo se debe a fuerza mayor de carácter transitorio, la entidad*

*pública ejerce sólo la guarda mientras se mantenga la situación.* De una forma más amplia los contempla el Proyecto de reforma del Código civil catalán al que venimos aludiendo. Según el artículo 226-6, si concurren circunstancias graves y ajenas a la voluntad de los progenitores o de las personas titulares de la guarda que les impidan cumplir temporalmente las funciones de guarda, podrán solicitar de la entidad pública competente que asuma la guarda de la persona menor mientras se mantenga aquella situación.

Por lo que se refiere al procedimiento que ha de seguirse, vamos a citar aquellas normas autonómicas que nos parecen más interesantes.

El artículo 38 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, regula la iniciación e instrucción del procedimiento, indicando expresamente, respecto al primero de estos supuestos, que la solicitud la deben hacer conjuntamente los padres cuando ambos compartan la patria potestad, o los tutores, pero que bastará la solicitud de uno solo de los progenitores, *en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, o en situaciones de urgente necesidad.* En cuanto a la sustanciación del expediente, el órgano que asuma la instrucción deberá realizar un diagnóstico de la situación, analizando para ello las circunstancias que hayan alegado, recabando para ello, toda la información que le puedan proporcionar las Administraciones Públicas competentes. Podrá también acordar, la apertura de un período de prueba de entre diez y treinta días si no tuviera por ciertos los hechos alegados por los solicitantes. Por último, y en cuanto a las audiencias que se deben realizar, el apartado cuarto exige que se haga *a los menores en todo caso, en la forma más adecuada a su edad y madurez, y a los solicitantes,* concediéndoles a éstos un plazo de diez días tras la vista del expediente, *salvo cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por éstos.* La terminación del expediente, según

el artículo 39, podrá producirse con la celebración de un convenio entre los solicitantes y la Administración, en el que se establecerá la guarda a favor de la Administración, el tiempo de duración, pudiendo producirse una prórroga, el régimen de relaciones personales entre los menores y sus padres, tutores, parientes y allegados, así como las responsabilidades que padres o tutores siguen manteniendo respecto de sus hijos. Este sería el supuesto normal de terminación. Ahora bien, si se desestimara la asunción de la guarda, puede ocurrir que se deduzca la necesidad de declarar el desamparo; en este caso, y antes de proceder a la declaración, habrá que dar audiencia a los interesados y un plazo de diez días para que presenten alegaciones. Cualquiera que sea la resolución, habrá que ponerla en conocimiento del Ministerio Fiscal. Por último, el artículo 40 establece la posibilidad de presentar recurso ante el órgano jurisdiccional competente contra la resolución dictada por la Administración, sin que sea necesario interponer la reclamación administrativa previa.

Por su parte, el artículo 59 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de la Comunidad Autónoma de Canarias, establece, respecto al procedimiento, que el expediente debe dirigirse a averiguar si se cumplen *las causas graves impeditivas del cuidado temporal del menor alegadas por los padres o tutores*. Respecto a las audiencias, sólo se exige oír al menor cuando tenga doce años o suficiente juicio, guardando silencio respecto a los demás interesados, básicamente padres o tutores. También se prevé la posibilidad, a instancia de padres o tutores, de asumir la guarda de forma temporal, cuando las circunstancias así lo exijan, debiéndose adoptar las medidas pertinentes hasta la resolución del procedimiento. La asunción de la guarda conlleva la formalización de un escrito en el que se hará constar que los padres o tutores han sido informados sobre las responsabilidades que mantienen respecto al menor, así como la forma en que se va a ejercer tal guarda. Por último, y como en el caso anterior, habrá que notificar la resolución al Ministerio Fiscal, aunque en el caso que ahora nos ocupa, sólo se refiere al supuesto de cambio en la forma

de ejecución de la guarda, y no respecto a la finalización originaria del procedimiento.

Por su parte, la Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y de la adolescencia de la Comunidad de Cantabria, regula, en los artículos 43 a 45, este procedimiento. Respecto a esta regulación, debemos destacar, básicamente, que se exige también la audiencia al menor, en este caso el artículo 44 indica que *deberá recabarse la opinión del menor que tuviere doce años cumplidos, o que aún teniendo edad inferior fuere conveniente su audiencia*.

Vamos ahora a analizar las normas que se refieren al ejercicio de la guarda por parte de las administraciones autonómicas.

En el caso de Andalucía, es el artículo 37 del Decreto de 2002 el que se detiene a establecer las normas del régimen de la guarda. En él se establece que la duración de la misma se debe determinar teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales que concurren, procurando siempre evitar una prolongación innecesaria de la misma. Además, los padres y los tutores deberán prestar su cooperación a la Administración, especialmente en lo que se refiere a la entrega del menor y a la asunción de las responsabilidades que siguen manteniendo frente a él. En cuanto a la forma de ejercerse la guarda, ésta podrá ser bien mediante acogimiento familiar, que es la vía preferente, bien por acogimiento residencial, cuando la anterior no fuera posible, no pudiendo los padres o tutores condicionar la designación de una persona o centro determinado. Por último, y para el supuesto de la guarda judicialmente decretada, será la propia Administración la que designe las personas o Centros acogedores más adecuados, salvo que tal designación haya sido realizada previamente por el Juez.

En cuanto a la Ley asturiana de 1995, señala en el artículo 41 que la guarda se podrá ejercer por la Administración de la Comunidad Autónoma a través del

director del centro donde se ingrese al menor, en el supuesto de acogimiento residencial, o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento, en el supuesto del acogimiento familiar. En estos casos, el papel de la Administración autonómica es el de vigilar el ejercicio de la guarda, aunque por el artículo 42 se establece, en consonancia con lo prescrito por el artículo 144 del Código civil, que la superior vigilancia de la guarda, corresponde al Ministerio Fiscal.

Al ejercicio de la guarda mediante acogimiento residencial alude expresamente el artículo 20 de la Ley de protección de menores de Extremadura, en virtud del cual el ingreso del menor en un Centro de Acogida debe realizarse, preferentemente, en el lugar más próximo a su domicilio, procurando que su relación con el exterior no sufra modificaciones, facilitando la realización de actividades fuera del Centro, así como, salvo cuando haya resolución judicial contraria, las visitas de los familiares.

El artículo 63 de la Ley de la Comunidad de Madrid también se refiere a la posibilidad de establecer un acogimiento familiar o residencial, dedicando los artículos 65 y 66 a regular los Centros Residenciales así como los derechos y deberes de los menores residentes. Merece la pena que hablemos un poco sobre ellos. Según el artículo 66, los menores tienen once derechos y tres obligaciones; entre aquéllos, a recibir un trato digno, al secreto profesional en cuanto a sus datos, a mantener relaciones con sus familiares y recibir visitas en el Centro, según lo establecido en el Código civil, *a disfrutar en su vida cotidiana de unos períodos equilibrados de sueño, ocio y actividad* (sic.), a participar de manera activa en la elaboración de la normativa y de la programación de actividades del Centro y en el desarrollo de éstas, tanto internas como externas, etc. Las obligaciones serían la de respetar y cumplir las normas de funcionamiento del Centro, respetar la dignidad y función de los trabajadores del Centro, y desarrollar con dedicación y aprovechamiento las actividades escolares, laborales o cualesquiera otras que estén orientadas a su formación. Se permite, por otro lado, que

los educadores puedan *corregir moderada y razonablemente a los menores residentes con medidas pedagógicas*, como no puede ser de otro modo, y con fines básicamente reeducativos.

El artículo 226-6.2 del Proyecto catalán establece la posibilidad de realizar la guarda mediante acogimiento en institución, persona o familia, añadiendo que no afectará a las obligaciones de los progenitores u otros parientes de hacer lo posible por asistir a los menores ni a prestarles los alimentos en el sentido más amplio.

Por último, y por lo que se refiere al cese de la guarda, estas serían las normas más importantes:

En cuanto a Andalucía, el artículo 44 del Decreto de 2002 establece que se podrá producir, bien por desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la adopción de la medida y conveniencia de la integración del menor en su ámbito familiar, bien por fallecimiento del menor, por emancipación, por constitución de la tutela ordinaria o por adopción acordada mediante resolución judicial firme.

El artículo 41.5 de la Ley del Principado de Asturias apunta, como causa específica de la extinción de la guarda voluntaria, la solicitud de los padres, tutores o guardadores, *sin perjuicio de las causas recogidas en el artículo 22 de la presente Ley*. Según éste, cesan con carácter general las medidas de protección, por mayoría o habilitación de edad, por adopción del menor, por resolución judicial firme por cumplimiento del plazo de duración previsto en la resolución de adopción de la medida, salvo que haya prórroga de la misma, y por acuerdo de la entidad pública cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron la adopción de la medida, o así lo aconseje el interés del menor.

Por su parte, la Ley de Canarias establece, en el artículo 58 las siguientes cau-

sas: cuando a petición de los padres o tutores se compruebe que han desaparecido las causas que motivaron su adopción, y cuando se constituya la tutela por ministerio de la ley al declararse el desamparo.

La Ley de la Región de Murcia de 1995 establece estas causas en el artículo 30. Según éste, se extingue la guarda por la desaparición de las causas que la motivaron o por la constitución de la tutela, sin especificar cuál, por lo que debemos entender que se refiere tanto a la automática como consecuencia de una declaración de desamparo, como a la ordinaria por resolución judicial. Por último, en el párrafo segundo se indica que finalizada la guarda, el guardador deberá rendir cuentas al juez de su gestión, *la cual se limitará a la guarda de la persona y la conservación de los bienes*. Lo que nos lleva de nuevo a cuestionarnos la intención del legislador autonómico, pues si sólo hay suspensión de la esfera personal de la patria potestad y no de toda, en el caso de la guarda, no entendemos porqué se refiere a la *conservación de los bienes*. En este caso, la única disculpa que podríamos admitir, si es que es necesario que se dé alguna, es que se trata de una Ley anterior a la de Protección Jurídica del Menor del Parlamento español, y que, por tanto, el legislador de la época apostó por la privación de la patria potestad, aun en el caso exclusivo de la guarda, lo cual, por cierto, ya es apostar.

La Ley del País Vasco de 2005 establece tales causas en el artículo 68, según el cual, el guarda podrá cesar a petición escrita de los padres y madres o tutores; a petición de las personas a quienes se haya otorgado el ejercicio de la guarda; por resolución administrativa de la entidad pública competente, cuando así lo considere en interés de la persona menor de edad; por resolución judicial firme; por alcanzar la mayoría de edad o por producirse la emancipación de la persona mayor de edad, y por fallecimiento de la persona menor de edad.

En cuanto a Navarra, el artículo 62 hace una primera remisión al Código civil,

al hablar de *las causas a que hace referencia el artículo 173.4* para, posteriormente establecer causas “propias”; éstas serían por vencimiento del término o plazo inicialmente fijado, o de la prórroga acordada, en su caso; cuando se entienda que la medida ha alcanzado los objetivos previstos, que ha devenido inapropiada o que puede ser sustituida por otra de aplicación preferente y, para el supuesto de la guarda voluntaria, a petición de las personas que la solicitaron, una vez se compruebe la desaparición de las causas que motivaron la adopción de tal medida. Por último, se hace una reserva al indicar que *en el supuesto de que el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral no considere adecuado el cese de la guarda solicitado por padres o tutores, por entender que existe una situación de desamparo, deberá procederse a su declaración inmediata.*

## BIBLIOGRAFÍA

- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, “*El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados*”, R.D.P., 1978, mayo
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentario al art. 174 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 2º, dirigido por ALBALADEJO, EDERSA, 1982
- CASTÁN VÁZQUEZ, en “Comentario del artículo 171 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, Revista de Derecho Privado, tomo III, vol. 2º, 1982
- DELGADO RUBIO, “Síndrome de Münchhausen por poderes”, en *Niños Maltratados*, CASADO FLORES, DÍAZ HUERTAS y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Directores, Ed. Díaz de Santos, Madrid 1997
- DE PAÚL OCHOTORENA y ARRUABARRENA MADARIAGA, *Ma-*

*nual de Protección Infantil*, Masson, 2ª edición, 2001

- IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Madrid, 1996

- LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, Vol. I., Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970

- LINACERO DE LA FUENTE en *Protección Jurídica del Menor*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 2001

- MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Ed. Comares, Granada, 1999

- SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia, IV, Acogimiento y adopción*, Ed. Civitas, Madrid, 1989

- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil español*, Ed. F.U.E., Madrid, 2004

- SIMÓN RUEDA, LÓPEZ TABOADA y LINAZA IGLESIA, *La población infantil en situación de desamparo en la Comunidad de Madrid, en Cuadernos Técnicos de Servicios Sociales*, nº 1, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, 1998

- VALLADARES RASCÓN, *Centenario del Código Civil*, II, Ceura, 1991

## **CAPÍTULO VIII. LAS CONSECUENCIAS DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA PROTECCIÓN DE MENORES.**

### **1. El acogimiento de menores.**

#### **1.1. Concepto. Su contenido y efectos**

**1.1.1.** El acogimiento es una medida de protección de menores consistente en la recepción del menor para su guarda y cuidado por una persona, familia o institución distinta de sus padres, tutores o guardadores anteriores a los que sustituye en dichas funciones<sup>507</sup>. Varios aspectos interesa que sean desarrollados desde el inicio para ver sus características:

1º) Se trata de una medida constituida administrativa o judicialmente a partir de una situación de desprotección o asimilada. Declarada administrativamente

---

407. Entendiéndose excluidos, “los menores emancipados, menores de vida independiente (art. 319 CC) y habilitados de edad (art. 321 del CC) ya que al quedar extinguida la patria potestad o la tutela, rigen su persona y bienes como si fuera mayor de edad”: HERAS FERNANDEZ, MM.: *El acogimiento convencional de menores*, Ed. Montecorvo, Madrid 2002, Pag. 53.

dicha situación –de desamparo, riesgo, de renuncia a hacerse cargo del hijo en el momento del nacimiento<sup>508</sup>...etc.-, la entidad pública responsable en cada territorio de la protección del menor tiene una serie de posibilidades de intervención y de adopción de medidas de protección, entre las que se encuentra la que estudiamos<sup>509</sup>. En Madrid, identificamos como entidad pública a la Comisión de Tutela del Menor –arts. 78 y ss de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y adolescencia-; en Cataluña, la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia –arts. 2 y 17 del Reglamento de la Ley 17/1991, de 30 de diciembre de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, Decreto 2/1997, de 7 de enero-. También judicialmente se puede establecer dicha medida; para lo cual, el Ministerio Fiscal, como otras partes legitimadas en el proceso civil, pueden solicitar la medida dentro de los procedimientos civiles, matrimoniales o no, para la protección del menor en tales situaciones.

2º) El acogimiento no es una medida exclusivamente construida para menores ya que vemos, en Derecho Foral o Especial y en la Legislación administrativa autonómica de los servicios sociales, que dicha figura sirve para materializar las competencias de cuidado y atención conferidas a la Administración en la pro-

---

508. Sobre los límites de la renuncia, la Sentencia del T.S. de 21 de septiembre de 1999 (Aranz.-6944/1999) critica la anterior normativa registral que posibilitaba la ocultación de la identidad de la madre biológica – cuando ésta quisiera dejar en adopción a su hija- por ser de interés público la determinación de la filiación.

509. Claramente, en los arts. 56 y 63 de la L6/95, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y adolescencia de la Comunidad de Madrid, se señala que, asumida la tutela o guardia del menor se acordará atender al menor en un centro residencial o en una familia de acogida, previa constitución administrativa o judicial que solicitaría. También la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio, aclara en el art. 10.2, tratando las medidas de protección: “Cuando no sea posible la reinserción de la persona menor en su propia familia o se constituya la tutela ordinaria o la adopción, corresponde a la entidad pública la guarda de la persona menor, la cual se ejercerá por medio del acogimiento”. IGLESIAS REDONDO, J.I.: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial, Barcelona 1996, Pag 334 considera el acogimiento como na función típica del contenido personal de la tutela ex lege y la guarda administrativa. No obstante lo cual, la medida como tal puede tener sustantividad propia ante la situación de falta de atención y cuidado, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina.

tección de los personas mayores, especialmente incapaces o incapacitadas.

En la adopción de la medida “se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona” (art. 172.4 del CC). De donde se deducen varias reglas: a) Prima en la adopción, mantenimiento y cesación de la medida, el interés del menor; b) Es una modalidad no individualizada que puede aplicarse a todos los menores que se encuentren desprotegidos por su familia; c) Inicialmente, se deberá procurar la reintegración del menor en la familia, salvo cuando no sea posible esta. De modo que puede plantearse el acogimiento, teniendo presente sus diferentes modalidades, como una medida temporal, como medida definitiva, o como paso a la adopción, como veremos más tarde.

Sobre el significado del interés del menor resulta muy interesante examinar el caso planteado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2004 (RTC 71/2004) en donde se nos muestra un conflicto entre un Juzgado de Familia y una Sección de la Audiencia Provincial de Sevilla en una procedimiento de cesación del acogimiento familiar con reintegración a la familia de origen. Resuelta en apelación la estimación de la cesación del acogimiento que se negó en la primera instancia, el Juzgado impone un régimen de acercamiento de la madre biológica y la hija con un régimen residencial y de visitas. Posteriormente, resuelve el Juzgado la suspensión del régimen de acercamiento y la Audiencia le revoca su decisión aludiendo sus constantes incumplimientos de lo provisionado inicialmente por ella. Los acogedores demandan ante el Tribunal Constitucional por varios motivos, interesando tres, dos que hacen retrotraer el procedimiento hasta la resolución segunda de la Audiencia por lograr el amparo constitucional, en base al art. 24.1 C.E. – por no haberse motivado suficientemente la

resolución y por no haberse oído en el proceso a la menor acogida- y una que , si bien no logra el amparo constitucional, tiene evidente conexión con nuestro tema ya que relaciona el “interés del menor” con la lesión en la integridad moral de la menor que supuso la resolución de la Audiencia Provincial. Declara el Tribunal Constitucional: “la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores cuando la misma no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo relevante, sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria, manifiesta, del todo indudable, como, en efecto, acaecía en la STC 221/2002 (RTC 2002\221), tomada como constante referencia por los recurrentes y sus coadyuvantes. Por el contrario, cuando no sea así porque quepan dudas fundadas de que tal lesión vaya o no a producirse, o porque resulte ponderada teniendo en cuenta otros factores y sin que el interés de la menor deje de constituir siempre norte del órgano que ha de apreciarla, su declaración por este Tribunal invadiría una función que no le corresponde, sino que está atribuida a los Jueces y Tribunales ordinarios ex art. 117.4 CE, esto es, en función de las atribuciones que expresamente les confiere la Ley en garantía de cualquier derecho, en tanto en cuanto se dilucida en un proceso de jurisdicción voluntaria (STC 124/2002, de 20 de mayo [RTC 2002\124], F. 4)”.

**1.1.2.** Debemos distinguir entre acogimiento familiar y acogimiento residencial. En el primer caso se pretende “la plena participación del menor en la vida de familia” e impone a sus responsables que le reciben “las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, y procurarle una formación integral” (art. 173.1 del CC). Cuando no es posible la integración en una familia de acogida o no es aconsejable, cabe el acogimiento residencial en el cual éste estará en un centro o hogar funcional o piso asistido, en donde el Director o su Responsable cumplen las obligaciones de atención, cuidado y educación que realizarían sus auxiliares (art. 172.3. del CC<sup>510</sup>).

Tanto los centros de acogida como los hogares funcionales –en donde bajo un ambiente familiar viven los menores con profesionales de los servicios sociales- nos indica el art. 21.2. de la LO 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, “deberán estar autorizados y acreditados por la entidad pública”. En este punto, ya la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre que modificaba la adopción, planteaba la existencia de asociaciones y fundaciones habilitadas por las entidades públicas como instituciones colaboradoras de integración familiar; siempre que no tuvieran finalidad lucrativa y, entre sus fines, constara la protección de menores. Dichas instituciones intervendrían en funciones de guarda y mediación, bajo las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite. Lo cual, de nuevo es remarcado en el art. 2.1 de la LO 1/96 cuando dice que la entidad pública tendrá especial cuidado respecto a la seguridad, sanidad, número y cualificación profesional del personal de dichos centros y hogares, su proyecto educativo, la participación que ofrece a los menores en su funcionamiento interno. También cuidará de la inspección y supervisión de los centros y servicios que deberá hacerse semestralmente; sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal también ejercerá vigilancia sobre el mismo, como veremos en el momento adecuado (art. 21.2, 3 y 4 de la LO 1/96).

Frente a ellos, en el caso de familias de la acogida, se señala que su elección se hará considerando una serie de criterios, apreciadas

---

510. Véase EGEA FERNANDEZ, J.: “El acogimiento simple”, en ESPIAU ESPIAU S.-VAQUER ALOY, A.: **Protección de menores, acogimiento y adopción**, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, Pag.92. En la Comunidad de Madrid, debemos resalta los derechos recogidos en el art. 66 de la Ley 6/95, de 28 de marzo: “5. A tener cubiertas suficientemente las necesidades fundamentales de su vida cotidiana que le permitan el adecuado desarrollo personal. 6. A acceder a los servicios necesarios para atender todas las necesidades que demanda el adecuado desarrollo de su personalidad, y que no le sean satisfechas en el propio Centro. 8. A disfrutar en su vida cotidiana, de unos períodos equilibrados de sueño, ocio y actividad”.

conjuntamente<sup>511</sup>. No obstante lo dicho, es posible, en las legislaciones autonómicas la entrega en acogimiento a familiares del menor que, por su proximidad, puedan cuidar de él dentro de un entorno afectivo –así, abuelos, tíos...etc.-, estableciéndose la preferencia por dicha posibilidad (arts. 56 y 57 del Reglamento catalán o art. 26 del Decreto 112/1995, de 21 de marzo de la C.A. de Madrid). Para dicho acogimiento no es necesario utilizar el procedimiento de selección ordinario.

Las obligaciones derivadas del acogimiento suponen la salida del menor de su domicilio y ambiente anterior. Por ello, en esta materia cobra especial relevancia:

1º) El mantenimiento o no del derecho de comunicación, visitas y, en general, relación de los padres, parientes y allegados durante el acogimiento. Dicho derecho, si no se fija convencionalmente el acogimiento, se regula por el Juez. El art. 161 del CC, nos dice que “tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”.

---

511. HERAS FERNANDEZ, MM.: Ob.cit., Pag. 209 entiende personas físicas mayores de edad con capacidad plena de obrar no sometidas a las causas de inhabilidad de la tutela. En la Comunidad de Madrid, el art. 58.1 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia señala como criterios: “a) Tener medios de vida estables y suficientes. b) Disfrutar de un estado de salud, física y psíquica, que no dificulte el normal cuidado del menor. c) En caso de parejas, convivencia mínima de tres años. d) En caso de existir imposibilidad de procrear en el núcleo de convivencia, que la vivencia de dicha circunstancia no interfiera en la posible acogida o adopción. e) Existencia de una vida familiar estable y activa. f) Que exista un entorno relacional amplio y favorable a la integración del menor. g) Capacidad de cubrir las necesidades de todo tipo del niño o niña. h) Carencia en las historias personales de episodios que impliquen riesgo para la acogida del menor. i) Flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a situaciones nuevas. j) Comprensión de la dificultad que entraña la situación para el menor. k) Respeto a la historia personal del menor. l) Aceptación de las relaciones con la familia de origen del menor, en su caso. m) Actitud positiva para la formación y la búsqueda de apoyo técnico”. En Cataluña, ver el art. 61 y 75 de su Reglamento.

2º) La información sobre la situación de los menores que tendrán los padres, tutores o guardadores “cuando no exista resolución judicial que lo prohíba” (art. 22 de la LO 1/96). También este derecho de información se dirige a la entidad público respecto a “cualquier eventualidad, hecho o accidente que pudiera incidir en la persona o situación del menor, especialmente aquellas circunstancias atinentes a la situación económica, desarrollo educacional o estado de salud, a fin de adoptar las medidas pertinentes para la mejor protección del menor<sup>512</sup>”.

Debemos indicar que, en principio, los acogedores necesitan ser conferidos de una serie de poderes con los que llevar a cabo las obligaciones que, legalmente, se les imponen (vela, compañía, alimentación, educación, formación integral); poderes que debemos considerar limitados atendiendo a lo visto en la patria potestad y tutela – salvo en el caso del acogimiento familiar permanente cuando el Juez decida conferir todas “las facultades de la tutela que faciliten el desempeño de las responsabilidades” (art.173 bis del CC)-. Se entienden tradicionalmente que dichos poderes lo son sobre la esfera personal del menor e identificados con el concepto de guarda<sup>513</sup>. Y dentro de la misma, esencialmente sobre los actos cotidianos de la vida. De esta manera aquellos actos extraordinarios y que, por su relevancia, deben continuar en manos de los padres o tutores o de las entidades públicas que asumen la tutela legal, no se entenderán conferidos ya por que , expresamente, la ley no se los atribuya, ya sea por considerar que no son necesarios para la vida ordinaria del menor.

---

512. HERAS FERNANDEZ, M.M.: Ob.cit., Pag. 241.

513. ESPIAU ESPIAU, S.: “La situación de desamparo y las medidas de protección”, en ESPIAU ESPIAU S.-VAQUER ALOY, A.: Ob.cit., 1999, Pag.79 y 83. EGEA FERNANDEZ, J.: Ob.cit., Pags. 92, 103 y ss – donde trata de la facultad correctora- y remarca, en relación al acogimiento simple, en la Pag. 104: “El acogedor no es el representante legal del menor acogido; lo es la entidad pública que ejerza las funciones tutelares o, excepcionalmente, si ésta tiene sólo la guarda, siguen siéndolo los padres o el tutor del menor que mantengan la potestad”. VAQUER ALOY, A.: “El acogimiento preadoptivo”, en ESPIAU ESPIAU, S.-VAQUER ALOY, A.: Ob.cit., Pag. 141, trata de la obligación de obediencia y respeto.

No gozarán de poderes en relación con el patrimonio del menor acogido. De forma que dichas funciones seguirán concentradas en sus padres o tutores o en la entidad pública cuando ésta haya asumido la tutela, ordinaria o extraordinaria, de los menores. No obstante, lo cual si obrarán como sujetos que auxilian a los mismos en tanto que la convivencia con el menor determina una intervención que en ocasiones no sólo plantea problemas personales sino también patrimoniales<sup>514</sup>.

Por último, el acogimiento puede ser anotado marginalmente en el Registro Civil, si bien tiene efectos jurídicos limitados, por cuanto sólo cobra valor informativo y no hace prueba de su constitución (art. 154.3, en relación con el art. 145 del Reglamento del Registro Civil).

## **1.2 Constitución del acogimiento**

### **1.2.1. Acogimiento administrativo**

Distinguimos dos tipos:

A) *Acogimiento constituido por acuerdo con los padres o tutores.* Siempre que los padres o los tutores del menor en situación de riesgo o desamparo estén conformes con la medida de acogimiento, se podrá formalizar convencionalmente éste – hayan solicitado o no la intervención de las entidades públicas (art. 172.2 del CC)-. A tales fines, el acogimiento se formaliza por escrito con el consentimiento de las siguientes personas: a) La entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda; b) Las personas que reciben al menor; c) El menor si tuviera doce años cumplidos – si no será oído si tiene suficiente juicio, “ex arg.”

---

514. Ver HERAS FERNANDEZ, M.M.: Ob.cit., Pag. 231.

art. 9 de la LO 1/96-; d) Los padres del menor, si fueran conocidos y no hubieran sido privados de la patria potestad o del tutor del menor.

El documento de formalización deberá contener los siguientes extremos: 1º.- Los consentimientos, anteriormente reflejados; 2º.- La modalidad de acogimiento a que se acogen y la duración prevista de la misma; 3º.- Los derechos y deberes de cada una de las partes y, en particular: a) régimen de visitas y periodicidad por la familia del menor acogido; b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros; c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria; 4º.- El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo; 5º.- La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; 6º.- El carácter profesionalizado o no de los acogedores y si se realiza en un hogar funcional o no; 7º.- Informe de los servicios de atención a menores (art. 173.2 del CC).

El documento de formalización se remitirá al Ministerio Fiscal, dada la posición de esta institución en la vigilancia de la tutela, la guarda y el acogimiento de menores (art. 174.1 del CC).

*B) Acogimiento provisional.* Con carácter cautelar, durante la sustanciación de los procedimientos de asunción de tutela o guarda administrativa, la Entidad Pública “podrá acordar en interés del menor, el acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial” (art. 173.3.2º párrafo del CC). Se entiende que también se podrá decidir provisionalmente “el acogimiento residencial” (art. 172.3 del CC). En dicho procedimiento evidentemente no se procurará el consentimiento de los padres ya que se trata de un remedio buscado por el legislador para el caso de que no hayan consenti-

do el mismo ya por no ser posible o por que no desean prestarlo. El acogimiento provisional se puede adoptar en relación a cualquier modalidad de las vistas, ya sea simple, permanente o preadoptivo<sup>515</sup>.

La constitución del acogimiento familiar provisional o residencial será impugnabile por el procedimiento establecido en los arts. 779 y 780 de la LEC: el primero, refiere una norma de competencia, la del domicilio de la entidad pública; el segundo determina una serie de reglas de procedimiento que modalizan la remisión genérica al juicio del art. 753 de la LEC.

Por último, debemos de nuevo recordar que el Ministerio Fiscal deberá ser informado de la medida de acogimiento, así como de cualquier modificación o variación de la situación del menor acogido -art. 174 del CC-. También conviene tener presente que debe llamarse al menor para que sea oído previamente a la adopción de la medida – genéricamente, hay que recordar el art. 9 de la LO 1/96-.

Ahora bien, nos dice el art. 173.3 del CC que “la entidad pública, una vez realizadas las diligencias oportunas, y concluido el expediente, deberá presentar la propuesta al Juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de 15 días”.

### **1.2.2. Acogimiento judicial**

El acogimiento judicial se constituirá a través del procedimiento de jurisdicción

---

515. Así, en relación con el preadoptivo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) de de 22 de noviembre de 2004 (JUR 51219/2005), en relación con el simple, el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª) de 3 de junio de 1999 (Aranz. Civ.-1057/1999). Ver también HERAS FERNANDEZ, M.M.: Ob.cit., Pag. 82-83, para ver la prevención que ha de tenerse respecto a la pérdida de derechos si se admitiera el acogimiento preadoptivo constituido administrativamente.

voluntaria regulado en la Sección 1º y 2º del Título II del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, todavía vigente por virtud de la Disposición Derogatoria Única 1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. En ella será parte interesada el Ministerio Fiscal, con independencia de la concurrencia de los demás sujetos que deben prestar el consentimiento o el asentimiento o que la solicitan (art. 1825 de la LEC 1881).

Son varias las posibilidades de constituir el acogimiento judicial (art. 1828 de la LEC 1881):

1º) Cuando no ha podido constituirse el acogimiento convencionalmente por la falta de consentimiento de los padres o del tutor. Nos dice el art. 173.3 del CC que sólo podrá constituirse por el Juez “en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Una vez comprobado la falta de consentimiento, la Entidad Pública realizará la propuesta al Juez de acogimiento procurando recoger todos los elementos necesarios exigidos en el documento de formalización, incluidos los consentimientos que hemos examinado anteriormente –para lo cual previamente abrirá un expediente de carácter administrativo-. Debiendo presentar la propuesta al Juez “inmediatamente y, en su caso, en el plazo máximo de quince días”, con los contenidos exigidos en el art. 173.2 del CC.

2º) Cuando el Ministerio Fiscal estime procedente solicitarlo en cualesquiera procedimientos civiles o penales en donde se deba adoptar dicha medida para la protección de la persona del menor ya sea, por su propia iniciativa, o a requerimiento de la autoridad judicial o administrativa (arts. 92, 158, 216, 172.2.4º párrafo del CC)<sup>516</sup>.

---

516. Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1a) de 15 de diciembre de 2001 (JUR 45871/2005) en relación con la Disposición Adicional 1a de la LO 1/96, de 15 de enero.

En el procedimiento judicial de constitución del acogimiento, se procederá: A) A recabar el consentimiento de la Entidad Pública, cuando ella no haya sido la promotora del expediente, de las personas que vayan a acoger al menor y de éste si fuera mayor de 12 años; B) A la audiencia de los padres, siempre que no estuvieran privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad, o al tutor, en su caso, C) A oír al menor de 12 años siempre que tuviera suficiente juicio. Si se desconociera el domicilio de los padres o tutores, o si citados no comparecieran, podrá prescindirse del trámite (art. 1828.2 y 3 de la LEC 1881). Antes de tomar la decisión, el juez podrá ordenar cuantas diligencias estime necesarias para asegurarse de que el acogimiento es la medida más beneficiosa para el menor (art. 1826 de la LEC 1881).

Se regula expresamente por el Ordenamiento la posible oposición de los padres o tutores a la solicitud de acogimiento resuelta administrativamente en los arts. 779 y 780 de la LEC, como hemos visto anteriormente. Sin embargo, nada dice la LEC de la oposición de los padres o tutores a la constitución judicial. Es más, la derogación del art. 1827 de la LEC 1881 daría por resultado la posibilidad de que los padres o tutores puedan promover dicha oposición a través del juicio verbal, lo cual se dice, no por aplicación del el art. 781 de la LEC 2000, sino del art. 1817 de la LEC que rige como norma general; y por tanto, en virtud de la Disposición Derogatoria Única 1. 1ª de la LEC 2000 se producirá la remisión al juicio verbal. Esta postura contradice a la solución dada por la jurisprudencia menor en la interpretación que hacían del art. 1827 de la LEC 1881 en el sentido de que no había dicho trámite durante la vigencia de la norma derogada<sup>517</sup>. Para mantener la interpretación sistemática y

---

517. Así claramente en la Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección2a) de 3 de febrero de 1999 (Aranz. Civ.- 3911/1999) , Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 14 de enero de 1997 (Aranz.Civ.-216/1997), Auto de la Audiencia Provincial de 13 de julio de 1995 (Aranz. Civ.-1302/1995).

finalista de la Ley que pueda reconducir esta situación, se debe partir de que las situaciones de adopción y acogimiento plantean regulaciones especiales no formando parte de la general derivada del art. 1817 de la LEC 1881; en ellas se procura que, sólo en el caso que se pretenda el asentimiento, se permita la suspensión del procedimiento de jurisdicción voluntaria para permitir una cuestión de “previo pronunciamiento”, si hay derecho o no a este; por ello cuando la Ley sólo procura la audiencia de los padres o tutores, su posición procesal no permite la oposición<sup>518</sup>. Pero es más, a través del informalismo que se permite en el art. 1816 de la LEC 1881, estos padres o tutores puede presentar toda clase de documentos y medios de prueba para rebatir la posición del solicitante de la medida y, con posterioridad, puede apelar la decisión adoptada por el Juez.

### 1.2.3. Vigilancia del acogimiento

Tal como hemos recordado antes constantemente, el Ministerio Fiscal tiene atribuido la labor de vigilancia, cualesquiera que hubiera sido la forma de constitución de acogimiento. A tal fin: 1º) “... La entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor” (art. 174.2.1º párrafo del CC). 2º) El Ministerio Fiscal “habrá de comprobar al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias” (art. 174.2.2º párrafo del CC). Es interesante tener presente la Consulta de la Fiscalía General del Estado 8/1997,

---

518. Argumentación en la línea de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de enero de 1994 (Aranz. Civ.- 4/1994), en un supuesto de adopción en el que se examinaba la naturaleza del art. 1827 de la LEC 1881, hoy derogado.

de 8 de Octubre, que establece una serie de criterios sobre el régimen de visitas, la cobertura de la responsabilidad civil en los acogimientos y su remisión al Ministerio Fiscal con anterioridad a la solicitud de constitución judicial.

### **1.3. Modalidades de acogimiento, especialmente, del acogimiento familiar**

Ya hemos puesto anteriormente de manifiesto la existencia de dos tipos de acogimiento, el familiar, en donde nos encontramos la pretensión de integración en la familia de acogida y el residencial, en donde el menor es acogido en un centro o en un hogar funcional – que hace las veces de una familia de acogida por cuanto traza un ambiente parecido si bien a cargo de profesionales de los servicios sociales-. Es evidente que el acogimiento familiar es más adecuado para evitarle al menor los perjuicios de su salida del hogar o núcleo familiar. Así claramente aparece en el art. 21.1 de la LO 1/96 que detalla que “cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial del menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor”. De ahí que, originariamente, hayamos puesto el acogimiento residencial como una opción al acogimiento familiar provisional, dado que no siempre se tienen familias de acogida para utilizarlas en las medidas iniciales de protección nada más comprobado las situaciones de desprotección.

Ahora bien, dentro del acogimiento familiar, se suele distinguir, según el propósito del mismo:

A) Acogimiento familiar simple que tiene carácter transitorio por cuanto, o se prevé el retorno del menor a su familia o se plantea como una medida provisio-

nal en tanto no se tome otra más definitiva o estable<sup>519</sup>.

B) Acogimiento familiar permanente que, como su nombre indica, supone una medida de guarda definitiva hasta que el menor alcance por la edad u otra circunstancia, la emancipación. Se da cuando es posible la reintegración del menor en la familia o teniendo presente el interés del menor, su edad y otros condicionamientos, no es posible la adopción. A tal fin, con carácter previo, se recabará informe a los servicios sociales de atención al menor, informe que será vinculante y preceptivo. Como hemos indicado anteriormente, la entidad pública puede solicitar al Juez “que se atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades”, tanto desde el aspecto personal como patrimonial “atendiendo en todo caso al interés superior del menor” (art. 173 bis.2º del CC). Se ha dicho que, de hecho, supone una tutela ordinaria<sup>520</sup>. Sin embargo, habría que tener presente que normalmente quedará divididos entre la entidad pública y los acogedores, las facultades y obligaciones que constituyan propiamente la guarda del menor.

C) Acogimiento familiar preadoptivo que se dará, de nuevo, cuando la entidad pública no considere, en interés del menor, que la reintegración en su familia sea posible y por razón de la edad o circunstancias sea aconsejable la adopción<sup>521</sup>. De nuevo, deberá ser informado por los servicios sociales previa-

---

519. En Cataluña, se establece que no puede exceder la medida de un año “salvo que, habiéndola comunicado previamente al fiscal, la medida sea prorrogada” (Art. 11 de la Ley 37/91).

520. EGEA FERNANDEZ, J.: Ob.cit., Pag. 95.

521. Véase el art. 13 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de noviembre: “1. Se puede adoptar la medida de acogida preadoptiva, como paso previo para la adopción: a) Si el menor presenta signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga, o si por cualesquiera motivos los padres o los tutores están sometidos a una causa de privación de la patria potestad o remoción de la tutela o si no consta quién la tiene. b) Si los padres o tutores están imposibilitados para ejercer su potestad y se prevé que esta situación pueda ser permanente. c) Si los padres o tutores lo solicitan al organismo competente y hacen abandono de los derechos y los deberes inherentes a su condición. d) Si lo determina la autoridad judicial. 2. En los casos determinados en el ap. 1 se suspenderán las visitas y las relaciones con la familia biológica, a fin de conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si conviene al interés del menor”.

mente con carácter preceptivo de la benevolencia de dicha opción. También se ha de considerar que este acogimiento debe realizarse cuando se vea que es necesario un periodo de adaptación del menor a la nueva familia<sup>522</sup>. Se remarca por el art. 173 bis, último párrafo del CC, que “este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año”. Curiosamente, como veremos, pasado este año, los acogedores podrán solicitar por si mismos la adopción (art. 176.2.3ª del CC), en cuyo caso será oído la entidad pública sobre la “idoneidad del adoptante” (art. 177.3.4º del CC). De todo lo cual se deduce que, en el acogimiento preadoptivo, el acogedor será examinado por la entidad pública para comprobar su idoneidad para el ejercicio de la patria potestad y seleccionado. Dicha entidad mantendrá la vigilancia del mismo y formalizará dicho acogimiento, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, pudiendo adelantarse a la solicitud antes del transcurso del año.

#### **1.4. Cesación del acogimiento**

Antes de detallar los posibles motivos de cesación, debemos considerar la regla del art. 174.4 del CC como inespecífica y de carácter enunciativo<sup>523</sup>; lo que genera la necesidad de reinterpretar la misma a los fines de considerar cuales son las posibilidades de cesación. De ahí que distingamos:

1º) Si el acogimiento se decidió judicialmente, cesará únicamente cuando lo ordene el Juez. Así nos consta el procedimiento judicial para la cesación del

---

522. VAQUER ALOY, A: “El acogimiento preadoptivo”, en ESPIAU ESPIAU, S.-VAQUER ALOY, A.: Ob.cit., Pag. 125, en Pag. 126 se critica que, al contrario que en el Derecho catalán y comparado, no sea requisito para la adopción.

523. Véase el art. 16 de la Ley catalana 37/91, en donde se enumeran otras: “a) la mayoría o habilitación de edad. b) la adopción del menor. c) la resolución judicial. d) el acuerdo del organismo competente, si ha desaparecido las circunstancias que dieron lugar a la medida. e) la caducidad del tiempo de duración previsto en la resolución, salvo prórroga”. También véase el art. 65 de su Reglamento.

acogimiento. También, en el caso de que su constitución no sea judicial, sino negocial o por decisión de la entidad pública será posible pedir la cesación por el procedimiento judicial cuando la entidad pública no proceda al mismo.

El Procedimiento será el de jurisdicción voluntaria, conforme a la Disposición Adicional Primera de la LO 1/96 y art. 1825 y ss de la LEC 1881. La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 20 de mayo del 2002 (RTC124/2002) se plantea, dentro de la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E. – en su vertiente de derecho a acceso al proceso-, la legitimación de los acogedores preadoptivos para ser llamados al procedimiento de oposición a la declaración de desamparo y acogimiento preadoptivo. También, ha estimado infringido el art. 24.1 de la C.E., al no haberse oído al menor – según las condiciones del art. 9 de la LO 1/96- en los procedimientos de cesación: Sentencias del T.C. de 25 de noviembre de 2002 (RTC 221/2002) y 19 de abril de 2004 (RTC 71/2004).

2º) Cuando se impone administrativamente diferenciamos:

a) Por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor “cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores”.

b) Por decisión de las personas que tengan acogido al menor, previa comunicación de aquéllas a la Entidad Pública.

Tanto los padres o tutores que tengan la patria potestad y reclamen la compañía, como el propio menor o cualesquiera otra persona interesada – “si surgen problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiada” (art. 172.5 del CC)- podrán solicitar, tanto al Juez, como a la entidad pública la cesación del acogimiento. Y, en caso de no proce-

der a tal, podrán recurrir a la jurisdicción. Además, también, podrá solicitarlo el Ministerio Fiscal, así como en el caso de que sea el acogimiento judicial, la propia entidad pública y los acogedores.

## **2. La adopción**

### **2.1. Concepto y Naturaleza de la filiación adoptiva**

La adopción es un acto solemne de naturaleza judicial por el cual se constituye una relación jurídica paterno-filial plena entre el adoptante o adoptantes y el adoptado.

Se trata actualmente de una institución, preferentemente, de protección de los menores “privados de una vida familiar”. Esta finalidad de la ley ha de diferenciarse de los propósitos y deseos de los particulares que adoptan que son aceptables en cuanto no determinen la desviación del fin procurado legalmente; así se pretende por muchos el acceso a la paternidad/maternidad -por el simple hecho de procurar satisfacer los legítimos instintos naturales de cada persona humana o la continuidad de la familia-, evitar una constitución de la tutela -en caso de huérfanos de la propia familia-...etc.

Especialmente, este aspecto es relevante en el presente momento en que, a partir del pleno reconocimiento legal de la parejas homosexuales, se pretende por éstos el acceso a la paternidad/maternidad de sus miembros a través de la adopción y la utilización de las técnicas de fecundación artificial. La Ley 3/2005, de 8 de abril, que modificó su Código de Familia y Sucesiones en esta materia dice: “La presente Ley parte de la base de que lo mejor para el interés del menor sólo puede determinarse cuidadosamente en cada adopción concreta, y que no debe hacerse depender, apriorísticamente, de la orientación sexual de los so-

licitantes. Nadie tiene, de forma automática, el derecho a adoptar, sino que existen personas o familias idóneas para la adopción. Lo que hace esta Ley es equiparar a las personas homosexuales que conviven «more uxorio» con los convivientes heterosexuales, y les reconoce el derecho a ser valorados como posibles padres o madres adoptivos. En fin, lo que es preciso asegurar en toda adopción, sea cual sea la orientación sexual de quienes adoptan, es el superior interés del menor, lo cual corresponde a los poderes públicos competentes en materia de protección de menores desamparados y, en definitiva, corresponde a la autoridad judicial examinar, caso por caso, si cada solicitud concreta se adecua o no a dicho interés”.

En primer término, se considera la adopción como un acto de la autoridad judicial de naturaleza constitutiva -el art. 176 del CC: “La adopción se constituye por resolución judicial ...”- lo cual no es óbice para que, con anterioridad, en la mayoría de las ocasiones hay un expediente previo administrativo, en donde, como veremos, se examina el requisito de “idoneidad” a los efectos de su declaración y la propuesta de adopción-. En segundo lugar, nace con ella una relación jurídica paterno filial no biológica pero plena; tal como nos indica el art. 108 del CC: “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos”. Se debe remarcar que el vínculo no nace sólo entre adoptante y adoptado, sino entre éste y el resto de la parentela de aquél. Por último, se trata de una institución para la protección de menores que sufran una situación anómala familiar producida por el desamparo del menor, la muerte de sus progenitores, la renuncia de la madre biológica producida al momento del nacimiento...etc; si bien veremos que situaciones extraordinarias en donde es posible, por una parte, la adopción de mayores de edad o menor emancipado “cuando inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años “(art. 175.2 del CC).

Conviene, con objeto de dar una perspectiva histórico- comparativa, tener presente: 1º) Que, con anterioridad a la reforma de nuestro Código Civil, de 11 de noviembre de 1987 – Ley 21/87- se consideraba mayoritariamente la adopción como un negocio jurídico de derecho de familia celebrado entre el adoptante o adoptantes y el adoptado que debía ser sometido a la aprobación judicial. El cambio legal es producto de la pretensión del legislador de convertir claramente la adopción en un instituto de protección de menores a los fines de conseguir su integración familiar para lo cual, con fines garantistas, fija la necesidad de que la constitución de la adopción sea judicial. 2º) También, es interesante resaltar, en comparación con el sistema anterior de la Ley 21/1987, que nuestra regulación determina la constitución de una relación paterno filial plena e igual que la biológica, y además de parentesco con la familia de los adoptantes. Por el contrario, la antigua regulación, desde 1958, diferenciaba entre adopción plena – en cuanto a sus efectos – y simple – llamada anteriormente, “menos plena”; si bien conviene diferenciarlas-. Siendo que la última sólo suponía la posibilidad de llevar los apellidos del adoptante o adoptantes (antiguo art. 180. 2º párrafo del CC) y tener limitados los derechos hereditarios; así conforme a la reforma de 13 de mayo de 1981, “en la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso, el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes” (Antiguo art. 180.4º párrafo del CC)<sup>524</sup>.

## **2.2. Sujetos intervinientes. Prohibiciones para adoptar.**

---

524. GARCIA CANTERO, G. en CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, V-2º, Ed. Reus, Madrid 1985, Pág.351

Son personas que puedan adoptar las personas “mayores de veinticinco años” que tengan la plena capacidad de obrar ; cosa que no dice el Código Civil pero se debe sobreentender -en Cataluña, se habla propiamente de que “se encuentre en el pleno ejercicio de los derechos civiles” (art.115.1<sup>a</sup>) del CFC)-. La adopción puede ser de un solo individuo o hacerse conjuntamente por una pareja, casada o no; pudiendo hacerse simultanea o sucesivamente. El supuesto de la adopción por parejas no casadas (“pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”) está contemplada en la Disposición Adicional 3<sup>o</sup> de la Ley 11 de noviembre de 1987 para aquellas formadas por un hombre y una mujer, sin que haya sufrido alteración alguna por la Ley 13/2005, de 1 de Julio. La disposición adicional primera de la Ley no contempla otro supuesto que el matrimonial, por lo que, salvo lo que se diga en relación a los Derechos Forales Especiales se mantiene la discriminación entre parejas homosexuales no casadas en el Derecho común<sup>525</sup>. Cuando se adopta conjuntamente, “basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad-“. Si lo que pretende es la adopción por el cónyuge del inicialmente adoptante de la persona adoptada, entiendo que debe favorecerse por la norma anterior de edad, ya contraiga matrimonio antes o después de la adopción –en este último caso, es interesante ver la adopción como medio que permite la integración en una sola familia del menor-. Ahora bien, en todos los casos, habrá de haber una diferencia de catorce años entre el adoptante o adoptantes y el adoptado (art. 175.1 y 4 del Código Civil).

Tres apreciaciones de orden menor se han de realizar: 1<sup>o</sup>) No es razonable que se diga que el fallecido puede ser adoptante, ya que, al momento de la muerte del sujeto, se extingue su personalidad. Lo que permite el Derecho es completar los efectos de la adopción en el caso de que el

---

525. En Cataluña, expresamente, la Ley 3/2005, de 8 de Abril, modificó el Código de Familia para permitir que los cónyuges y las parejas que conviven con carácter estable pudieran adoptar, por contradicción al supuesto anterior en donde no lo podían hacer más que las que se configuraban como hombre y mujer.

adoptante falleciera habiendo prestado el consentimiento a la adopción ante el Juez (art. 176.3 del Código Civil); 2º) No se dice en el Derecho común, como en el caso del Derecho especial de Cataluña<sup>526</sup> las personas que no pueden ser adoptantes ; 3º) La legislación autonómica reguladora del expediente administrativo en la adopción a la hora de regular la protección de menores indica, dentro de este grupo de personas, una serie de preferencias que han de tenerse muy presente para poder adoptar<sup>527</sup>.

Son personas que pueden ser adoptadas los menores no emancipados como regla general. No especifica nuestro Derecho Civil común las situaciones que originan que un menor pueda ser adoptado, si bien, podemos diferenciar aquellas en las que el adoptante podrá directamente solicitar la adopción (art.176.2.2º párrafo del CC) de las situaciones graves de desprotección del menor –por ejemplo, de desamparo-<sup>528</sup>. Ahora bien, el Ordenamiento permite también la adopción de

---

526. Artículo 116 del CFC. Personas que no pueden adoptar. “No pueden adoptar: a) El padre y la madre que hayan sido privados de la potestad o las personas que hayan sido removidas de un cargo tutelar mientras estén en esta situación; b) El tutor o tutora en lo que se refiere a su tutelado, hasta que no haya sido aprobada la cuenta final de la tutela”.

527. En la Comunidad de Madrid, a parte de lo ya indicado en el art. 58.1 de la Ley 6/1995, sobre criterios de elección de parejas o individuos para la adopción o el acogimiento, se señala un juego de preferencias en el art. 59: “1. En los casos de ofrecimiento para adopción de menores, tendrán preferencia: a) Los residentes en la Comunidad de Madrid. b) Los ofrecimientos cuya diferencia de edad entre adoptado y adoptante o adoptantes no sea superior a cuarenta años. En caso de adopción por parejas se considerará la edad media de ambos. c) Los matrimonios y parejas, en el caso de menores de tres años de edad. 2. No se aceptará el ofrecimiento para la adopción de más de dos menores por una misma persona o pareja, salvo que los menores sean hermanos”.

528. En Cataluña, se identifican en el art. 117 del CFC, añadiendo algunos aspectos interesantes: primero, cuando se habla de la adopción del hijo de tu cónyuge o pareja, indica que no debe estar “determinada la filiación respecto al otro progenitor o que éste hubiera muerto o estuviera privado de la potestad o estuviera sometido a una causa de privación de la misma o hubiera dado su asentimiento”; segundo, no sólo pueden adoptar los que son acogedores preadoptivos sino que establece: “Excepcionalmente, las personas que estén en situación de acogida simple de quienes quieren adoptar, si las circunstancias han cambiado y ya no es posible el regreso de aquéllas a su familia, porque concorra alguna de las circunstancias de la acogida preadoptiva u otras que hagan imposible su reintegro”. Todo lo cual se dice, no para alabar el carácter tasado de los supuestos - ya que se entiende que sería más recomendable un tratamiento enunciativo-, sino por servir claramente su carácter enunciativo para aclararnos supuestos de adopción.

menores emancipados y mayores de edad, por excepción, “...cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años” (art. 175.2 del Código Civil).

Esta prohibido adoptar, según el art. 175.3 del Código Civil:” 1º A un descendiente. 2º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. 3º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela”.

### **2.3. El proceso de adopción.**

#### **2.3.1. Introducción**

Hemos identificado a la adopción como un acto solemne de naturaleza judicial que, como cualquiera resolución, necesita de un procedimiento judicial previo. Nuestro Ordenamiento establece, dentro de la jurisdicción voluntaria, un procedimiento de adopción, contemplado en el Libro III, Título II, Sección 1ª y 3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 – vigente en la actualidad por virtud de la Disposición Derogatoria y Disposición Final 18ª de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 hasta que se apruebe una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria-.

Algunas de las reglas establecidas conviene tenerlas presentes desde el inicio: a) En estos procedimientos intervendrá el Ministerio Fiscal, con independencia de que los demás intervinientes actúen bajo dirección letrada (art. 1825 de la LEC 1881). b) El procedimiento de jurisdicción voluntaria es poco formalista, el art. 1816 de la LEC 1881 declara: “Se admitirán, sin necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren”. c) El procedimiento de jurisdicción voluntaria se convertirá en con-

tencioso si los padres del adoptado pretenden que se les reconozca el derecho a asentir la adopción. A cuyos efectos, una vez citados lo manifestarán, procediendo el Juzgado a la suspensión del procedimiento de jurisdicción voluntaria y a conferir plazo, que no podrá ser inferior a veinte días ni superior a cuarenta, para la presentación de la demanda. Si se presentará la misma, se dilucidará el procedimiento según los trámites del juicio verbal – por remisión del art. 753 de la LEC 2000 a las normas del Título III del Libro II de la LEC 2000-. También señala la anterior norma que “de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley”. Si no se presentara la demanda, se alzaría la suspensión, dando por terminado el trámite y, con posterioridad, no se admitirá reclamación alguna en dicho sentido de los mismos sujetos (art. 781 de la LEC 2000).

### **2.3.2. La iniciativa constituyente.**

#### *1º) Propuesta de la entidad pública*

Usualmente el procedimiento de adopción se inicia por la propuesta previa de la Entidad Pública que tenga encomendada en cada uno de los territorios la protección de menores o la institución que colaboran con las mismas – asociaciones, fundaciones no lucrativas-. En ella proponen al Juez el adoptante o adoptantes quien/es han declarado/os idóneo/os para el ejercicio de la patria potestad, así como indican otra serie de datos necesarios para la consecución del procedimiento (art. 176.2 del Código Civil).

*“En la propuesta de adopción, formulada al Juez por la entidad pública, se expresarán especialmente: a) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de la vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relacio-*

nes con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados; b) En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptando. c) Si unos y otros han formalizado su asentimiento ante la Entidad pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta del (sic) Juzgado. En los supuestos en que no se requiera propuesta previa de la entidad pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil, la solicitud formulada al Juez por el adoptante expresará las indicaciones contenidas en los apartados anteriores en cuanto fueren aplicables, y la alegación y prueba conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por dicho artículo. Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refieren los apartados anteriores, en su caso los informes de la entidad colaboradora, y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos” (art. 1829 de la LEC 1881).

*Con carácter previo o simultáneo deberá ser declarado el futuro adoptante como idóneo para el ejercicio de la patria potestad. Las decisiones sobre la declaración de idoneidad de las entidades públicas son impugnables por el procedimiento de jurisdicción voluntaria con posibilidad de apelación, sin perjuicio de utilizar la vía ordinaria (Disposición Adicional Primera de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica al Menor).*

## *2º) Solicitud del adoptante*

No obstante, es posible que la propuesta la haga directamente el adoptante cuando concurren una serie de circunstancias indicadas en el art. 176.2.2º párrafo del CC: 1º.- Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2º.- Ser hijo del consorte del adoptante. 3º.- Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadopti-

vo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4º.- Ser mayor de edad o menor no emancipado”. Como se ve, se mantiene la posibilidad en dos situaciones claras: una de adopción dentro de la familia, extensamente considerada; la segunda, cuando haya una situación previa de acogimiento preadoptivo, tutela o convivencia de mayores de edad o menores no emancipados “no ininterrumpida ..., iniciada antes de que el adoptado hubiera cumplido los catorce años”.

### **2.3.3. Perfeccionamiento de la adopción.**

**2.3.3.1.** Una vez admitida la propuesta o solicitud, se procederá a llamar a diferentes personas para que presten su consentimiento, su asentimiento o sean oídos. Así el art.177 del Código Civil y art. 1830 de la LEC 1881 determina una serie de reglas:

1º) Deberán consentir la adopción, a presencia judicial, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de 12 años<sup>529</sup>. Por otra parte, conviene indicar, como ha señalado la doctrina: primero, que si el solicitante es el futuro adoptante, no es necesario que reitere el consentimiento; segundo, que si el adoptando es incapaz natural, no tendrá que estar el Juez a su sólo consentimiento, pudiendo formalizarlo si cree que lo beneficiará<sup>530</sup>.

2º) Deberán asentir:

a) El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente<sup>531</sup>.

---

529. En el CF catalán, se permite, a los efectos de la constitución de la adopción por adoptante fallecido, si éste presto su consentimiento, no sólo ante el juez –como vemos–, sino también en testamento, codicilo o escritura pública (art.117.3).

530. VAQUER ALOY, A: “La constitución de la adopción”, en ESPIAU ESPIAU S.- VAQUER ALOY, A.: Ob. cit. Pág. 176-177.

531. Expresamente, el Código de Familia catalán, en art. 121.1.a), habla también de la persona que conviva con el adoptante marital y establemente.

b) Los padres del adoptado que no se hallare emancipado. Se matiza en la norma que “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”. No es necesario tal asentimiento:

b1) Cuando estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Para apreciar dicha circunstancia, el art. 177 del CC nos remite al procedimiento contradictorio, “el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Esta referencia debe ser sustituida como consecuencia de la derogación, por la Disposición Derogatoria Única .1.1º de la LEC 2000 del art. 1827 de la LEC 1881. Por lo que, deberá remitirse al procedimiento visto en el art. 781, en relación con el art. 753 de la LEC 2000. Se podía entender que quien alega que la parte está incurso en causa legal de privación de la patria potestad deberá promover dicho procedimiento a los efectos de no permitir el asentimiento de los padres; sin embargo, la norma está construida para que sean los padres que desean manifestar su asentimiento los que, privados de este derecho, reclaman el asentimiento<sup>532</sup>. De donde se deduce claramente que, de negar a los padres el derecho de asentimiento, deberá comunicárseles claramente la posibilidad que tienen de oponerse a tal privación con expresión de los trámites que sean procedentes, a los efectos del cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E.- lo cual es resaltado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) de 4 de mayo del 2005

---

532. Y así parece que es si se examina la jurisprudencia menor: Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) de 5 de octubre de 2005 (JUR 241775/2005); Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) de 19 de mayo del 2005 (JUR162903/2005).

(JUR 166659/2005)<sup>533</sup>.

b2 ) Cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

El asentimiento puede prestarse ante el Juez o ante la Entidad Pública en el expediente administrativo previo. No obstante, en dicho caso, si transcurrieran seis meses desde la prestación del mismo hasta el inicio del procedimiento deberá volverse a producir el mismo ante el Juez (art. 1830 de la LEC 1881).

En el art. 122.1.b) del CF de Cataluña se indica que no es necesaria la prestación del asentimiento “en el supuesto de que el menor haya estado en situación de acogida preadoptiva sin oposición, durante más de un año, o con oposición desestimada judicialmente”. La lógica de dicha norma está en que no debería ser necesario un nuevo asentimiento si los padres aceptaron en su día el acogimiento preadoptivo o se opusieron al mismo y se desestimó judicialmente su pretensión –siendo firme la resolución-. Ahora bien, consideramos que deberían ser llamados al procedimiento en cuanto pueden haber sido modificadas las circunstancias que determinaron el acogimiento preadoptivo y de no llamárse-

---

533. Conviene también resaltar, respecto a la documentación que obra en el expediente, tener presente lo que dice la referida decisión: “Por lo tanto, atendida su posición procesal no resulta necesario darle traslado de la documentación que se haya presentado en el previo procedimiento de jurisdicción voluntaria en que se incardina, quedando satisfechos los derechos de defensa y a no sufrir indefensión mediante la posibilidad que viene atribuida a quien va a asumir la tal posición de demandante de examinar cuantos documentos, salvo aquellos que en cuanto ahora interesa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1826.2º LECiv/1881, tengan carácter reservado, a tal fin tiende el plazo que la vigente Ley procesal otorga para la presentación de la demanda iniciadora del incidente, previsiones y garantías estas que en el presente caso han quedado debidamente cumplidas, y ningún expediente o documento se ha ocultado (salvo el de carácter reservado, por imperativo legal) a la ahora apelante ni a su defensa, la cual tuvo la oportunidad de examinar el expediente administrativo dentro del plazo otorgado para presentar la demanda, y si no lo hizo sólo a dicha parte se debe la falta, por lo que no procediendo del órgano jurisdiccional la misma, ninguna indefensión se le causó”.

les se estaría privando del derecho a la tutela judicial efectiva; dado que se les impediría el acceso al proceso en el que variará la situación actual en que viven y definitivamente se privará a estos de la relación paterno-filial.

3º) Deberán ser simplemente oídos por el Juez:

- a) Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando el asentimiento no sea necesario para la adopción.
- b) El tutor y, en si caso, el guardador o guardadores.
- c) El adoptando menor de doce años, si tuviera suficiente juicio.
- d) La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

Añade el art. 123, letra d) del Código de Familia de Cataluña al procedimiento la audiencia a los hijos del adoptante o adoptantes.

A los efectos de ver cual es el valor de los consentimientos, asentimientos y audiencias, parece haber amplio acuerdo que el consentimiento es necesario para poder constituir judicialmente la relación paterno-filial entre adoptante o adoptantes y adoptando. Sin el mismo –salvo el caso del menor incapaz de prestarlo–, no podrá establecerse la adopción; obrando el consentimiento como condición “sine qua non”. Por el contrario, el Juez no está condicionado más que por el interés del menor adoptando para constituir. Ahora bien, lo dicho para la constitución no es lo mismo que se debe decir para valorar el asentimiento. Aquí hay varias posiciones: la primera, entiende que la falta de asentimiento de los padres vincula al juez a los efectos de que no pueda constituir la adopción por su veto; atendiendo a que el art. 1827 de la LEC 1881 y, hoy, el

art. 781 de la LEC 2000 hacen que la oposición en forma de disentimiento convirtiera el procedimiento en contencioso y que se ha de diferenciar entre asentimiento y audiencia, dándose al primero un valor parecido al consentimiento al determinar la adopción la extinción de los vínculos jurídicos del adoptado y su familia anterior<sup>534</sup>; la segunda, entiende que debe primar en la decisión judicial el interés del adoptando – art. 176 del CC y art. 1825 de la LEC 1881- por lo que, si bien debe diferenciarse propiamente entre asentimiento y audiencias para evitar que ambas tengan el mismo significado, el Juez puede en último lugar, justificar amplia y completamente que el veto de los padres mediante el asentimiento no es bastante cuando, en la situación en concreto, la adopción sea la solución más beneficiosa<sup>535</sup>. Por último la audiencia es necesaria y preceptiva, siendo una infracción procesal no realizarla ya que determina la nulidad del procedimiento; sin perjuicio de incurrir en una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva – tal como reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional -de 26 de septiembre de 1990 (RTC 143/1990)-.

**2.3.3.2.** “El Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor. Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva” (art. 1826.1º y 2º párrafo de la LEC 1881). Estas diligencias deberán de reforzarse en las situaciones en que no se permita a los padres el derecho a asentir la adopción así como en donde estos no asientan a la adopción, por cuanto, como hemos dicho, debe considerarse que es

---

534. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 15 de abril de 1993 (Aranz. Civ.-414/1993) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) de 19 de mayo del 2005 (JUR162903/2005).

535. Así en el Auto de la Audiencia Provincial de Cadiz (Sección 3ª) de 23 de septiembre del 2004 (Aranz. Civ.-2021/2004) y, en relación a la regulación anterior a noviembre de 1987, las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987 (Aranz.-1515/1987) y 18 de febrero de 1998 (Aranz.-1117/1998).

necesario guardar las garantías procesales cuando se va a privar a estos de derechos lo que deriva en la pérdida de los vínculos jurídicos entre el adoptando y la familia anterior.

**2.3.3.3.** Se decidirá el procedimiento de adopción, constituyendo o no esta, a partir de lo que considere más beneficioso para el interés del adoptado y de la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, tal como nos indicaba el art. 176.1 del CC. Nos dice el art. 1826 de la LEC 1881 que “El auto que ponga fin al expediente será susceptible sólo de apelación”. El auto se inscribirá en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado (art. 46 de la Ley del Registro Civil). El dato de la naturaleza adoptiva de la filiación tendrá la publicidad restringida, tal como regula los arts. 21, 22 y 29 de la Ley del Registro Civil.

#### **2.3.4. Efectos.**

Como hemos manifestado anteriormente, la resolución jurídica constituye la adopción y establece la relación jurídica paterna-filial con carácter pleno entre el adoptado y el adoptante y sus parientes. No obstante lo dicho, el art. 176.3, in fine, del CC permite la constitución de la adopción en el momento de la prestación del consentimiento si un adoptante fallece antes de la resolución judicial –en los casos del art. 176.2.1º, 2º, y 3º del CC- remarcando: “Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento”.

Por el contrario, con relación a la familia anterior, establece el art. 178.1 del CC, “la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior”. De ahí que, pierden los derechos derivados de la relación filial -apellidos, alimentos, hereditarios ..etc.- así como la responsabilidad parental, adquiriéndola la adoptante, salvo en los casos que veremos más tarde.

Para evitar los problemas de la consanguinidad, se mantiene la vinculación parental con la familia antigua respecto a “los impedimentos matrimoniales” con objeto de que se aplique lo dispuesto en art. 47.1º y 2º del Código Civil sobre el impedimento de parentesco. Impedimentos que, también, tendrá el adoptado con su nueva familia adoptante. También, la Ley del Registro Civil, permite en el art. 59 –art. 209 del Reglamento-, el mantenimiento de los apellidos cumpliendo una serie de requisitos de tiempo de solicitud, justa causa y ausencia de perjuicio a tercero<sup>536</sup>.

En ocasiones, como refleja el art. 178.2 del Código Civil, se permite el mantenimiento de las relaciones jurídicas con la familia anterior, en las siguientes circunstancias: 1º.- “Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido”; lo que determina la existencia de tres líneas parentales en el hijo adoptado ( dos de los padres anteriores, uno del nuevo adoptante); 2º.- “Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”. El código no dice nada respecto al mantenimiento de los lazos parentales cuando el adoptado es familia del adoptante (art. 176.1º del CC), pero debe sobreentenderse –en Cataluña, expresamente, se puede ver el art. 127.2 del CF-. El art. 173 ha sido reformado por la Ley 13/2005, de 1 de julio para eliminar, en el numeral segundo, la anterior alusión a que “el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor”. Se trata de un supuesto que, más allá de procurar la discriminación de parejas homosexuales –dado que no está contemplado para ellas sino por la adopción de sujetos individuales-, procura diluir la imagen tradicional de la familia como pareja de hombre y mujer.

Dentro del problema específico de los efectos de la adopción, conviene tratar el

---

536. Ver la RDGRN de 23 de febrero de 1999 (Aranz.-10110/1999).

derecho de la persona adoptada a conocer su origen biológico. Actualmente, a partir del art. 47 de la Ley del Registro Civil y arts. 167 y 182 de su Reglamento –art. 129 del CF catalán, extensamente, nos habla de que “puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido su padre y su madre biológicos”-, cabe el acceso de los interesados a los datos sobre los padres anteriores que consten en el Registro. Conviene tener presente que, en la Sentencia de 13 de febrero de 2003 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Caso Odièvre v. Francia, indicó que no existía infracción del derecho de toda persona al respeto de su vida privada o familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos) en el caso del Estado Francés que se negó, por sus servicios asistenciales a dar a una chica los datos de su madre biológica –la cual había pedido conservar su anonimato-. De este modo, no cabe hacer cuestión respecto a la negativa de cualesquiera otros estados sobre el acceso de la persona al conocimiento de su origen, si bien va poco a poco institucionalizándose esa posibilidad.

También es tradicionalmente tratado por la doctrina y la jurisprudencia el problema del derecho de relación entre los adoptandos con su familia de origen durante los trámites del procedimiento de adopción y, también, del procedimiento de acogimiento preadoptivo. En el art. 160.1º párrafo in fine del CC se aclara que el derecho a relacionarse tiene como excepción el caso de los menores en adopción. De forma que, al momento de la adopción o, previamente, del acogimiento preadoptivo –a partir también de lo expresado en el art. 161 del CC, -se podrá no sólo suspender sino privar de este derecho, con objeto de que el menor se vaya adaptando a su familia adoptante; de otra manera se producirían sentimientos contradictorios y desestabilizantes que podrían dificultar o impedir el proceso.

#### **2.4. Ineficacia y extinción.**

El Ordenamiento Jurídico destaca que “la adopción es irrevocable” (art. 180.1

del CC). Incluso se indica que la determinación posterior de la filiación que por naturaleza le corresponda al adoptado “no afecta a la adopción” (art. 180.4 del CC). No obstante lo cual, se suele diferenciar dos situaciones posibles, la cesación de los efectos de la adopción y la extinción de la adopción.

#### **2.4.1. Cesación de los efectos de la adopción.**

El adoptante puede incurrir en causa de privación de la patria potestad –como cualquier padre o madre, tal como vemos en los art. 170 del CC-. De esta manera, el Juez, a petición del Ministerio Fiscal, el adoptado o su representante legal, podrá excluir al adoptante del “ejercicio de las funciones tuitivas o de algunos de los derechos que le corresponde por Ley respecto del adoptado o sus descendientes o en sus herencias” (art. 179.1 del CC). Cuando el adoptado alcance la mayoría de edad, sólo podrá pedirlo él, “dentro de los dos años siguientes”, se entiende de haber incurrido en dicha causa (art. 179.2 del CC).

Como veíamos en los supuestos del art.111 del CC, “dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad”(art. 179.3 del CC). Por lo tanto hay dos opciones:

1) El Juez puede privar o suspender el ejercicio de la patria potestad, o alguno de sus poderes y facultades, así como de los derechos. También tiene capacidad de restablecer en el ejercicio de la patria potestad a quien, inicialmente, incurrió en la causa de privación pero después demuestra un cambio de actitud y la cesación de la causa que lo originó.

2) El Juez puede constituir una nueva adopción, como claramente se señala en el art. 175.4 del CC. Todo ello atendiendo al beneficio e interés del hijo adoptado.

Esta no es la única manera de privar al adoptante o adoptantes de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, ya que se podrá realizar en causa criminal, o, en proceso matrimonial, tal como nos recordaba el art. 170 del CC, en relación con el art. 92.3º párrafo del CC.

#### **2.4.2. La extinción de la adopción.**

Son dos las posibilidades establecidas legalmente:

A) Por resolución judicial a petición del padre o la madre que, sin culpa suya, no hubieran intervenido en el expediente de adopción, ya sea para asentir a la misma, ya para ser oídos. Para que tenga éxito la acción de los padres deberán interponer la demanda “dentro de los dos años siguientes a la adopción”. El juez podrá extinguir la adopción siempre que “la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor”. Hay que tener presente que tal posibilidad supone la extinción del vínculo con la familia adoptante para recuperar el que había con la familia anterior (art. 180.2 del CC).

B) Por una nueva adopción, constituida judicialmente, a partir de las posibilidades que nos ofrece el art. 175.4 del CC, el fallecimiento del adoptante y la exclusión judicial de la patria potestad, vista en el art. 179 del CC. En dicho caso, se extinguirá el vínculo con la familia adoptante en primer término, para adquirirla con la nueva adoptante.

Esta extinción debe, no obstante, respetar algunos derechos adquiridos: “la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos”. De forma que no se perderán los efectos ya consolidados; especialmente, se puede ver la eficacia de lo dicho al tratar los derechos hereditarios derivados del fallecimiento del adoptante.

El procedimiento judicial para llevar a cabo dichas actuaciones será el proceso verbal por virtud del art. 1832 de la LEC 1881, en relación con la Disposición Derogatoria única 1.1.º de la LEC 2000 remarcando dicha norma en su segundo párrafo:” Durante la sustanciación del procedimiento el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz”.

### **3. La adopción internacional.**

La adopción realizada fuera de nuestro territorio nacional tiene relevancia cuando nuestros nacionales pretendan adoptar o vayan a ser adoptados. Dos son las posibilidades:

1º) Cuando se pretende la adopción por nuestras autoridades consulares. En dicho caso, como nos dice el art. 9.5 del CC: “Los cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el Juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando éste domiciliado en la demarcación consular”. Dicha adopción seguirá necesitando de la propuesta previa de la entidad pública o institución autorizada, correspondientes a la última residencia del adoptante en España. Sólo, en el caso de que el adoptante no tuviera residencia en España en los dos últimos años, no será necesaria la propuesta previa, pero el Consulado recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes. A partir de la misma, se requerirán los consentimientos, asentimientos y audiencias vistas, así como se podrán realizar toda la serie de diligencias necesarias para comprobar que la adopción procura el beneficio del adoptado.

2º) Que se pretenda su constitución por las autoridades competentes extranjeras del país donde se encuentra el adoptando. En este caso, puede que nuestro país tenga convenio internacional con el que llevará cabo la constitución, en cuyo caso deberemos acogernos al mismo –esencialmente, debemos exami-

nar el Convenio relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, hecho en la Haya de 29 de mayo de 1993, cuyo instrumento de ratificación es de 30 de junio de 1995-. Si no fuera así, será necesaria la comprobación de una serie de extremos para permitir el reconocimiento y eficacia de la adopción internacional por nuestras autoridades.

Si bien puede hacerse el contacto con las autoridades competentes directamente, lo usual es que existan entidades en nuestro país que lleven a cabo la labor de mediación entre el futuro adoptante y las autoridades extranjeras. Nuestra legislación, en el art. 25 de la LO 1/96, de 15 de enero, establece una serie de requisitos de estas: a) la necesidad de ser acreditadas por las entidades públicas nacionales e inscritas en el Registro correspondiente; b) No tener finalidad de lucro y reflejar en sus estatutos como fin la protección de menores; c) disponer de medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas y estar dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación en el ámbito de la adopción internacional. La Administración de los Servicios Sociales competente controlará, vigilará y elaborará las directrices de actuación de las entidades que realicen en el territorio las funciones de mediación. Especialmente destaca la vigilancia de la exigencia del art. 25.3 de la LO 1/96: “en las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios”.

En la Comunidad de Madrid, véanse el Decreto 62/2003, de 8 de mayo, de acreditación, funcionamiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, desarrollado por la Orden 745/2004, de 15 de junio.

Una vez conseguida la adopción por autoridades extranjeras, el español adoptante puede pretender el reconocimiento de la situación en nuestra Ordena-

miento y su inscripción en el Registro Civil.

Las entidades públicas de protección de menores deberán ser los receptores de la solicitud de adopción internacional (art. 14 del Convenio). A partir de ello, se preocupará de: a) Que el adoptante o adoptantes sean adecuados y aptos para adoptar; b) Que los futuros padres han sido convenientemente asesorados; c) Que el niño ha sido autorizado para entrar y residir en el país (art. 5 de Convenio). Comprobado estos extremos realizará un informe “que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo” (art. 15 del Convenio). Dicho informe, actualmente el certificado de idoneidad –conforme al art. 25 de la LO 1/96-, lo remitirá a las autoridades del país de origen. A partir, del cumplimiento de estos trámites y de otros establecidos en el Convenio, “una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes y compete a la autoridad central de cada Estado emitir la correspondiente certificación” (art. 23 del Convenio).

En dicho caso, el encargado del Registro Civil comprobará el cumplimiento de las exigencias del art. 9.5 del CC (Disposición Adicional Segunda de la LO 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor). Para la comprobación debe: a) Verificar la competencia de la autoridad que constituyó la adopción; b) Verificar la ley aplicada por la autoridad extranjera<sup>537</sup>.

---

537. La ley nacional del adoptando es la que regirá su capacidad y consentimientos necesarios. Especialmente, en el caso de los españoles adoptandos exige que “el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España” (art 9.5.3º párrafo del CC). No es tan exigente nuestro Ordenamiento respecto al lugar donde prestar los consentimientos ya que podrá ser tanto la autoridad que inició la constitución como cualesquiera competente.

C) Comprobar la autenticidad del documento de constitución de la adopción, su legalización y correcta traducción. D) Comprobar que la adopción constituida en el extranjero de acuerdo con su legislación no sea contraria al orden público español<sup>538</sup>.

Especialmente, tendrá presente:

a) “No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquella no se corresponden con los previstos por la legislación española” (art. 9.5.4º párrafo del CC). Dicha norma exige: Primero, que la adopción internacional suponga la plena vinculación filial del menor con su familia adoptante y la extinción de la misma con la anterior familia<sup>539</sup>. Segundo, que si la adopción es revocable, el adoptante renuncie a esta en documento público o en comparecencia ante el Registro Civil. No obstante lo dicho, el art. 27 del Convenio prevé la conversión de la adopción realizada -que no tenga el efecto de la ruptura del vínculo de filiación preexiste- si la ley del estado receptor lo permite y los consentimientos han sido otorgados para tal adopción en cuanto a las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera o en cuanto al menor cuando sea necesario. Si no deberá solicitarse la ampliación del consentimiento.

b) “Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción”. Por lo que el español deberá previa o simultáneamente pretender la declaración de idoneidad para el ejercicio de la patria potestad, si pretende que el reconocimiento de la adopción en España.

---

538. CAMPA I DE FERRER, X: “Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España”, en ESPIAU ESPIAU, S.- VAQUER ALOY, A.: Ob.cit. Pags. 243-244. SALA TORREGROSA, L: “El reconocimiento de las adopciones internacionales en España”, en ESPIAU ESPIAU S.-VAQUER ALOY, A.: Ob.cit, Pag. 254-255. 539. Ver, en relación con Mejico, las RDGRN de 16 de septiembre de 1996 (Aranz.-710/1997) y 22 de abril de 1996 (Aranz.-4178/1996), entre otras; el Salvador, las RDGRN de 29 de febrero de 1996 (Aranz.-3396/1996) y 27 de enero de 1996 (Aranz.-2400/1996); Paraguay, la RDGRN de 24 de junio de 1995 (Aranz.- 6150/1995). Interesa el comentario y crítica del autor citado en nota anterior, en su Pag. 247 -248, sobre la práctica en Cataluña de procurar la asunción de la tutela automática de menores con adopción simple u otras figuras para transformar en acogimiento preadoptivo y en adopción plena.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL:

- Albaladejo Garcia, M.: *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 1º ed. Edisofer S.L. Madrid 2006.
- Castan Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, C6mun y Foral, V-2º, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 9ª ed. y 1ª ed Revisada y puesta al d6a por G. Garc6a Cantero y J.Ma Castan Vazquez, Reus, S.A. Madrid 1985- 1995.
- Diez Picazo, L.-Gull6n Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia . Derecho de Sucesiones*. Ed. Tecnos, 3ª ed. Revisada y puesta al d6a, Madrid 1983, 9ªed., Madrid, 2004.
- Lacruz Berdejo, J.L. et alios: *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, 2ªed. Revisada y puesta al d6a por J. Rams Albesa, Dykinson, Madrid 2005.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA:

- Campà i de Ferrer, X: “Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España”, en Espiau Espiau S.-Vaquer Aloy, A.: Protección de menores, acogimiento y adopción, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, Pags. 233 a 249.
- Egea Fernandez, J.: “El acogimiento simple”, en Espiau Espiau S.-Vaquer Aloy, A.: Protección de menores, acogimiento y adopción, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, Pags. 87 a 116.
- Espiau Espiau, S.: “La situación de desamparo y las medidas de protección”, en Espiau Espiau S.-Vaquer Aloy, A.: Protección de menores, acogimiento y adopción, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, Pag.71 a 86.
- Sala Torregrosa, L: “El reconocimiento de las adopciones internacionales en España”, Espiau Espiau S.-Vaquer Aloy, A.: Protección de menores, acogimiento y adopción, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, Pags.251 a 263.
- Vaquer Aloy, A: “El acogimiento preadoptivo” en Espiau Espiau S.-Vaquer Aloy, A.: Protección de menores, acogimiento y adopción, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, Pag. 117 a 145.
- Vaquer Aloy, A: “La constitución de la adopción” en Espiau Espiau S.-Vaquer Aloy, A.: Protección de menores, acogimiento y adopción, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, Pag. 163 a 186.

## **CAPÍTULO IX. CONFLICTOS, FAMILIAS Y MEDIACIÓN**

### **1.1. Introducción a la teoría de los conflictos familiares.**

Los conflictos familiares exceden, sin duda, del ámbito de las crisis matrimoniales y de pareja, y aunque es un hecho que la mediación familiar ha tenido y tiene su máximo desarrollo en esos contextos, cada vez se vislumbra en mayor medida la necesidad y la conveniencia de extender los beneficios que tiene este sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos a todos los miembros del sistema familiar y a la diversa tipología de conflictos que en ella se presentan. Entre éstos se encuentran los vinculados a la adopción.

Hablar de conflictos es referirnos a situaciones habituales de la convivencia humana. Ciertamente, el conflicto se presenta en todas las actividades humanas y sociales de todo tipo de sociedades y épocas, adquiriendo un valor universal; se trata, pues, de un género común del que las distintas clases de conflicto se presentan como especies. Es decir, el conflicto está presente en todas las manifestaciones de nuestra vida (familia, amigos, trabajo, relaciones de vecindad...)

y en todos los niveles del comportamiento humano: intrapersonal, interpersonal y grupal.

Los conflictos familiares se encuentran ubicados dentro de los conflictos interpersonales, afectando, además de a la identidad de los individuos en ellos inmersos, a la de la propia familia como sistema interpersonal, económico y social.

Se ha definido el conflicto, como “la divergencia percibida de intereses, o la creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente”<sup>542</sup>, pudiendo encontrar en su estructura elementos que se muestran como constantes<sup>543</sup>. Percepción, interdependencia e incompatibilidad tienen que estar presentes para que podamos hablar de conflicto.

Aunque el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se refiera al conflicto de un modo negativo<sup>544</sup>, en nuestra opinión, no tiene este carácter ni el contrario, ya que si bien es cierto que al existir un conflicto las relaciones se suelen deteriorar, la comunicación se interrumpe y los sentimientos se resienten, también lo es que el conflicto está en la raíz del cambio personal y social, evitando estancamientos. Asimismo, ayuda a establecer identidades personales y grupales y puede traer consigo un nuevo modo de responder a los problemas<sup>545</sup>.

---

542. Vid. RUBIN, J.Z., PRUIT, D. G y HEE KIM, *Social Conflict: escalation, stalemate and settlement*. (2ª edic). McGraw-Hill, New York, 1994.

543. En opinión de LEDERACH, J.P. *Enredos, pleitos y problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*. Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita. Guatemala, 1992. pág. 98, las personas, el proceso y el problema, son los elementos que interactuando entre sí, se encuentran en cualquier conflicto interpersonal configurándolo.

544. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1984, vigésima edición. “Lo más recio de un combate.2.-Punto en que aparece incierto el resultado de la pelea.3.fig. Antagonismo, pugna, oposición.4.fig. Combate y angustia de ánimo. 5.fig. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida”.

545. ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Servicio Editorial UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. Bilbao, 1998.

que éstas vendrán dadas por el modo en que se aborde el conflicto<sup>546</sup>; de ahí la importancia de apostar por modelos de gestionarlo más cooperativos, como es la mediación, que permitan hacer surgir de las crisis las oportunidades, tender puentes, restañar relaciones, en vez de romperlas definitivamente.

La trascendencia de aplicar estos métodos a las disputas que surgen en las relaciones familiares es evidente, ya que tratar de generar alternativas que atiendan las necesidades de todos los implicados y les permitan obtener satisfacción mutua, redundará en una mayor garantía de continuidad de la relación entre las partes, y, por ende, en un mayor cumplimiento de los acuerdos a los que lleguen, que si el problema hubieran tratado de resolverlo por sistemas confrontacionales.

Respecto a las dinámicas de los conflictos familiares hay que tener en cuenta que, por lo general, funcionan como lo hacen el resto de ellos, pero hay una diferencia vital, “los conflictos familiares son, quizás, los más personales de todos los conflictos”<sup>547</sup>.

Las peculiaridades de las relaciones familiares determinan que los conflictos que en ellas se producen tengan también especificidades propias, sin embargo, pueden encontrarse caracteres comunes en ellos. Como *características propias de los conflictos familiares* señalaremos las siguientes<sup>548</sup>:

---

546. Vid. MOORE, C. W.: *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Ediciones Granica S.A., Buenos Aires, 1995. Págs.62 y ss. El análisis del conflicto desde las categorías de relación, de información, de intereses, estructurales, o de valores, ayudará a desarrollar una estrategia de solución del conflicto con mayor probabilidad de éxito.

547. Vid. ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Servicio Editorial UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. Bilbao, 1998 .

548. ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R. “Dinámicas del conflicto en el entorno familiar”. Conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre mediación*, organizadas por el Ayto. de Vitoria, mayo, 2003. Desarrolla los parámetros elaborados por COHEN, para referirse a los ítems de los conflictos familiares.

- El conocimiento cotidiano de los miembros de la familia permite tener herramientas suficientes para construir relaciones positivas, o para destruir de un modo extremo, dada la importante información de la que se dispone, precisamente, por ser familia.
- Los conflictos familiares tienen en común una historia compartida. Hay que tener en cuenta que los comportamientos pasados, las experiencias, las conversaciones y las percepciones, tomadas en su conjunto definen el conflicto. Se trata no de sucesos aislados, sino de un proceso. Cada reacción de una parte sirve para ayudar a determinar la de la otra; como resultado, el nivel de tensión o intensidad de un conflicto no es estático. La tensión entre las partes escala o desescala durante el curso del conflicto<sup>549</sup>, por eso, se entienden mejor los momentos álgidos de los conflictos si los consideramos como el resultado de una serie de sucesos que lo preceden.
- Las partes tienen necesidades psicológicas particulares y los desencadenantes del conflicto no suelen estar relacionados con el problema básico subyacente que es la auténtica causa del conflicto, es decir, el conflicto se enreda con la intención de los sujetos de dar satisfacción a sus necesidades psicológicas y personales (sentirse a salvo y seguro, ser amado, tener el control de la propia vida, pertenencia, etc...)<sup>550</sup>.
- La percepción del conflicto y el papel de los participantes no implicados son también importantes parámetros de los conflictos familiares e

---

549. En los procesos de escalada de un conflicto, como señala el propio autor, los problemas específicos tienden a dejar paso a problemas genéricos, por lo que la relación global entre las partes se deteriora. Un aspecto particular de esta transformación, es el desplazamiento del desacuerdo a un antagonismo personal. Una vez que el conflicto ha escalado hasta este punto, es muy difícil una marcha atrás.

550. Vid. MASLOW, A.: *Motivation and Personality*, en el que se plantea el concepto de la jerarquía de necesidades.

interpersonales. Así, la percepción es el modo en que interpretamos y damos sentido a lo que nos rodea. Se trata, pues, de un proceso complejo y subjetivo, es decir, todo lo que percibimos se filtra desde nuestras experiencias pasadas, valores, ideas y prejuicios, por lo que no es extraño que distintas partes en conflicto, ante unos mismos hechos, les atribuyan diferente significado. Importante es también el papel de las personas que, sin ser protagonistas del conflicto, indirectamente influyen en él. De los denominados “participantes no implicados”, depende en buena parte que los conflictos escalen o desescalen.

- El contexto familiar es seguramente el que más perdura a lo largo del tiempo, aunque se transforme en su estructura, pero las personas que lo componen cambian y los ciclos que atraviesa la familia también<sup>551</sup>; por ello, no es de extrañar que conflictos que se creían resueltos en una época anterior cobren nueva vida en otra etapa. Ciertamente, cada etapa del ciclo vital de la familia encierra sus conflictos nucleares específicos, pero también abre unas nuevas expectativas. No es extraño, por tanto, que muchos de los conflictos en la familia surjan en los momentos de tránsito de una etapa a otra del ciclo vital.
- Los conflictos familiares pueden recaer tanto sobre elementos tangibles, como intangibles, afectando las disputas familiares tanto a las

---

551. Son ilustrativos los cuadros sobre los ciclos vitales de la familia y la pareja recogidos por RÍOS GONZÁLEZ, J.A., “El ciclo vital de la familia”. *Mediación y Orientación familiar*.Coord. BOUCHÉ PERIS J.H, E HIDALGO MENA, F. Ed. Dykinson, S.L. Madrid 2003. págs. 152, 153; BOSZORMENYI-NAGY, I. y SPARK, G. *Lealtades Invisibles*. Amorrortu. Buenos Aires. 1994; HALEY, J. *Terapia no convencional. Las técnicas psiquiátricas de Milton H. Erickson*. Amorrortu . Barcelona. Tercera reimpresión, 1991. MINUCHIN, S. Y NICHOLS, M.P. *La recuperación de la familia. Relatos de esperanza y renovación*. Paidós. Buenos Aires. 1994; RÍOS GONZÁLEZ, J.A. (coordinador) *La familia realidad y mito*. Centro de estudios Ramón Areces. S.A. Madrid. 1998; SATIR, V. *Nuevas relaciones humanas en el núcleo familiar*. Pax México. México. 1988; SLUZKI, C. E., *La red social: Frontera de la práctica sistémica*. Gedisa. Barcelona. 1996; WATZLAWICK, P. y otros. *Teoría de la Comunicación Humana*. Herder. Barcelona. 1989.

identidades personales como a las sociales, y a las necesidades psicológicas, no sólo de los disputantes, sino también de los otros afectados por la disputa: niños, abuelos, y otros familiares.

Si bien los anteriores elementos son comunes a las relaciones familiares, hay que reseñar que los conflictos que tienen lugar en las familias en que uno de sus miembros es adoptado, son, en buena parte, como el resto de los que se originan en otras familias, pero, al mismo tiempo, presentan unas características específicas y diferenciales del resto de aquéllas. Así, *los conflictos entre padres adoptantes e hijos adoptados*, se dan, entre otras razones, cuando ambos presentan intereses contrarios respecto al hecho de la revelación o de la búsqueda de orígenes; incluso, en una etapa posterior, respecto del encuentro, o las futuras relaciones que puedan establecerse entre el hijo y su familia biológica, pero también pueden surgir *conflictos entre la familia biológica y el hijo adoptado*, o los adoptantes en su caso, *relativos al encuentro entre ellos* y a las futuras relaciones que de él pudieran derivarse.

Será de vital importancia tener presentes todas estas cuestiones para poder entender y ayudar a las familias a gestionar y resolver sus conflictos desde el respeto a su protagonismo, su intimidad y sus particularidades. A todo ello coadyuva la mediación familiar, tal como expondremos.

## **1.2. Familias, cambio social y adopción.**

### **1.2.1. Algunos apuntes sociológicos sobre la familia.**

La familia, como hemos señalado, está en continuo proceso de cambio, debido tanto a factores internos, como a los externos, siendo ella misma agente socializador por excelencia<sup>552</sup>.

---

552. Vid. DEL CAMPO, S. *La "nueva" familia española*. Ed. EUEDEMA, Madrid, 1991.

Tal vez, la familia sea la institución que más se ha visto afectada por los procesos de transformación social<sup>553</sup>, y ello, debido a su permeabilidad a todos los factores que la rodean: religiosos, jurídicos, políticos, económicos, sociales...No se puede hablar, por tanto, de un concepto de familia válido para todos los tiempos, siendo más preciso hablar de “familias” para referirnos a los modelos con arreglo a los cuáles los grupos humanos se han organizado históricamente.

La familia se contempla en la CE de 1978 como institución abstracta, evitando definirla, al igual que ocurre en el Código civil, y entendemos que con base en las mismas razones. No resulta fácil dar un concepto de familia, dada la temporalidad y relatividad del mismo, así, la familia como institución natural, pero también social, se ve afectada por los cambios y movimientos que en la misma sociedad se producen, y en ese proceso la institución familiar se va configurando y transformando<sup>554</sup>. Tampoco aparece determinado en la Norma Suprema el tipo de familia que en ella se protege, lo que permite, en mayor medida, una interpretación del texto constitucional más acorde a la evolución social de las formas que la institución familiar adopte. Parte, por tanto, la Constitución, de la idea de familia histórica, en un momento concreto, que es en el que se legisla, y deja abierto su sistema y mecanismos de protección a distintas formas familiares<sup>555</sup>.

---

553. Sobre la necesaria reestructuración de la familia para adaptarse a sus tiempos, vid. el interesante artículo de OCHAITA, E., ESPINOSA, M.A. “Nuevas Relaciones en el Seno de las Familias de Finales del Siglo XX: las Relaciones entre Miembros de Generaciones Alternas”. *Infancia y Sociedad*, 29 (27-45). 1.995

554. Tampoco da ningún concepto de familia el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ([www.constitucioneeuropea.es](http://www.constitucioneeuropea.es)), que dentro del título II, relativo a las libertades, en su art. II.69, garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, según las leyes nacionales que regulen su ejercicio y en el art. II.93, se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. También se contempla la familia en el art. II.67, al recoger el respeto a la vida privada y familiar.

555. Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. ET ALTER, *Elementos de Derecho civil*, T IV. Familia. Edición revisada por RAMS ALBESA, J. DYKINSON, Madrid, 2002. pág.301.

En la sociedad actual, el modelo de familia que parece predominar es la nuclear, pero, habida cuenta de la importancia que van adquiriendo *las relaciones intergeneracionales*, debido a la existencia de estrechos lazos afectivos, del intercambio bilateral de bienes y servicios y de la ayuda mutua, podemos afirmar que la denominada *familia extensa modificada*, cuyas relaciones entre sí se califican como “*intimidad en la distancia*”, y que pretende conciliar el deseo individualista por la autonomía y la necesidad de apoyo mutuo que hace posible la vida familiar, va adquiriendo cada día mayor importancia. Sin embargo, no se presenta dicha familia como contradictoria ni excluyente de la familia nuclear; muy al contrario, constituye una descripción realista y adecuada de la dinámica familiar dentro de las sociedades contemporáneas<sup>556</sup>.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que matrimonio y familia son dos realidades; la primera institución es una de las puertas de entrada a la segunda, pero no la única, ya que cada vez resultan más numerosas y diversas el tipo de uniones que se constituyen como alternativa al matrimonio, no a la familia. Así, en determinados países noreuropeos, el número de uniones de hecho supera al de matrimonios, sin olvidar la importancia que en la creación de familias monoparentales está teniendo la procreación a través de técnicas de reproducción asistida o la adopción.

Ciertamente, como germen de la familia está también la adopción, incluso por persona soltera. No cabe duda que la adopción, por el vínculo de filiación que trae aparejado, genera, también, vínculos entre el adoptante y el adoptado y entre el adoptado y la familia del primero, pero ello no es óbice para que se mantengan vínculos familiares, a veces, con los parientes de sangre del adoptado<sup>557</sup>,

---

556. Vid. BAHR, H., DECHAUX, J-H, STIEHR, K. “Evolución de los vínculos familiares: padres e hijos adultos”, en la obra *¿Convergencia o divergencia?. Comparación de tendencias sociales recientes en las sociedades industriales*. Eds LANGLOIS, S, Y DEL CAMPO, S. Fundación BBV. Madrid, 1995.

557. Piénsese, v. gr., en la adopción por un cónyuge del hijo del otro, en qué situación quedan las relaciones el adoptado con los abuelos biológicos por parte del padre premuerto. Vid. DÍAZ ALABART, S. “La adopción del hijo del cónyuge del adoptante en el caso del fallecimiento del otro progenitor: un supuesto problemático”. En el *Libro Homenaje a D. Manuel Albaladejo*, Murcia. 2004.

al igual que ocurre al conocer la familia biológica<sup>558</sup>. También cabría hablar, de alguna manera, de “relaciones familiares” respecto de aquellas que se derivan de la mera convivencia en el ámbito familiar de los hijos de uno de los cónyuges con el otro cónyuge<sup>559</sup>, o v.gr. las que se derivan del acogimiento familiar.

Ciertamente, familias monoparentales, familias recompuestas o reconstituidas, o simplemente, relaciones familiares, van consolidando su legitimidad social y jurídica, articulándose como modelos familiares gracias al reconocimiento pluralista de esta importante institución y gozan, junto a modelos de familia más tradicionales, de una notable protección constitucional. Todas ellas tienen gran trascendencia al estudiar la mediación familiar, ya que, tanto en la práctica, como en las leyes de mediación vigentes, son las familias en sentido amplio y las relaciones familiares referidas las destinatarias de esta institución.

Como se desprende de lo anterior, la familia no es ajena a los cambios que se vienen produciendo en la sociedad<sup>560</sup>, y ella misma, como vemos, también está en continuo proceso de cambio, siendo muchos los conflictos que pueden surgir a lo largo de la vida de la familia, variando los sujetos y el objeto de la disputa, por lo que sus miembros deben enfrentarse a nuevos retos para adaptarse a las nuevas circunstancias<sup>561</sup>. Uno de los fenómenos que ha tenido un desarrollo importante a nivel internacional, y también en nuestro país, afectando de lleno a la familia es el crecimiento de la adopción.

---

558. Este aspecto, que ahora meramente apuntamos, volvemos a retomarlo posteriormente para incidir en la importancia que la familia, en sentido amplio, tiene para la mediación familiar.

559. Vid. en este sentido el interesante artículo de DÍAZ ALABART, S. “El pseudo “estatus familiae” en el Código civil. Una nueva relación familiar” *RDP*, 839-856.

560. Piénsese v.gr., en la incidencia que tuvieron en los cambios de las relaciones familiares que la Constitución, primero, y luego el Código civil admitieran y regularan la disolución del matrimonio por divorcio, o en la producida en 2005 relativa a matrimonio de personas del mismo sexo.

561. Sobre la necesaria reestructuración de la familia para adaptarse a sus tiempos, vid. el interesante artículo de OCHAITA, E., ESPINOSA, M.A. “Nuevas Relaciones en el Seno de las Familias de Finales del Siglo XX: las Relaciones entre Miembros de Generaciones Alternas”. *Infancia y Sociedad*, 29 (27-45). 1.995

La institución jurídica de la adopción tiene un amplio reconocimiento en nuestro Ordenamiento jurídico, evolucionando a lo largo de los siglos<sup>562</sup>, y siendo objeto de revisión, también, en los tiempos actuales. Los conflictos específicos que dicha filiación trae aparejada, junto a los cambios sociales, legislativos y jurisprudenciales que se están produciendo en torno a esta institución, lejos de ser ajenos a las familias, dan el marco de un nuevo contexto en el que adoptantes, adoptado, y, por qué no, familias biológicas, han de desenvolverse. La problemática peculiar que ello genera, y que, sin duda, requiere una respuesta global integradora y próxima a las partes, es campo especialmente abonado para la mediación familiar.

## **1.2.2. La evolución de la filiación adoptiva en relación con la integración familiar del adoptado en la familia del adoptante, la ruptura de vínculos con la familia biológica y el derecho a conocer el propio origen.**

### **1.2.2.1. Reconocimiento por las leyes de los vínculos familiares del adoptado. Etapas.**

Como sabemos, la filiación por naturaleza y la adoptiva gozan de plena equipa

---

562. HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: *Comentarios a las reformas del Código civil*. Coord. Bercovitz, 1993, págs 119-126, estudia los antecedentes históricos de la adopción; Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: La adopción del propio hijo natural reconocido. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 24; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV. Familia. Revisada por RAMS ALBESA, J. Ed. DYKINSON, Madrid, 2002, págs 389 a 392; O'CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho civil*. Tomo IV, Derecho de familia. Ed. Edersa, Madrid, 1999. pág. 261 a 263;; GARRIGA GORINA, M.: *La adopción y el Derecho a conocer la filiación de origen*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 21-26; GAMBON ALIX.: *La adopción*, Barcelona, 1960; CASTRO LUCINI: "Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción". ADC, 1966, págs 337 y ss, y 1968, págs 369 y ss; CANO REVERTE.: "La nueva adopción", en RDN, 1971, págs 7 y ss. RODRÍGUEZ CARRETERO.: La persona adoptada, Madrid, 1973; FUERTES ZURITA, J, Y AMORÓS MARTÍ, P.: "Teoría y práctica de la adopción". En DE PAÚL OCHOTORENA,J. Y ARRUBARRENA MADARIAGA,M.I. *Manual de protección infantil*. Ed. MAS-SON, S.A. Segunda edición, Barcelona, 2001, pág 471.

ración<sup>563</sup>, no obstante, hasta llegar a su configuración actual, la filiación adoptiva ha sufrido importantes transformaciones desde el Derecho romano hasta nuestros días. Así, y con relación a los vínculos existentes entre el adoptado y su familia biológica, se han pasado *distintas etapas hasta llegar a la plena integración del adoptado* en la familia del adoptante, y la ruptura de vínculos con la familia de origen<sup>564</sup>. Exponemos, a continuación, las más significativas:

- *En el Proyecto de Código civil de 30 de abril de 1851*, se incluyó la adopción en los artículos 133 al 141, inspirándose en el Derecho Justiniano, pero limitándola a la “minus plena”. En dicha regulación el adoptado no se integraba en la familia adoptiva, si bien tenía respecto de este derecho de alimentos y al uso de los apellidos, quedando sometido a la patria potestad del adoptante, pero sin adquirir respecto de éstos derechos sucesorios, conservándolos respecto de su familia de origen.

- La regulación de la adopción en el *Código civil de 1889* fue criticada porque era “híbrida y borrosa”, ya que ni creaba una relación paterno-filial, ni se protegía a los menores, ni a los huérfanos. En dicho sentido, el Código, en su redacción originaria, preveía un solo tipo de adopción de efectos muy limitados, y si bien atribuía la patria potestad al adoptante, no integraba al adoptado en la familia de éste, ni la desvinculaba de su familia de origen. Respecto al Proyecto de 1851, la regulación del Código introduce como principal novedad sustituir la intervención administrativa por la aprobación judicial para la constitución de la adopción.

---

563. El art. 108 C.c. dispone: “*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*”.

564. Vid. en este sentido DÍEZ-PICAZO, Y GULLÓN.: A. Sistema de Derecho civil, Vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Octava edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 276 a 278. y GARRIGA GORINA, M.: *La adopción y el Derecho a conocer la filiación de origen*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 21-25.

- Por su parte, *La Orden del Gobierno Republicano de 1 de abril de 1937*, sobre acogimiento de niños huérfanos o abandonados, recogió normas complementarias al Código con el fin, según su Exposición de Motivos, de imprimir a la Institución adecuada flexibilidad, reduciendo prohibiciones y simplificando el procedimiento, ante el aumento de niños huérfanos que la guerra había ocasionado.

- *La Ley de 24 de abril de 1958*<sup>565</sup>, reformó profundamente el Código civil en esta materia. La citada Ley de 1958 distinguió entre adopción plena y menos plena, atribuyéndolas efectos distintos. No obstante, incluso en la adopción plena, el adoptado conservaba derechos sucesorios y de alimentos, respecto de su familia natural, cuando no pudiera recibirlos del adoptante, si bien era el adoptante quien ejercía la patria potestad, y los deberes del adoptado eran con respecto a este.

- Posteriormente, *La Ley 7/1970, de 4 de julio*, de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil, sobre adopción<sup>566</sup>, si bien introdujo importantes reformas en esta institución, sin embargo, la integración del adoptado en la familia adoptiva no era total. Así, el vínculo de parentesco del adoptado plenamente se producía sólo con el adoptante, y aquél continuaba manteniendo sus derechos respecto de su familia de origen; por su parte, el adoptado de forma menos plena (que por esta Ley pasa a denominarse “simple”) continuaba conservando los apellidos de origen.

- Como consecuencia de la aprobación de la *Constitución española de 1978*, y la proclamación en su articulado del principio de igualdad de

---

565. BOE núm 99, de 25 de abril de 1958.

566. BOE núm. 161, de 7 de julio de 1970.

los hijos ante la Ley ( Art. 39-2 CE), y del principio de igualdad de las personas sin discriminación por razón de nacimiento (Art. 14 CE), fue necesario adaptar el instituto de la adopción a los principios propugnados por la Carta Magna. Dicho cometido se llevó a cabo a través de leyes trascendentales en la formulación del nuevo Derecho de familia; en dicho sentido, la *Ley 11/1981, de 13 de mayo*, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio<sup>567</sup>, que equiparó por primera vez la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva plena, posibilitando que el así adoptado se integrara de modo absoluto en la familia adoptante, desvinculándole de la familia de origen, a salvo algunos derechos sucesorios.

- El importante avance que respecto a la institución de la adopción supuso la Ley 11/1981 no fue suficiente. *La Ley de 21/1987, de 11 de noviembre*, (actualmente vigente, con las modificaciones introducidas por la Ley 1/1996) reformó la adopción modificando determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en dicha materia<sup>568</sup>. Entre las modificaciones más relevantes, destacan la equiparación de los hijos adoptados y los hijos por naturaleza, con base al principio del interés del menor; se regula un solo tipo de adopción, y se integra definitivamente al adoptado en la familia del adoptante, con la consiguiente ruptura de vínculos jurídicos del hijo adoptado con su familia biológica<sup>569</sup>. En dicho sentido, en el Preámbulo de la citada Ley se señala : *“Tales finalidades de integración familiar y de consecución con carácter prioritario, del interés del menor, son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adop-*

---

567. BOE núm 119, de 19 de mayo de 1981.

568. BOE, núm 275, de 17 de noviembre de 1987.

569. Salvo las excepciones previstas en el art. 178.2 C.c.

*tado mantenía con su familia anterior, y la creación ope legis de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los arts 108 y siguientes del Código civil”.*

- Por su parte, La última reforma de la adopción, por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor<sup>570</sup>, introduce importantes modificaciones en el ámbito de protección de menores para adaptarlo al marco de los Tratados Internacionales ratificados por España<sup>571</sup> y, consolidando el principio integración familiar del adoptado, lo incorpora de nuevo a la Ley, reconociéndolo expresamente en la Exposición de motivos<sup>572</sup>. Por tanto, tras las últimas reformas por las Leyes 21/87 y 1/96, el adoptado, a todos los efectos, es un hijo de la familia adoptiva, y esta relación jurídica familiar se comunica a todos los parientes del adoptante.

La plena integración del adoptado en la familia del adoptante, consagrando el principio prevalente del “interés del menor”, se ha traducido en nuestro ordenamiento jurídico en una ruptura de vínculos jurídicos (extinción de la patria potestad; alimentos, apellidos, sucesión legítima e intestada) con la familia anterior (ascendientes y colaterales del adoptado, ya sean biológicos o adoptivos), salvo ciertas excepciones; cobrando el principio de la reserva de actuaciones un papel preponderante en el proceso de adopción.

La ruptura de vínculos jurídicos, que se constituye en “ratio” determinante de que se prive al padre y a la madre biológicos del derecho a relacionarse con su hijo menor dado en adopción (ex art. 160 C.c.)<sup>573</sup>, no ha de llevar necesariamen-

---

570. La Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 (BOE núm 15, de 17 de enero de 1996).

571. Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M. Protección jurídica del menor. Ed. Montecorvo, 2001, Págs. 224-371.

572. Así, la Exposición de motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero, declara: “la consideración de la adopción como un elemento de plena integración familiar”.

573. Artículo 160 C.c.: “El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho

te a la de las “relaciones familiares”, en el sentido más amplio del término, ya que, de existir contacto previo, podría tratarse de allegados, con derecho de visita, y resultar aquéllas relaciones en beneficio del menor adoptado. Supuestos como la adopción del hijo del cónyuge hacen que se cuestione frontalmente la “necesaria” ruptura de vínculos jurídicos con la familia anterior (la del progenitor premuerto), para la plena integración del menor en su “nueva” familia, presumiblemente en su interés. Cuestión que puede incidir en el libre desarrollo de la personalidad del hijo<sup>574</sup>.

### 1.2.2.2. Algunas cuestiones relativas al derecho a conocer el propio origen.

En cuanto al derecho del adoptado para averiguar quiénes son sus progenitores biológicos, hay que tener en cuenta que el principio de la libre investigación de la paternidad es hoy una realidad reconocida ampliamente por nuestro Ordenamiento jurídico<sup>575</sup>, así, el art. 39-2 CE señala: “... *La ley posibilitará la investigación de la paternidad*”.

El principio constitucional de la verdad biológica<sup>576</sup>, que trata de hacer coin-

---

*de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.*

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias”.

574. Vid. *Infra*. Lo apuntado respecto a las nuevas tendencias en adopción.

575. La Compilación de Derecho civil de Cataluña, de 1960, en su artículo 4, ya recogía el derecho de los hijos a promover las acciones conducentes a la investigación de su filiación.

576. Con la excepción de la adopción, que justamente venía a consagrar lo contrario: una ficción jurídica. Igual que en la fecundación asistida con material genético ajeno. Vid. art. 8º.1. Ley 35/1988, de 11 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 116/1999, resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de reproducción asistida, declara en el F.J. 13 que “*es perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional la disociación entre progenitor biológico y padre legal*”. Vid. A este respecto el interesante artículo de RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La Constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la S.T.C. 116/1999, de

cidir la paternidad legal con la genética<sup>577</sup>, tuvo desarrollo en la Ley 11/1981 de 13 de Mayo, siendo junto con el principio de igualdad jurídica de todos los hijos, los que han informado dicha reforma. Concatenado al reconocimiento del mismo, el art. 767.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>579</sup>, señala: “*En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas*”<sup>580</sup>. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el principio de la libre investigación de la paternidad, en el caso de la adopción, tendría una finalidad distinta a la de hacer coincidir la filiación biológica y la legal, ya que al ser la adopción irrevocable, a pesar de que aquella quede determinada, no se vería afectada por este hecho<sup>581</sup>.

Ciertamente, hay que distinguir entre el hecho biológico y la familia legal, ya que no existe una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filia-

---

17 de junio, al AFFAIRE ODIEVRE”. *Familia. Revista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*. Giuffré Editore, marzo-abril-2004, págs 329 y ss

577. En la Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley 11/81, se hace referencia a que con este principio se separa la nueva regulación del Código civil, y se acerca a nuestro Derecho histórico, “más consecuente con la verdad biológica en la determinación de la paternidad y más abierto en cuanto a los deberes naturales de los progenitores (...) adaptándose a las exigencias de una realidad social cada vez más profundamente mudada en relación a la del tiempo pasado, tanto por los valores, cuya prioridad se ha ido reconociendo e imponiendo, como por los conocimientos biológicos alcanzados, que tan eficazmente pueden cooperar a la determinación de una paternidad cuestionada y a excluirla con certeza en algunos casos”.

578. El art. 127 del C.c. (actualmente derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero), consagró el principio de la libre investigación de la filiación, al establecer con carácter general que: “*en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas*”.

579. Téngase en cuenta que la Disposición Adicional Única 2.1ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, (BOE, núm. 7, de 8 de enero), deroga los arts. 127 a 130, el segundo párrafo del art. 134 y el art. 135 del C.c.

580. Según la STS de 19 de noviembre de 1985, se establece una amplia gana de medios para llegar a conocer la realidad genética, que permite a los Tribunales utilizar cualquier sistema de los previstos por la razón humana y en consonancia con la realidad social.

581. Sobre este extremo, Vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de enero de 1995, sobre la compatibilidad de la declaración de filiación con la situación de adopción; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1987, según la cual no obsta que el hijo haya sido adoptado por otra persona para el ejercicio de la acción de declaración de paternidad, y STS de 7 de diciembre de 1995, relativa a la identificación del origen de menores adoptados.

les reconocidas jurídicamente y las naturales derivadas de la procreación<sup>582</sup>; en cualquier caso, la adopción no puede eliminar la realidad biológica.

El derecho del adoptado a conocer su origen no está regulado expresamente en el Derecho común<sup>583</sup>, aunque se ha querido ver en el art. 180.4 C.c. “un caso de verosímil permisibilidad de investigación del origen biológico del adoptado, es decir, la posibilidad de buscar, investigar quiénes son sus progenitores, sin que ello afecte a su filiación jurídica, la adoptiva”<sup>584</sup>. Sin embargo, sí se reconoce dicho derecho de modo explícito en el Derecho civil especial y autonómico.

La Ley Catalana 37/1991, (cuyo Capítulo II fue derogado por la Ley 9/1998, del Código de Familia), ya señalaba en su art. 28<sup>585</sup>, que el adoptado, desde su mayoría de edad, puede ejercitar acciones para averiguar quiénes son sus progenitores biológicos, y no afectará a la filiación adoptiva<sup>586</sup>. El mismo reconocimiento expreso se contempla para el adoptado en *la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña* (BOE n° 198, de 19 de agosto de 1998)<sup>587</sup>.

582. Vid en este sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional : STC 289/1993 y la STC 114/1977.

583. Téngase en cuenta que ni siquiera los técnicos que formaban los *Equipos de Adopción*, tenían opiniones claras al respecto; Vid. AMORÓS, P. Y OTROS, “La búsqueda de los orígenes en la adopción”; *Anuario de Psicología*, n°71. 1996, Facultad de Psicología. Universidad de Barcelona. Págs 108.

584. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La Constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al *AFFAIRE ODIEVRE*”. *Familia. Revista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*. Giuffrè Editore, marzo-abril-2004, pág. 342, que señala que la acción para tal investigación es personalísima del adoptado y, en principio, ejercitable en cualquier tiempo por éste.

585. Norma que parece reproducirse en el Código de Familia de Cataluña. Vid. EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J. ; LAMARCA I MARQUÉS, A., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.(coord.): *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua : Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi...; Llei 10/1998, de 15 juliol, d'unions...; i Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions...* Tecnos, 2000.

586. Asimismo, se contemplaba dicho reconocimiento en la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley 37/1991, para adopciones en forma simple o menos plena: “*Las personas adoptadas en forma simple o menos plena pueden ejercer las acciones establecidas en la presente Ley a fin de indagar quiénes son sus progenitores biológicos*”.

587. Hay que tener en cuenta que el ejercicio de este derecho se facilita por el sistema de determinación de la maternidad, ya sea matrimonial o no, por el hecho del parto (ex art. 87.2. Código de Fam

Así, el art 129 de dicho Código dispone<sup>588</sup>:

*“1. La persona adoptada, a partir de la mayoría o emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido su padre y su madre biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.*

*2. El adoptado o adoptada puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado o adoptada es menor de edad.*

*3. El ejercicio de los derechos especificados en los apartados 1 y 2 se llevarán a cabo sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones<sup>589</sup>.*

En opinión de RIVERO HERNÁNDEZ<sup>590</sup> “Esta norma permite la búsqueda de la filiación biológica del adoptado, tanto en la vía y procedimiento administrativo (ante la entidad o servicio social que tuvo a su cargo el adoptado con anteriori-

---

lia). En este sentido señala GARRIGA GORINA, M. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de Origen*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2000, págs. 173-174. Que el art. 87.2 C.F. “es demostración clara de la opción del legislador catalán, en el sentido de prescindir de la voluntad de la madre en la determinación extrajudicial de la filiación materna y elimina cualquier duda, si la había, sobre la posibilidad de aplicar las normas de la legislación registral que permiten a la madre evitar la atribución del vínculo de filiación con su hijo o no constar en el parte médico de nacimiento”. A salvo queda, sin embargo, la acción de impugnación de la maternidad con base al art. 112 CF.

588. Sobre la aplicación del art. 129 del Código de Familia resulta de notable interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de abril de 2000. En la misma línea, el Auto de la AP Barcelona, 22 febrero de 1996, reconoce el derecho de la actora a tener información sobre sus orígenes biológicos en base al art. 39.2 CE que posibilite la libre investigación de la paternidad y el art. 28 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, debiendo primar dicho derecho sobre el derecho a la intimidad personal proclamado en el art. 18 CE.

589. Vid. a este respecto GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs 387 y ss, y EGEA I FERNÁNDEZ, et alter.: *Comentarios al Codi de família*, Tecnos, 2000.

590. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La Constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al AFFAIRE ODIEVRE”. *Familia. Revista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*. Giuffrè Editore, marzo-abril-2004, pág. 343.

dad) o jurisdiccional, sea ésta contra la decisión de la Administración, sea ante los tribunales civiles directamente”. Señala el autor, que en el último supuesto, lo que el referido artículo permite “no es una acción de filiación propiamente dicha (reclamación de esa relación jurídica), sino que sólo busca conocer la identidad de los progenitores (si no consta en el Registro civil). Por tanto, concluye “es meramente declarativa de esa relación biológica, pero no de una relación de filiación”<sup>591</sup>, y ello sin plazo de caducidad para su ejercicio por el adoptado<sup>592</sup>.

Como venimos señalando, las leyes de protección de menores, dictadas por las Comunidades Autónomas, también han plasmado explícitamente el derecho a conocer el origen, así, la *Ley 14/2002 de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*<sup>593</sup>, en su art. 45, al recoger los derechos especiales de los menores protegidos, señala:

*“El menor, en relación con la actividad de la protección de la Administración y junto a los derechos que el Ordenamiento jurídico y esta Ley reconocen a todos los niños, y adolescentes, será titular específicamente de los siguientes: K) A conocer, en función de su edad y capacidad, su historia personal y familiar, y , si ha sido separado de su familia de origen de manera definitiva, sus antecedentes culturales y sociales, que serán en todo caso respetados. Alcanzada la mayoría de edad, el derecho a acceder a su expediente y a conocer los propios orígenes, incluida entre éstos la identidad de la madre biológica, no tendrá*

---

591. Ciertamente, como señala GARRIGA GORINA, M. La adopción y el derecho a conocer la filiación de Origen. Op. cit, pág. 233-234, “En el caso de que se interpretase que las acciones son para la determinación,...no era necesario que se estableciese expresamente esta posibilidad ya que no hay en el resto de la legislación ninguna norma que impida al adoptado ejercitar acciones de filiación, como puede hacerlo cualquier persona que no haya sido adoptada”.

592. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La Constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al *AFFAIRE ODIEVRE*”. *Familia. Revista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*. Op. cit, loc. Cit. Vid. En este sentido GARRIGA GORINA, M.: La adopción y el Derecho a conocer la filiación de origen. Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, págs 236 y ss.

593. BOE, 17 de agosto 2002, núm 197.

*otras limitaciones que las derivadas de la necesidad de mantener el anonimato de las personas denunciantes de la situación de desprotección y de respetar los derechos legítimos de terceros”.*

Llama la atención que el derecho a conocer los orígenes se regule dentro del Título III de la Ley, “De la acción de protección”, atribuyendo a los menores protegidos la titularidad específica de tal derecho<sup>594</sup>, mientras que la regulación genérica del mismo, para todos los menores se recoja en el art. 14 de dicha Ley. Así, dentro del Título I de la Ley, que lleva por rúbrica “ De la promoción y defensa de los derechos de la infancia, el Capítulo II titulado: “Derechos específicos de especial protección y promoción”, al regular del derecho a la identidad de los menores en el art. 14, contempla en su párrafo 3 que: *“la efectividad en el ejercicio del derecho a conocer los propios orígenes debe ser garantizada en función de la edad del menor y de su capacidad para comprender y ha de hacerse compatible con el secreto que afecta a los expedientes que conducen al establecimiento de una filiación adoptiva”*<sup>595</sup>.

Esta duplicidad en el reconocimiento del derecho a acceder a los orígenes, que podría tener cierta justificación por la situación de desprotección social que

---

594. La Ley 14/2002 DE Castilla Y León, en su art.45,k , al atribuirle al menor en protección, específicamente, el derecho a conocer, *“en función de su edad y capacidad, su historia personal y familiar”*, parece referirse a personas bajo la tutela de la Administración, pero que no han roto sus vínculos jurídicos con sus progenitores, v.gr., menores acogidos. También se refiere la Ley a otro supuesto, y así, alude a la situación del menor que *“ha sido separado de su familia de origen de manera definitiva”, y a éste le reconoce el derecho a “acceder a sus antecedentes culturales y sociales”*. En este último caso, estaríamos ante un menor que podría ser adoptado, y que tendría derecho a conocer dicha condición; así, mientras el acceso a los antecedentes a que se refiere la Ley podría ser efectivo durante la minoría de edad del menor, el acceso a los orígenes, parece reservarse a la mayoría de edad, según se colige del referido artículo. *“Alcanzada la mayoría de edad, el derecho a acceder a su expediente y a conocer los propios orígenes, incluida entre éstos la identidad de la madre biológica, no tendrá otras limitaciones que las derivadas de la necesidad de mantener el anonimato de las personas denunciantes de la situación de desprotección y de respetar los derechos legítimos de terceros”*.

595. El secreto que afecta a los expedientes, entendemos que ha de interpretarse, de acuerdo con la “conveniente reserva” a que se refiere la Ley 21/87. Vid. Supra.

ocasionó la adopción, entendemos que podría ahorrarse, ya que el supuesto contemplado en el art. 45,k) podría subsumirse perfectamente en el reconocimiento amplio del derecho a la identidad de los menores, ex art. 14, cualquiera que sea la causa de que traiga su origen la filiación adoptiva<sup>596</sup>. No encontramos razón alguna para justificar que la Ley 14/2002, en el art. 108, al prever la regulación de servicios de mediación familiar, con la finalidad de ofrecer ayuda y orientación en la búsqueda de la información, y, en su caso, para preparar a las partes para el encuentro, haga referencia explícita al supuesto del art. 45,K, y no al del art. 14.3, de dicha Ley, que, por supuesto, debe gozar de igual protección para hacer efectivo dicho derecho.

Por su parte, *en Andalucía, el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre de acogimiento familiar y adopción*, dentro del Título II “De los Derechos de los menores en relación con el acogimiento familiar y la adopción”, dispone en su artículo 10, relativo a la información, en el núm.2, que: “*Al alcanzar la mayoría de edad, los menores adoptados tendrán derecho a acceder a un servicio de mediación conforme al procedimiento que se habilite al efecto, con la finalidad de conocer a su familia biológica y su historia personal*”. El citado precepto no reconoce directamente el derecho del adoptado a conocer los datos relativos a su filiación natural, sino que éste se encuentra implícito en el que se hace del derecho a acceder al servicio de mediación para facilitar el ejercicio de aquél<sup>597</sup>. Se

---

596. Identidad que alcanzaría, también, al conocimiento de la historia familiar y personal por parte de los menores que no han sido separados definitivamente de su familia de origen. Esta dicotomía parece subsanarse en el art 58.1 del *Proyecto regulador de la Comunidad de Castilla y León, relativo a la mediación en la búsqueda de los orígenes, (febrero 2004)* que se refiere al derecho de las personas adoptadas, sin especificar más. “*A fin de hacer efectivo el derecho que las personas adoptadas tienen, una vez alcanzada la mayoría de edad, a acceder a su expediente y a conocer sus orígenes...*”.

597. Aunque, como parece desprenderse de la redacción del 10.2, Decreto 282/2002, sólo se les reconoce el derecho al servicio de mediación a los mayores de edad, y nada se dice respecto de los menores con la autorización de sus representantes legales, en la práctica, en una interpretación amplia del precepto, si las copia del Expediente, según en qué provincias (vid. *Infra*), ofreciéndoseles el servicio de mediación familiar si desean entrar en comunicación con su familia biológica. En el caso de que el solicitante sea un adoptado menor de edad, se les exige autorización paterna para tener acceso a su expediente, pero igualmente se les permite el acceso al servicio de mediación, con dicha autorización,

refiere la Ley, también, al menor adoptado al llegar la mayoría de edad, cuando, debió referirse sólo al adoptado mayor de edad, que es al que parece reconocerle el derecho, y no al menor, salvo que hubiese previsto algún tipo de acceso a la información del adoptado durante su minoría de edad, como hace la Ley de Castilla y León.

Por último, el derecho a conocer el origen se contempla en los artículos 11 y 84 de la *Ley de Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia del País Vasco*. Así, se regula en su artículo 11 el derecho de los niños a conocer su identidad para lo cual han de quedar registrados desde su nacimiento<sup>598</sup>. Se impone en dicho precepto la obligación a los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho y, en particular:

*“velar por el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

- a) La identificación de la madre en el parte médico de nacimiento.*
- b) La inscripción de la filiación materna en el Registro Civil, que deberá extenderse de conformidad con la normativa registral.*
- c) La facilitación del acceso de las personas adoptadas a la información de la que disponga cualquier Administración Pública sobre su filiación de origen, en los términos regulados en el artículo 84 de esta Ley”.*

*Se establece, respecto al acceso a la información, la posibilidad de la mediación*<sup>599</sup>.

---

para proteger el interés del menor en estos supuestos. Según datos facilitados por el Servicio de Post-adopción de la Junta de Andalucía. (Abril 2004), es importante el número de adoptados, entre 12 y 20 años, que acuden a este servicio en busca de sus orígenes; en la mayoría de los casos, están apoyados por los padres, y derivados de los Servicios de Protección de la Infancia. Las personas que buscan a la madre biológica suelen tener más de 27 años. A veces se suspenden las búsquedas cuando se cree conculcado el sentimiento de lealtad hacia los padres adoptivos o se acrecienta el miedo al rechazo por los biológicos.

598.

599. Vid. *Infra*.

El art. 84 de la citada Ley reconoce a los adoptantes el derecho a obtener de la Entidad *“los datos que posea sobre el niño, niña o adolescente, tanto sobre su salud, su educación, como sobre otros aspectos atinentes al mismo, con la salvedad de las informaciones relacionadas con sus datos de filiación”*, para lo cual remite al derecho del hijo que puede ejercer junto a los progenitores en un proceso de mediación. De lo que se desprende que es el hijo el que tiene derecho a conocer, derivado de su personalidad<sup>600</sup>.

El derecho del adoptado a conocer su identidad es un derecho de la personalidad. Entendemos que el referido derecho tiene este carácter no sólo respecto a los adoptados, sino en general de todas las personas. Es decir, el derecho a conocer la identidad es un derecho esencial o fundamental al ser humano. En nuestra opinión, el derecho de la personalidad podría definirse como una manifestación, acaso la más importante, del derecho a la identidad. En efecto, el derecho a la identidad comprende tanto el derecho a la individualidad personal o identificación de la persona (un nombre y unos apellidos), como el derecho a la identidad “propriadamente dicho” o “stricto sensu”, entendido como el derecho a conocer los orígenes.

La consideración como derecho de la personalidad, encuadrable en la categoría de derechos fundamentales, encuentra un sólido apoyo jurídico. Así queda patente en los Convenios Internacionales ratificados por España (La Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (arts 7 y 8) y El Convenio nº 6 Comisión Internacional del Estado civil (CIEC), ratificado en nuestro país en 1984); en la Constitución española (arts 10,14, 15, 18.1º y 39); en la normativa española de aplicación general: Arts. 3 y ss de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor; en el Derecho civil especial (Código

---

600. Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L. LINACERO DE LA FUENTE, J.M., Coord: *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2006

de familia de Cataluña) y las leyes de protección de menores de las Comunidades Autónomas, que hacen un reconocimiento expreso: Castilla y León, Andalucía, Rioja, Ley del País Vasco...También resulta abalado por la reciente doctrina de la DGRN, la STS de 21 de septiembre de 1999 y la consecuente derogación de los arts 47 LRC y 167.2, 187 RRC, y, finalmente, por la línea jurisprudencial en materia de filiación (STS de 15 de septiembre de 2003, y STS 453/2004, de 27 de mayo), que da prioridad a la verdad biológica.

El derecho a conocer el origen biológico tiene como límite en su ejercicio el respeto a los derechos de los demás, y, en concreto, a la intimidad, del mismo modo que lo tiene por ejemplo la libertad de expresión. El referido respeto no se contradice en la actualidad con la exigencia de la constancia registral de la maternidad, en la línea de países como Alemania, Austria, Bélgica, Grecia o Portugal.

Se podría argumentar que los derechos fundamentales plasmados en la Constitución tienen carácter de “númeus clausus”, sin embargo, lo cierto es que el art. 10 de la CE al reconocer el “libre desarrollo a la personalidad”, permite que se contemple en su caso la regulación de derechos tradicionalmente no recogidos por la doctrina científica y los tribunales. Sin duda, la nueva línea jurisprudencial abierta respecto al reconocimiento de la identidad filiación legal-filiación biológica (STS 21 sep 1999), que derogó con una técnica cuestionable los arts 167, 182 RRC, se enmarca en un reconocimiento, primero jurisprudencial, (v.gr., STS 27 de mayo de 2004), y posteriormente legislativo, del derecho al conocimiento de los orígenes.

El que el derecho a conocer el origen biológico sea un derecho de la personalidad, hace que nos cuestionemos si la capacidad natural de los menores sería la exigible para ejercitarlo. Sin duda, el art. 162 C.c parece abrir una ancha puerta al reconocimiento de la actuación de los menores sin necesidad de la interven-

ción de sus representantes legales en aquéllas cuestiones relativas a los derechos de la personalidad<sup>601</sup>. En nuestra opinión, se puede considerar el derecho de las personas a conocer su origen biológico y a que su identidad personal quede definida, como un derecho principalísimo, quizá el más próximo al derecho a la vida y a la integridad moral. Está directamente relacionado con la dignidad personal y su esencia, así como con los derechos inherentes a la persona, por lo que merece la máxima protección jurídica y sanción legal.

El derecho a conocer el origen, al tratarse de un derecho de la personalidad, debe tener un reconocimiento uniforme en todo el Estado español, ya sea a través de una ley general (v.gr. Derecho al honor, intimidad e imagen, Ley de 4 de mayo de 1982) o, preferiblemente, modificando el Código civil en aquellas materias que se vieran afectadas al respecto, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, regulen el ejercicio del derecho a la identidad “*stricto sensu*” o conocimiento de los orígenes. Sería deseable, pues, la creación de un registro de ámbito nacional (téngase en cuenta que la creación y ordenación de los Registros públicos es competencia exclusiva del Estado ex art. 140 regla 8º CE), siguiendo el modelo inglés “*Adoption contact Register*” (que permite que las familias biológicas de los adoptados puedan expresar su deseo de saber sobre sus hijos, pudiendo inscribirse en él tanto los adoptados mayores de edad que deseen ser encontrados por su familia biológica, como las familias de origen y sus miembros), o la propuesta Francesa del “*Conseil pour la recherche des origines familiales*” (integrado por el Ministerio de Justicia y

---

601. En opinión de algunos autores, se trata de un precepto que constituye más bien una declaración de principios, siendo más el texto que la norma, así, argumentan que al igual que ocurre con otras declaraciones como las del artículo 7.2º de la L.O. 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, relativa al derecho de asociación del menor, que luego, al trasladarse a una regulación específica del derecho (Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, art.3) se ve restringida en el reconocimiento a la capacidad de actuar del menor. Por eso argumentan que al igual que ocurre en la mayoría de las legislaciones, sólo pueden ejercer el derecho a conocer el origen por sí mismo, los mayores de edad y los menores emancipados, lo que no impide que puedan llevarlo a cabo sus representantes legales en “interés” de los hijos menores

Asuntos Sociales que registraría la voluntad de los padres, conservaría las informaciones y llevaría a cabo los trabajos de mediación, en una línea más permisiva con las relaciones entre adoptados y familia biológica, respetando siempre la negativa de los padres biológicos a que se conozca su identidad).

El carácter secreto de la adopción conlleva que los datos relativos a la filiación adoptiva estén sujetos a un régimen de publicidad restringida, ex arts 21 y 22 RRC. Por ello, salvo que los solicite el adoptante o el adoptado mayor de edad, se exige autorización especial del Juez Encargado del Registro civil, que los concederá sólo a “quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada” para pedirlos<sup>602</sup>. El hecho de que los parientes por naturaleza del adoptado, incluidos los propios progenitores, sean asimilados a los terceros, hace que quede al arbitrio judicial la valoración de ese interés que, por disposición de la ley, aquéllos han de acreditar<sup>603</sup>.

Una cuestión que se suscita reiteradamente en este punto, es la posible colisión de dos derechos fundamentales: el derecho a la intimidad de la madre (art. 18 de la CE) y el derecho del hijo a conocer su origen, derecho que afecta a su dignidad y al desarrollo de su personalidad (art. 10.1 de la CE<sup>604</sup>)<sup>605</sup>.

---

602. El hecho de que el art. 22 del Reglamento de la Ley del Registro Civil se refiera exclusivamente a adoptados mayores de edad, parece descartar la posibilidad de que el menor adoptado pueda obtener la certificación literal de nacimiento, pudiendo pedirlo por él, en calidad de representantes legales, sus padres adoptivos. Sin embargo, y a pesar del silencio del art. 22 RRC, entendemos que el menor emancipado o habilitado de edad podría obtener la correspondiente certificación registral de conformidad con los arts.321 y 323 C.c., que a efectos personales equiparan el menor emancipado y habilitado al mayor de edad. En efecto, la emancipación o habilitación supone la extinción de la patria potestad o tutela, pasando el emancipado a regir su persona y bienes como si fuese mayor (arts 321 y 323 C.c.), con limitaciones de carácter exclusivamente patrimonial (art.323 C.c.). El Art. 129, de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, atribuye también el derecho al menor emancipado.

603. Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L.: “El Trabajo Social y los nuevos espacios para la mediación”, Colección Trabajo Social Hoy, Ed. Mira, Zaragoza, 2000.

604. El derecho a la dignidad humana está recogido en el art. II-61 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ([www.constitucion europea.es](http://www.constitucion europea.es)), que señala: “*La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.*”. Igualmente, se contempla en dicho documento, “el derecho de toda persona a acceder a los datos recogidos que la conciernan” (art.II.68.20).

En nuestro país, a pesar del sistema tradicional seguido que prescindía del principio “mater semper certa est” y, por tanto, posibilitaba la no constancia de la identidad de la madre, el reconocimiento del derecho a la identidad del niño desde el nacimiento, resulta de la legislación nacional de protección del menor, así como de los distintos instrumentos internacionales<sup>606</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo no 776/1999, de 21 de septiembre de 1999<sup>607</sup>, ha dado un giro copernicano a esta cuestión al declarar en su *Fundamento de Derecho* 5 la inconstitucionalidad sobrevenida del art 47 de la Ley del Registro civil, y sus concordantes 167.2, y 187 del Reglamento; dichos preceptos permitían a la mujer, por su sola voluntad, ocultar la maternidad y habían sido ampliamente criticados por la doctrina<sup>608</sup>.

En el camino hacia el reconocimiento del derecho del adoptado a conocer su

605. Cuando la filiación materna no consta, puede ser que no se inscribiera tal filiación porque la madre se hubiera amparado, en su día, en el derogado art. 167 del Reglamento del Registro Civil, que señalaba que “*El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad*”, o porque el parto no haya sido asistido por personal sanitario.

606. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, en su art. 8, recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar, que ha sido interpretado en reiteradas ocasiones, por el TEDH, como fundamento del “derecho a la información para comprender la propia infancia”. Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional ( Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/86 XL), en su art. 9 dispone: “*Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño*”.

607. STS nº776/1999, de fecha 21 de septiembre de 1999, Sala Primera, Ponente SR. D. José Almagro Nosete. Recurso de casación núm: 2854/1994. En el caso objeto de resolución, la actora, en su octavo mes de gestación, hizo renuncia anticipada del futuro hijo a favor de la Entidad Pública (Consejería de Asuntos sociales de la Junta de Andalucía), a los efectos de su guarda inmediata al parto, su acogimiento y su posterior adopción, que “consentía expresamente” para que adquiriera plena validez “transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del menor”, asimismo, manifestó su voluntad de ampararse en el secreto ex art. 167 RRC. Tras el parto, la madre arrepentida, ejercitó contra la citada Consejería y el Ministerio Fiscal, una acción por la que reclamaba su filiación materna, solicitando la entrega de la menor y la realización de las pruebas biológicas respecto de ésta.

608. RIVERO HERNÁNDEZ, “¿Mater semper certa est?. Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”. *ADC*, 1997, págs. 59 y ss.

origen, y en la búsqueda de alternativas para el ejercicio idóneo del mismo, hay que destacar la importante *Recomendación del Defensor del Pueblo, de 14 de octubre de 1999 al Ministerio de Justicia*. En ella se señalaba que, ante el incremento de demandas planteadas ante el Defensor del Pueblo de ciudadanos que desconociendo la identidad de sus padres biológicos, al llegar a la mayoría de edad, o más tarde, deseaban conocer sus orígenes, datos médicos y culturales de su familia, e incluso la identidad de sus progenitores, con el fin de poder establecer contacto con ellos, se inició una investigación. Para ello, y dado que este asunto engloba distintos aspectos de carácter legal y social y podrían verse afectados intereses contrapuestos, se solicitó informe a la Secretaría de Estado de Justicia, y a la Secretaría General de Asuntos Sociales. El informe que remitió el primer Órgano, resaltaba que las actuales normas registrales eran conformes al principio constitucional de intimidad y no implicaban indefensión, por lo que no se observaba la necesidad del establecimiento de ninguna norma complementaria en esta materia, sin embargo, el criterio de la Secretaría General de Asuntos Sociales, fue que “seguir manteniendo el derecho de la madre a permanecer en el anonimato está ya desfasado”<sup>609</sup>.

El documento del Defensor del pueblo reconoce la necesidad de que el derecho a conocer el propio origen biológico, como derecho a la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, deberá ser ponderado judicialmente, en caso de conflicto con el derecho de la madre a su intimidad, y así ha de quedar reflejado en nuestro ordenamiento jurídico, que debe impedir que aquel derecho quede vacío de contenido o condicionado por la protección absoluta del derecho individual de la madre a mantener su intimidad. A consecuencia de lo anterior, *Recomendaba* que se valorara la oportunidad de promover las iniciativas legales oportunas para modificar los arts 47 de la Ley del registro Civil y 167 del Reglamento para la aplicación de dicha Ley, para asegurar que, con el debido control

---

609. Vid. documento del Defensor del pueblo, de 14 de octubre de 1999.

judicial, queden tutelados tanto el derecho de los progenitores a su intimidad como la legítima pretensión del hijo de conocer sus orígenes, sin perjuicio de mantener y reforzar las garantías para la limitación del acceso a los datos que pudieran afectar al derecho a la intimidad personal, modificando, en su caso los arts. 21 y 22 del Reglamento, antes citado.

La Recomendación, pide, también, “que se valore la oportunidad y conveniencia de regular el derecho a acceder a la historia personal, a través de los expedientes de protección de menores, *para permitir que se establezcan procedimientos de mediación que, en su caso, pudieran facilitar el encuentro de los padres biológicos, y sus hijos, previo consentimiento de ambos, todo ello garantizando suficientemente el derecho a la intimidad personal*”.

En respuesta de todo lo expuesto, y acatando la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente recogida, la Orden de 10 de noviembre de 1999 sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil, recoge dos innovaciones fundamentales: la primera consiste en suprimir la referencia marginal al párrafo 20 del art 167 del Reglamento del Registro Civil, que permitía a la madre, por su sola voluntad, ocultar la maternidad, lo que vulneraba el derecho fundamental del hijo a conocer su identidad biológica, y la segunda consiste en la introducción de dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre, con la misma finalidad de reforzar la identidad biológica del nacido<sup>610</sup>.

---

610. Téngase en cuenta, que, como señala dicha Orden, ante la urgencia de la práctica de la inscripción de nacimiento no serán obstáculos que impidan dicha inscripción, ni el hecho de que en el parte médico consten en blanco los espacios destinados a reflejar los datos de la madre, si es que esta no ha podido ser identificada, ni la circunstancia de que por cualquier causa no se hayan podido recoger las huellas dactilares del hijo y de la madres. Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M.: Derecho del Registro Civil, Ed. Cálamo, Barcelona, 2002. págs 99-100.

Esta Orden ha sido ya puesta en tela de juicio, apuntándose desde alguna Institución que puede haber un aumento de mujeres que den a luz bajo identidad falsa, o que puede aumentar el número de renunciadas al hijo por vía no deseable. En este sentido hay que tener en cuenta, que, comparando un

### 1.2.3. Nuevas tendencias respecto a la adopción.

Las nuevas corrientes en torno a la adopción están poniendo de manifiesto planteamientos más abiertos de la misma, que llevan a pesar en un “nuevo modelo de institución familiar”. Así, señalan FUERTES ZURITA Y AMORÓS MARTÍ<sup>611</sup>, que “en contra del secretismo con el que se ha tratado, hasta hace relativamente poco tiempo, el hecho de la adopción, se reconoce el derecho del niño a conocer su pasado y sus orígenes. Por tanto, -señalan- las familias adoptivas tienen que estar dispuestas a proporcionar al niño información acerca de la adopción, y para ello pueden necesitar apoyo y formación”. También afirman, “Se ha avanzado en el reconocimiento de la adopción como un hecho que puede afectar a las personas implicadas a lo largo de su vida, y se reconoce que los padres adoptivos se enfrentan a dificultades que no son comunes a los demás padres, así como que los adoptados pueden presentar problemas muy específicos relacionados directamente con el hecho de la adopción”<sup>612</sup>.

Otros cambios importantes que se van presentando en torno a esta institución

---

sistema como el Francés, en que se admite el secreto de la maternidad, con el modelo Alemán, donde no puede desconocerse este hecho, no se puede demostrar que el número de infanticidios y abandonos salvajes, que podrían justificar el secreto de la maternidad, sea menor en aquél país que en éste. Sobre los datos estadísticos relativos a infanticidios se pronuncia, también, RIVERO HERNÁNDEZ, F. : “La Constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al AFFAIRE ODIEVRE”.Op. cit, pág. 346, señalando que de ellos se deduce que no es mayor el número de infanticidios y abortos por aquella causa en los países en que la maternidad queda determinada automáticamente por la inscripción del nacimiento, que en los que esto no ocurre, citando a MASSIP, Les modifications apportes au droit de la famille par la loi de 8 de janvier 1993, Defrénois, 1993.634.n.29 (que refiere su análisis a Alemania, Suiza, Bélgica y Países Bajos).

611. Vid. FUERTES ZURITA,J, Y AMORÓS MARTÍ, P. “Teoría y práctica de la adopción”. En DE PAÚL OCHOTORENA,J. Y ARRUBARRENA MADARIAGA,M.I. *Manual de protección infantil*. Ed. MASSON, S.A. Segunda edición, Barcelona, 2001, págs 472 a 475.

612. Sobre el análisis de la dinámica familiar en torno a la adopción y la comparación de los niños adoptados con sus compañeros actuales, con niños semejantes a ellos en su origen y con niños institucionalizados, Vid, la importante investigación llevada a cabo por PALACIOS, J. ET ALTER, *La adopción en Andalucía*. Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales. Dirección General de Atención al Niño. Sevilla,1997. Vid. interesante bibliografía que contiene a este respecto (págs. 161 a 164).

son que junto a una nueva tipología de niños susceptibles de adopción<sup>613</sup>, cada vez se presentan con mayor fuerza una nueva tipología de adoptantes, como personas solas y homosexuales. Asimismo, cada vez cobra mayor auge el movimiento a favor de la adopción abierta. En efecto, en países como Estados Unidos la adopción puede ser abierta, o semiabierta, permitiéndose cualquier forma de contacto entre la familia adoptante y la biológica, (cartas, fotos, encuentros antes del nacimiento, participación conjunta al recibir los adoptantes al bebé<sup>614</sup>, o encuentros en los años posteriores). Este tipo de adopción, que tiene distintos niveles, admite relaciones de un modo claro entre la familia biológica, generalmente la madre, y la adoptiva. Por tanto, se mantiene, total o parcialmente, la vinculación del adoptado con su familia biológica<sup>615</sup>.

No le falta razón a ROZENBLUM DE HOROWITZ<sup>616</sup> al afirmar que “La adopción abierta, en cualquiera de sus modalidades, brinda un marco de respeto por los antecedentes y equipara al adoptado con el resto de la población al evitar cortes

---

613. Piénsese en el auge, en los últimos años, de las adopciones internacionales. Respecto a ellas se enfatiza la importancia de que el niño desarrolle una identidad racial y étnica fuerte, existiendo la preocupación por estudiar cómo afecta este tipo de adopciones al ajuste psicológico del niño y al desarrollo de su identidad. Junto a las adopciones internacionales, hay que tener en cuenta que el fenómeno de la inmigración ha supuesto que nazcan muchos niños en nuestro país, hijos de estas personas que, al llegar a España, en muchos casos carecen de medios para mantenerlos. Vid. noticia de EL PAÍS, jueves, 12 de febrero de 2004 “La mitad de los 244 bebés adoptados en los últimos cinco años son hijos de inmigrantes”. La procedencia de los padres de los menores dados en adopción en la Comunidad de Madrid, era en su mayoría Latinoamérica, o África (subsaharianos).

614. En la modalidad de adopción abierta completa, en muchos casos son los padres biológicos quiénes seleccionan a los adoptantes de su hijo a partir de información facilitada por la agencia, o elaboran un perfil de los adoptantes ideales para su hijo o hija. Vid. ROZENBLUM DE HOROWITZ, S. “Adopción abierta y mediación”, en la revista de Derecho de Familia, núm 12., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs 115.

615. Señala RIPOL-MILLET, A. “Familias sustitutas, acogimiento familiar, adopción. Tendencias internacionales”. *Los servicios Sociales en la Atención a la Familia*. INSERSO. Madrid, octubre 1994, que el estado de Victoria, en Australia, regula en su nueva ley de adopción que ésta debe ser abierta siempre que ello sea posible; establece, también, que el contacto con la familia natural sea continuado y que ésta deba dar su consentimiento para que el adoptado abandone el país.

616. Vid. el interesante estudio de ROZENBLUM DE HOROWITZ, S. “Adopción abierta y mediación”, en la revista de Derecho de Familia, núm 12., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs 115-125.

bruscos de historia vital”<sup>617</sup>, y aunque, como señala la autora, al adoptado le quedarán aún preguntas sobre las razones de su entrega en adopción, “el contacto entre biológicos y adoptivos es también la muestra del cuidado continuo recibido, y de haber sido “entregado”, no “abandonado”.

En opinión de RIPOL-MILLET<sup>618</sup> “Los beneficios de la adopción abierta alcanzan a niños y familias. En cuanto a los niños mejora los frecuentes problemas de identidad (mi padre, mi madre, mi historia), suaviza la no aceptación del hecho de haber sido adoptados/”des-adoptados” por sus padres biológicos (pueden preguntar, protestar, elaborar) y alivia los casi inevitables sentimientos de rechazo que experimentan las personas que han sido dadas en adopción. Los padres adoptantes también se benefician de la adopción abierta: les permite una mayor aceptación del hecho diferencial entre filiación adoptiva y natural, aun cuando deban previamente superar el miedo a la competencia con los padres biológicos por el afecto del adoptado”, en cuanto a los padres biológicos, señala el autor que “pueden evitar de esta forma gran parte de los sentimientos de pérdida, dolor, angustia, culpa que suelen tener al cabo de los años después de haber autorizado la adopción de un hijo. Pueden también avanzar en la satisfacción de la necesidad de saber que su hijo comprende las razones que les llevaron a tal decisión”.

En España, aunque no existe aún un debate abierto sobre el tema, “cada vez

---

617. Preguntas a las que solo la madre tiene respuesta, y que no se han hecho constar en el Expediente administrativo, quedarán sin contestar si ella no transmite la información.

618. RIPOL-MILLET, A. “Familias sustitutas, acogimiento familiar, adopción. Tendencias internacionales”. *Los servicios Sociales en la Atención a la Familia*. INSERSO. Madrid, octubre 1994. Vid. la interesante bibliografía sobre este tema citada por el autor: DOMINICK, C. “Early contact in adoption: contact between birth mother and adoptive parents at the time of and after the adoption”, *Research Series n° 10*, Wellington: Department of Social Welfare.1988; ETTER, J. “Levels of Cooperation and Satisfaction in 56 open adoptions” *Child Welfare*, 3, 257-267. 1993; SACHDER, P., “Adoption, reunion and after: a study of the search process and experience of adoptees” *Child Welfare*, vol. LXXXI, n°1, enero-febrero, 1992; ROMPF, E.L., “Open adoption: what does the average person think”. *Child Welfare*. 1993.

son más profesionales los que se encuentran en situaciones en las que es necesario que el niño en un acogimiento preadoptivo mantenga relación con otros familiares significativos para él y que este derecho le sea mantenido, una vez formalizada la adopción”<sup>619</sup>. Comparto con los autores algunas de las ventajas que se desprenden de este modelo de adopción, y especialmente, como señala TRISELIOTIS<sup>620</sup>, cuando los adoptados han vivido un tiempo más o menos largo con sus padres naturales, ya que “la ruptura radical con la familia de origen tiene efectos negativos tanto para los niños como para su progenitores”. Sin embargo, no dejamos de reconocer que entre las objeciones que pueden hacerse destacan la posible “influencia” de los padres biológicos sobre el hijo, el temor a que los contactos puedan confundir al niño e impedirle sentirse miembro “de pleno derecho” de la familia que lo adoptó, cuestionándose aún más su sentido de identidad y pertenencia, y originándole en mayor medida conflictos de lealtad, aunque, como bien señala TRISELIOTIS, “los problemas surgen normalmente cuando los adultos implicados en la situación manejan el tema del acceso y de las visitas de forma hostil y rencorosa”<sup>621</sup>. Por ello, un apoyo importante por los técnicos de la Administración ayudarían a solventar muchos de estos problemas.

Es incuestionable que la adopción, en las últimas décadas, está siendo objeto de importantes transformaciones, tanto en el terreno técnico como en el legal, que indudablemente han alcanzado a España. Ciertamente, la adaptación a las nuevas corrientes occidentales ya están suponiendo en nuestro país debates so-

---

619. Vid. FUERTES ZURITA, J, Y AMORÓS MARTÍ, P. “Teoría y práctica de la adopción”. En DE PAÚL OCHOTORENA, J. Y ARRUBARRENA MADARIAGA, M.I. *Manual de protección infantil*. Ed. MASSON, S, A. Segunda edición, Barcelona, 2001, Pág. 474.

620. TRISELIOTIS, J. *Open Adoption: The Philosophy and practice*. Londres (1991). Un capítulo del libro ha sido traducido por CUSO, M, y publicado en RTS, núm, 30, junio 1993, págs. 17 a 30.

621. Sin embargo, como señala TRISELIOTIS, J. Op. Cit, pág. 21, citando un estudio de DOMINICK, “los padres adoptivos que conocieron a los padres biológicos, casi la mitad dijeron que el encuentro les había ayudado a construir la relación con su hijo y el resto dijeron que el encuentro no la había obstaculizado”.

ciales que, sin duda, traerán aparejadas reformas legislativas<sup>622</sup>.

Entre las líneas de actuación que se vienen planteando para un posible desarrollo de la adopción destacamos las siguientes: ir hacia modelos de adopción más abiertos y flexibles; contemplar una participación más activa de la familia biológica en el proceso de adopción; regular los procedimientos de acceso de los adoptados a la información de su origen; incorporar procedimientos de selección con mayor fundamento en la formación, creando servicios de búsqueda de familias adoptivas para niños con necesidades especiales; establecer servicios de postadopción, y específicamente de mediación, que canalicen y faciliten el ejercicio del derecho a conocer el origen de los adoptados, y el encuentro entre el adoptado y su familia biológica si es la voluntad de ambos. En cualquier caso, como señalan FUERTES ZURITA Y AMORÓS MARTÍ<sup>623</sup>, “lo más importante es que los legisladores, el sistema judicial, la administración y los técnicos sean receptivos a las nuevas demandas que vayan surgiendo y traten de buscar nuevas soluciones que, en el marco de la primacía del interés del niño, sean sensibles y respetuosas con los derechos y las necesidades de todas las partes implicadas”.

## **1.2. LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA GLOBAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES: CONCEPTO Y PRINCIPIOS**

### **1.2.1. Hacia la construcción de un concepto de mediación familiar y su aplicación al ámbito de las adopciones.**

Resolver conflictos, conciliar, mediar o, simplemente, ayudar a que las contro-

---

622. La adopción por parejas de homosexuales es uno de los debates que más se están produciendo en estos momentos, con una importante decisión política de que tenga respaldo legal.

623. Vid. FUERTES ZURITA, J. Y AMORÓS MARTÍ, P. “Teoría y práctica de la adopción”. En DE PAÚL OCHOTORENA, J. Y ARRUBARRENA MADARIAGA, M.I. *Manual de protección infantil*. Ed. MASSON, S.A. Segunda edición, Barcelona, 2001, Pág. 475.

versias puedan ser resueltas por las mismas partes implicadas, es una de las actividades humanas implícitas en todas las formas sociales de relación, por eso, todas las culturas y países disponen de formas tradicionales de gestionar, más o menos pacíficamente sus conflictos. Sin embargo, es importante reflexionar sobre el hecho de que a estas formas tradicionales se van incorporando, cada día con mayor fuerza, otras relativamente nuevas, debido a las ventajas que presentan<sup>624</sup>. Así, el concepto moderno de mediación y, en concreto, de mediación familiar en España, es relativamente reciente y viene íntimamente vinculado a los cambios sociales y jurídicos de los años 70, siendo un hito fundamental la Constitución española de 1978.

Hablar de mediación es referirnos a un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario, confidencial, facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atienda, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados<sup>625</sup>.

La mediación familiar tiene un encaje idóneo en el Derecho de familia, al concurrir éste por cauces donde la persona, sus relaciones, y el ejercicio de sus derechos están íntimamente vinculados al principio de personalidad. Así, actualmente, las relaciones familiares han pasado a ser contempladas como medios para el desarrollo de la personalidad individual, y, por lo tanto, en relación

---

624. V.gr. descongestionan los Tribunales, economizan tiempo, incrementan la participación de los actores y con ello su responsabilidad, posibilitando relaciones posteriores y complementan el procedimiento jurisdiccional mejorando el acceso a la justicia.

625. Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L. Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el Derecho de familia. Ed. Reus. 2006.

directa con el art. 10 de la CE; por ello, el papel de la voluntad individual en su nacimiento y contenido cobra nuevas dimensiones, sirviendo el Derecho como garante del orden público constitucional en este ámbito<sup>626</sup>.

Sin duda, el Derecho de familia es uno de los campos en los que se ha puesto de manifiesto, en mayor medida, la intervención de la Administración, al considerarse que la función social que ejerce la familia hacía necesario un mayor control. En la familia confluyen individuo y sociedad, dada la innegable trascendencia de esta institución para configurar el Estado, y ambos han de merecer la debida protección y reconocimiento en nuestro Ordenamiento jurídico. No se puede dejar de reconocer, pues, la relevancia que para el Derecho tienen las personas que componen la familia y sus derechos fundamentales, que no quedan reducidos por el hecho de constituirla o formar parte de ella. Ciertamente, una de las finalidades básicas del Estado es que los ciudadanos desarrollen libremente su personalidad y la familia cobra un mayor sentido dentro de ese marco. Sin embargo, tampoco se puede dejar de proteger de una forma específica la institución familiar, habida cuenta de la trascendental función que cumple.

En efecto, cabe hablar de la importancia que, cada vez más, va adquiriendo la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, tal como se pone de manifiesto a través de los siguientes factores: los nuevos modelos de familias admitidos social y jurídicamente, a los que se puede optar voluntariamente, que están estructurados con base a criterios más igualitarios y se rigen por pactos internos en vez de por decisiones impuestas<sup>627</sup>; la pérdida de importancia social

---

626. Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ. *El Derecho civil a finales del siglo XX*. Ed. Tecnos. Madrid, 1991. págs 133-134.

627. El principio de igualdad de los miembros de la familia, que tras su desarrollo constitucional cabe predicarlo, principalmente, de las relaciones entre los cónyuges en el gobierno y dirección de la familia y de los derechos y deberes derivados de la patria potestad, ha posibilitado la introducción y sucesiva implantación de la mediación familiar en España en el ámbito de las crisis matrimoniales y de pareja y, por extensión, también ha propiciado la aplicación de la mediación familiar a otros contextos como los sucesorios, obligación de alimentos, o los derivados de conflictos en la adopción, incluido el encuentro del adoptado con su familia biológica.

de las condiciones familiares en relación con los estados civiles, y una cierta tendencia a convertir el tema familiar en materia esencialmente privada con menor trascendencia social<sup>628</sup>. Por otro lado, la sanción por el derecho privado de la importancia de la voluntad de las partes para llegar a acuerdos, así como el necesario reconocimiento de la capacidad que tienen los particulares para dar respuestas por ellos mismos al conflicto que les mantiene enfrentados, si bien en muchos casos coadyuvados por terceros, hace que el Derecho civil, y por ende el Derecho de familia, haga del individuo y de sus relaciones el centro de interés. Así, no habría inconveniente alguno en hablar no sólo del negocio jurídico de derecho de familia, sino, especialmente, de los pactos posibles en el Derecho de familia, pactos que tienen mayor viabilidad a través de procedimientos de mediación.

No cabe duda de que las ventajas implícitas en el proceso de mediación y la protección que desde el mismo se le ofrece al “interés del menor”, han determinado que esta figura haya tenido un lento pero progresivo reconocimiento y desarrollo, auspiciado por la Administración en sus tres vertientes (Central, Autonómica y local), y ello, en cumplimiento del mandato de protección a la familia contenido en el art 39.1 de la CE y dentro del sistema de competencias transferidas. Así, la institución mediadora en España, al igual que ocurre en los países de nuestro entorno<sup>629</sup>, ha tenido reflejo en distintos cuerpos legales.

---

628. Vid. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. Derecho de familia .Derecho de sucesiones. Octava edición. Tecnos, Madrid. 2002. Pág. 44.

629. Así, en algunos países existen leyes específicas en la materia (v.gr. Ley Belga de 19 de febrero de 2001(L 2001-02-19/39), relativa a la mediación en el marco del procedimiento judicial, parcialmente derogada por la Ley de 21 de febrero de 2005, modificadora del Código judicial en los ámbitos de mediación, así como la Ley Austriaca de mediación de 2003); otros incluyen la referencia a la mediación a través de remisiones en normas procedimentales (v.gr, en Francia, en el Nuevo Código de Procedimiento Civil, artículos 131-1 a 131-15) o sustantivas (Art. 255 del Código civil Francés, modificado por la Ley de divorcio de 26 de mayo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005 o la Family Law Act de 1996 ). Sobre el desarrollo de la mediación y el resto de las ADR en Derecho comparado, vid. Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L. *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el Derecho de familia*. Ed. Reus. 2006.

La Ley 1/2001 de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, introduce la mediación familiar en España como institución jurídicamente normada<sup>630</sup>, a ella le han seguido, hasta el momento, otras leyes en las Comunidades Autónomas de Galicia<sup>631</sup>, Valencia<sup>632</sup>, Canarias<sup>633</sup>, Castilla-La Mancha<sup>634</sup>, Castilla y León<sup>635</sup>, tomando todas como referente fundamental la R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar, y los principios que la inspiran<sup>636</sup>. Sin embargo, ha sido la 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. 09-07-2005), la que ha introducido la mediación en nuestro Código civil, apostando por un mayor protagonismo de las partes<sup>637</sup>.

Realiza el Código civil un intento de definición de la mediación en la Exposición de la referida Ley, aludiendo a valores como la comunicación en las relacio-

---

630. Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar (DOGC n° 3.355, de 26 de marzo de 2001) y Dec.

631. Ley 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia, B.O.E. n°. 157 de 2 de julio de 2001.

632. Ley 7/2001, de 26 de noviembre DOGV n° 4138, de 29 de noviembre de 2001.(BOE n° 303, 19 diciembre 2001).

633. BOE n° 134, de 5 de junio de 2003 y Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar.

634. Ley de la C.A. de Castilla-La Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar. B.O.E. 25-08-2005.

635. Ley de la C.A. de Castilla y León, marzo 2006 (Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León n°247, de 3 de abril).

636. A esta misma Recomendación (98) 1, adoptada por el Comité de Ministros en la reunión 616 de los Delegados de Ministros celebrada el 21 de enero de 1998, parece remitirse la 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, cuando en su Disposición final tercera dispone: "El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas".

637. En este sentido, la Exposición de motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio, dispone: "...Las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio. La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas".

nes familiares para minimizar las consecuencias de las crisis matrimoniales, y como recurso para garantizar el interés del menor en los conflictos familiares, haciendo hincapié en los principios que rigen la institución mediadora. Así, dispone:

*“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, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral”.*

De todo lo anterior, podemos colegir el interés del legislador por la mediación como una deseable forma de resolución de conflictos familiares, dando cumplimiento al mandato constitucional de que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, ex art. 39 CE.

Las Comunidades Autónomas tienen en alta consideración la institución de la mediación familiar, conceptuándola como un instrumento de paz social en apoyo a la familia, con capacidad de promover la participación ciudadana en la Administración de justicia. Todas coinciden en definirla como un proceso voluntario, extrajudicial, complementario a la vía jurisdiccional, a pesar de que puede utilizarse en evitación de ella, dirigido a la solución de conflictos familiares.

El mediador es, ciertamente, pieza clave en este proceso, careciendo de poder de decisión. Actúa desde el máximo respeto a las partes y a la autonomía de éstas, en cumplimiento de los principios rectores de la mediación, tratando de facilitar la comunicación entre aquéllas a fin de que adopten un acuerdo satisfactorio para ambas, duradero y estable.

Junto al *mediador*, figura que se define fundamentalmente a través de los principios que rigen su actuación, *las partes* constituyen el elemento subjetivo del proceso de mediación. Por tal hay que entender a los miembros de un sistema familiar que entran en conflicto respecto a una cuestión de derecho disponible (cónyuges, parejas de hecho, padres-hijos, hermanos, abuelos...), según se desprende de la consideración amplia que de la mediación familiar tienen las leyes, al seguir el camino abierto por la R (98) 1, que contempla una mediación global no circunscrita al ámbito de las crisis matrimoniales o de pareja.

Así, la mediación familiar tiene aplicación en *los ámbitos* que, dentro de la órbita familiar, permitan la actuación de la autonomía de la voluntad de las partes. Por tanto, este sistema facilitaría la posibilidad de llegar a acuerdos en los negocios jurídicos de derecho de familia dirigidos a constituir, modificar o extinguir una relación jurídica familiar, con el límite de que estén sometidos a la ley, a la moral y al orden público. Alimentos, emancipación, capitulaciones matrimoniales, algunos efectos personales del matrimonio como la elección del domicilio, el convenio regulador en crisis matrimoniales o de pareja con hijos, el derecho de visita con abuelos y otros parientes del hijo menor y ciertas cuestiones relativas a instituciones tutelares y a adopción, como a continuación expondremos, pueden beneficiarse de este proceso no adversarial de resolver los conflictos<sup>638</sup>.

En efecto, La filosofía que subyace en la mediación no sólo es conveniente, sino

---

638. Aunque sea factible desarrollar la mediación en los ámbitos señalados, esta institución no es una panacea, por lo que en supuestos de malos tratos estaría "vedada" (Vid. Ley 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Art. 44.50), y en el caso de que una de las partes tenga afectada de un modo determinante para el buen desarrollo del proceso y del resultado su capacidad volitiva o psíquica, podría ser conveniente, e incluso necesario, que otros profesionales intervinieran antes de comenzar la mediación. Por lo tanto, este proceso sólo tendrá lugar si se trata del recurso idóneo para el caso concreto, no sólo a petición de las partes, sino, también, bajo el criterio del mediador, que en el caso de que valore la imposibilidad de negociar desde la igualdad en el sentido amplio del término, u otra circunstancia que lo desaconseje, habrá de desistir de este modelo de intervención.

también deseable que se amplíe a otros contextos familiares, siendo la adopción uno de los ámbitos en los que consideramos muy conveniente aplicar los beneficios que se derivan de aquélla. Sin embargo, ha de observarse que partimos para ello de un concepto amplio de familia, de relaciones familiares, que también vincula a los allegados, proponiéndose una nueva mirada a la institución.

ROGEL VIDE<sup>639</sup>, utiliza un argumento, que compartimos, para justificar las visitas de los hijos adoptados, o, en su caso, acogidos por otro. Los progenitores, señala el autor, serán en la mayoría de los casos “allegados” a un muy alto nivel del adoptado y, en tal sentido, podrán ser titulares de un derecho de visita ex art. 160-2º: “*No podrán impedirse sin justa causa, las relaciones personales entre el hijo y otros parientes o allegados*”<sup>640</sup>. Por tanto, los argumentos que se pueden utilizar, principalmente, en favor de que los padres por naturaleza puedan solicitar relaciones personales con el hijo adoptado por otro, si bien de modo excepcional, serían tanto el amparo del término “allegados”, como el art. 178.2 C.c., que contempla dos excepciones a la ruptura de vínculos jurídicos entre adoptados y familia anterior.

Al margen de los argumentos referidos, para considerar que no puede hablarse de una negación absoluta del derecho de relaciones personales entre padres o familia biológica e hijos adoptados, debería invocarse, precisamente, “el derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, derecho que, como hemos expuesto, tiene un amplio reconocimiento legal, tanto en Tratados Internacionales sobre protección de menores, ratificados por España, como en la Constitución española (arts 10,14,39.2) y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protec-

---

639. Vid. ROGEL VIDE, C.: “Comentarios a los artículos 159,160 y 161 del Código civil”, en Comentarios a las reformas del Código civil, Tecnos, 1993, pág. 264.

640. En este sentido, vid. DÍAZ ALABART, S. “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados”. RDP, mayo-junio,2003, págs 345-371. Ciertamente, una cosa es que el menor haya tenido una relación normal con sus progenitores antes de ser adoptado y otra el que no haya sido así.

ción jurídica del menor<sup>641</sup> y jurisprudencial<sup>642</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que *el ejercicio del citado derecho ha de desarrollarse siempre en interés del menor*, por ello, en el supuesto en que las relaciones con la familia biológica lo conculcaran, o se apreciara que son contrarias al beneficio del menor, o atenten contra la formación e integridad del mismo, deberán denegarse o suspenderse dichas relaciones.

La mediación en esta sede implica:

- *La intervención de un mediador en un conflicto de dos o más partes* (adoptado-adoptantes, adoptado-familia biológica, adoptado-adoptantes-familia biológica).
- *A partir de la demanda de los implicados* (solicitud dirigida a la Entidad pública competente en materia de protección de menores, o a un servicio privado de mediación)<sup>643</sup>.
- *El mediador* (bien dependa de la Administración, sea personal contratado por una empresa que preste sus servicios para la Entidad respec-

---

641. En cualquier caso, ningún precepto recoge la prohibición al menor de mantener relaciones con sus padres de origen. Por nuestra parte, entendemos que como extensión del derecho a conocer su origen que tiene el adoptado menor, también tendría derecho a relacionarse con su familia biológica, y nada impide que si los padres de origen también lo desean, puedan entrar en contacto y comunicarse. Entendemos, también, que al no decirse nada respecto a los hermanos biológicos, la posible prohibición del art. 120 no les afecta, aunque habría que entenderla dentro de los límites señalados en los arts. 21 y 22 del RLRC (Hay experiencias de hermanos dados ambos en adopción y que, por ser menores, sus padres están autorizando las visitas entre ellos).

642. Vid. Lo expuesto a este respecto.

643. Aunque consideramos que ha de ser la Administración la que vele por ofrecer y controlar el ejercicio de este derecho, no descartamos la posibilidad de que desde un servicio profesional de mediación, aunque éste sea privado, se puedan abordar los conflictos que se derivan de los supuestos de adopción. Aquí habría que distinguir de qué tipo de conflictos se trata y entre quiénes.

tiva, o sea socio de una empresa privada o Asociación) *se constituye en tercera parte y debe tener las características siguientes:*

1. *Ser profesional y cualificado* (psicólogo, trabajador social, abogado...pero con formación específica en mediación familiar);
2. *Neutral* (podrá estar de acuerdo o no con el interés que, v.gr. manifiestan las partes a encontrarse pero habrá de facilitarles ese espacio si no hay riesgo para ellas).
3. *Imparcial* (no tomará parte por la madre que tuvo que renunciar al hijo, ni por el hijo adoptado que pretende obtener respuestas a su pasado, por emotivas que sean las manifestaciones).
4. *Sin ningún poder de decisión* (son las partes las verdaderas protagonistas del proceso, las únicas decisiones posibles serán las que emanen de ellas)
5. *Aceptable a las dos partes.*
6. *Que pueda garantizar la confidencialidad de lo tratado* (éste es uno de los elementos esenciales de la mediación en estos contextos, dado que lo delicado de ciertas situaciones privilegian este espacio para el encuentro).
7. *Que ayude a las partes a resolver sus conflictos para que ellos mismos lleguen a decisiones constructivas* (acuerdos entre padres y menores adoptados sobre el modo y el tiempo de hacer efectivo el derecho éstos a conocer su origen, decisiones relativas a los encuentros respecto al contenido de los mismos. Conocerse simplemente, darse explicaciones y terminar tras la primera reunión, volver a mantener contacto, o , incluso, establecer relaciones familiares, son posibles en el espacio de mediación, pero siempre se ha de hacer desde el respeto

a las partes y a su intimidad)<sup>644</sup>.

Como apuntábamos antes, un hito importante en el desarrollo de la mediación familiar en toda Europa, y especialmente en España, ha sido la *Recomendación (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar*. Se colige de dicho instrumento internacional, tanto al dar el concepto de mediación<sup>645</sup>, como al contemplar los ámbitos a los que se aplica dicha Recomendación<sup>646</sup>, que no restringe su aplicación exclusivamente a los conflictos derivados de las crisis matrimoniales, aunque haya a lo largo de su articulado referencias expresas a los mismos, sino que parte de un ámbito extenso de relaciones familiares para aplicar la mediación familiar, dejando libertad a los Estados para determinar los supuestos objeto de la misma. De ahí que derivemos la protección de las leyes de mediación familiar españolas a aquellos conflictos relativos a la adopción específicamente contemplados en ellas. Valencia, Canarias y Castilla León<sup>647</sup>, junto a los proyectos de Ley del País Vasco, y Madrid, hasta el momento, son susceptibles de mediación familiar por voluntad del legislador (que reconoce la necesidad de dar respuesta a situaciones que tenían un deficiente tratamiento en la práctica social y legislativa).

---

644. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la mediación, al ubicar la toma de decisiones en la potestad de las partes para llegar a acuerdos, puede presentar en sede de adopción ciertas peculiaridades, ya que, junto a las limitaciones legales derivadas del orden público familiar, se trata de un ámbito en el que la Administración y el control judicial están presentes de un modo importante. Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., LINACERO DE LA FUENTE, M, et alter.: *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*. Ministerio de trabajo y Asuntos sociales. Madrid. 2006.

645. Se define la mediación familiar en la R (98) 1, como: “proceso en el que un tercero -el mediador-, imparcial y neutro, asiste a la partes de la negociación sobre las cuestiones que son objeto del litigio con vista a la obtención de acuerdos comunes”.

646. Señala la R (98) 1 en relación a los ámbitos: “a) La mediación familiar trata todos los litigios que puedan surgir entre los miembros de una misma familia, vinculados tanto por lazos de sangre como de matrimonio, y entre las personas que tienen o han tenido relaciones familiares tal como las define la legislación nacional. b) Sin embargo, los Estados tienen la libertad de determinar cuáles son las cuestiones o los casos que cubre la mediación familiar”.

647. Vid. Supra. Actualmente, sólo tres leyes de mediación familiar, de las seis vigentes, recogen expresamente la mediación en contextos de adopción, haciendo un reconocimiento tácito del derecho del adoptado a conocer su origen.

Parten las leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas de un concepto global de aquélla institución, refiriéndose a ella como “instrumento en la búsqueda de soluciones y acuerdos en los conflictos familiares”<sup>648</sup>, argumentando que “por la ausencia de formalismo, creación de un clima de confidencialidad y búsqueda de una comunicación efectiva y empática, la mediación se presenta ante la familia como un recurso que abre nuevas vías para fomentar, desde el mutuo respeto, la autonomía y la libertad de las personas para decidir su futuro”<sup>649</sup>. Estamos, pues, ante “una fórmula para resolver conflictos familiares, recomponiendo la propia familia desde dentro, en un clima de cooperación y respeto mutuo”; así, “los miembros de la familia en conflicto solicitan y aceptan la intervención confidencial de una tercera persona ajena, neutral y cualificada, denominada mediador, que trabajará con y para la consecución de un acuerdo justo, duradero y aceptable para los familiares en conflicto, en el sentido de mantener las responsabilidades de cada miembro de la familia, y especialmente con los más dignos de protección, cuales son los hijos”<sup>650</sup>.

El reconocimiento expreso de los espacios de mediación en sede de adopción viene íntimamente vinculado al hecho de que en España se haya comenzado tímidamente a tomar en consideración la importancia que tiene su origen para las personas adoptadas, y lo que este hecho diferencial supone en sus relaciones familiares.

En este sentido, hay que señalar que los adoptados comienzan el proceso de búsqueda una vez que han superado una interpretación errónea del sentimiento de lealtad hacia los adoptantes (en muchas ocasiones, el adoptado siente que si

---

648. Preámbulo de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

649. Vid. Exposición de motivos de la LEY 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

650. Preámbulo de La Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar, de Canarias.

busca su origen no es leal a sus padres adoptantes, cuando se trata no de ir contra ellos, sino de avanzar en el conocimiento de sí mismo), así como el miedo que les produce el rechazo de la persona buscada, y que supondría un “segundo abandono”. Las etapas de la vida en que el adoptado inicia esta acción suelen coincidir con hechos como: contraer matrimonio, el nacimiento de un hijo (el embarazo es una de las causas que puede reactivar el deseo de estar en contacto con la madre biológica; responde a la necesidad de identificarse con ella, pudiendo hacer que se reviva el hecho del abandono; por ello, es mayor el número de mujeres que desean conocer sus orígenes, y buscan por tanto a su familia biológica, que el de hombres), alguna enfermedad que provoca la preocupación por la propia salud (recientes investigaciones, como las llevadas a cabo sobre cáncer de mama, determinan la importancia de conocer los antecedentes genéticos para su prevención) o la muerte de un padre adoptivo, por los sentimientos de pérdida y vacío que origina<sup>651</sup>.

La necesidad de saber más sobre su origen y las causas de su “abandono”, o tener un *espejo biológico*: “necesitamos mirarnos en los ojos de la persona que nos dio la vida”; son motivos ampliamente compartidos por los que inician un proceso de búsqueda; sin embargo, entre todos, destaca la necesidad de “*construir un sentido de la identidad más completo*”. Declaraciones como: “somos una cadena que le falta un eslabón”, o la utilización del símil del “puzzle”, o el “rompecabezas”, son constantes en los adoptados, ya que necesitan “rellenar” esa parte en la que se sienten incompletos<sup>652</sup>.

---

651. Vid. en este sentido el interesante estudio de PACHECO, F. Y EME, R. “An outcome study of the reunion between adoptees and biological parents”. *Child Welfare League of America*, 1993, No LXXII, 1, págs. 53-64

652. La participación en la creación de la Asociación Nacional del Derecho a Saber, nos brindó la oportunidad de realizar entrevistas a los adoptados que buscaban sus orígenes, y de ser testigos de sus necesidades y motivaciones en el proceso de búsqueda que comenzaban muchos de ellos, o que llevaban años intentando sin resultado (1995-1996-1997)

Según importantes estudios llevados a cabo en esta materia<sup>653</sup>, los motivos para iniciar la búsqueda son comunes a todos los adoptados, con independencia del lugar del que procedan; asimismo, los procesos tienen un “iter” similar, más allá de las fronteras, por lo que se trata de valores universalmente compartidos.

Las razones que determinan ese “deseo de saber”, no han de buscarse en sentimientos de insatisfacción del adoptado por su relación con los padres adoptivos, o con el resto de su familia: hijos, marido...aunque, a veces, ese sea el temor de éstos (es fundamental el apoyo a estos familiares para que puedan entender los motivos que tiene el adoptado para iniciar la búsqueda), sino que responden, más bien, a cuestiones vinculadas con el sentimiento de identidad del sujeto. Esta razón, a nuestro entender, entronca directamente con el Derecho fundamental a la identidad reconocido en el art. 10 de la Constitución española.

En cuanto a los efectos que el proceso de búsqueda-encuentro está produciendo en los adoptados y en sus familias en España, aún es pronto para evaluar sus consecuencias. No obstante, y precisamente en prevención de los conflictos que ello pudiera ocasionar, proponemos la mediación familiar como espacio idóneo para canalizarlo.

Hay que señalar que las distintas Administraciones, los Tribunales y el Derecho, han ido posicionándose para dar respuesta a una necesidad que, si bien ha existido siempre, en los últimos tiempos se ha convertido en emergente<sup>654</sup>.

---

653. v.gr. Vid. El proyecto sobre esta materia llevado a cabo por el Departamento de Estudios Educativos de la Universidad de Utrecht, con la colaboración del Servicio Social Internacional en el año 2000. Asimismo, en 1997, la Fundación Nuffield concedió a la Children’s Society una ayuda económica para emprender otra importante investigación. Se trata de un estudio comparado sobre 472 adoptados, lo que arroja resultados de una alta fiabilidad. Dada la importancia de los datos que se desprenden del estudio, nos remitimos a su publicación. Vid. HOWE, D. y FEAST, J. *Adoption, search & reunion. The long term experience of adopted adults*. The Children Society. London. 2000.

654. La situación resulta de lo más dispar. Así, algunas CCAA contemplan el derecho del adoptado a

Ciertamente en contextos de adopción podemos predicar la teoría general de la mediación familiar<sup>655</sup>, aunque con ciertas especificidades. En efecto, en este ámbito ofrece la mediación un espacio para resolver los conflictos familiares (y éstos lo son en sentido amplio), dándoles a las partes el verdadero protagonismo para tomar las decisiones que les convengan para regir su futuro, precisamente, desde el conocimiento de su pasado.

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.

En dicho sentido, las Leyes de mediación familiar han incluido en su ámbito de aplicación los conflictos derivados de la adopción. En esta línea, *La Ley 7/2001, de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana*, atendiendo al incremento que la demanda de búsqueda de sus orígenes por los hijos adoptados ha experimentado en los últimos años, aconseja la mediación “*como marco idóneo para canalizar el posible encuentro, dejando que sean las partes mismas quienes den forma al procedimiento en el que se conjugue el derecho a saber y el derecho a la privacidad*”<sup>656</sup>.

---

conocer sus orígenes en Leyes de protección a la infancia, haciendo referencia a la mediación en ellas pero sin regularla (v.gr. Ley de protección de la infancia de Castilla y León.); otras, tras contemplarlo en las normas de protección de menores prevén también ese espacio de mediación para hacerlo efectivo en Leyes de mediación familiar (v.gr. Ley de mediación familiar de Castilla y León y Anteproyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco de marzo de 2004), en otras Comunidades Autónomas regulan la mediación en contextos de adopción en leyes específicas de mediación familiar sin reconocer expresamente el derecho referido en ninguna normativa (v.gr. Comunidad Valenciana, o Canaria).

655. El concepto de mediación familiar que contempla el Proyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco, resulta idóneo, también, para adopción. Así, el Art. 4 señala que: “La mediación familiar es un procedimiento voluntario en el que profesionales cualificados en mediación, imparciales y sin poder decisorio, ayudan a las partes en conflicto a encontrar una solución mutuamente aceptable para concluir su conflicto familiar”.

656. Vid. Preámbulo de la Ley.

La Ley viene a dar respuesta en este sentido al acuerdo adoptado por las Cortes Valencianas, el 16 de febrero de 2000, por el que el Gobierno Valenciano se comprometió, en el ámbito de sus competencias, a facilitar al máximo la información necesaria a las personas y familias que traten de conocer su identidad biológica, ofreciendo la mediación como espacio adecuado para el encuentro.

Por ello, al referirse la Ley en el art. 3 al objeto de la mediación familiar, destaca, entre otros: “*b) Recabar en tanto el Ordenamiento Jurídico lo permita, la información referente a la filiación e identificación de la familia biológica y de los hijos adoptados mayores de edad, para posibilitar su encuentro, protegiendo siempre la confidencialidad de los datos identificativos de ambos. c) Facilitar el acuerdo en aquellas situaciones en las que, como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, el interés superior de los menores y personas con discapacidad pueda verse menoscabado*”.

Parece colegirse del texto legal, que el objetivo de la mediación familiar, respecto a contextos de adopción, se centra en obtener información tanto del adoptado como de su familia de origen, para propiciar el encuentro, que a tenor del artículo, podría entenderse reservado a los mayores de edad. Sin embargo, aunque parece ceñirse al adoptado mayor de edad el ámbito de las personas que están legitimadas para acceder al servicio de mediación, entendemos que el menor debería ser también beneficiario del mismo, en la forma y con las limitaciones que se derivan de su condición de menor. Especialmente, podemos considerarlo sujeto de la mediación familiar, cuando se encuentre en situación conflictiva respecto del ejercicio de la patria potestad de sus padres, siempre que el origen del conflicto esté relacionado con la adopción.

Por su parte, la DA1<sup>a</sup> de la Ley, se refiere a “*los supuestos de mediación para el conocimiento de los orígenes biológicos y lograr el encuentro entre las personas adoptadas y su familia biológica*”. Por lo que nos preguntamos si esto

quiere significar que la Consellería competente en materia de familia y adopciones, como una de las funciones de la mediación regulada, ha de arbitrar procedimientos para coadyuvar en la investigación del origen de los adoptados que lo soliciten. Puesto que la respuesta ha de ser negativa, ¿a qué se refiere entonces la Ley al hablar de “recabar información para el encuentro”? Ciertamente, la redacción del art. 3) en relación con la DA1a, es desafortunada y pudiera inducir a errores, puesto que no es cometido de la mediación familiar iniciar ningún tipo de acción de averiguación de la filiación, ni tiene este instituto funciones investigadoras.

Cuestión distinta es que el adoptado solicite de la Administración el acceso a su expediente de adopción y, posteriormente, para el buen fin del encuentro, ofrezca el adoptado, o solicite el Servicio de mediación<sup>658</sup>, los datos que en él figuren para contactar con la familia biológica<sup>659</sup>, y comunicarles, así, el interés del hijo adoptado respecto del encuentro, ofreciéndoles el espacio de la mediación a tal efecto.

Hay que tener en cuenta, que la propia Ley prevé que la Consellería competente apruebe *“el procedimiento a seguir para preparar convenientemente a las partes, en las mejores condiciones, antes del posible encuentro”*, por lo que, con buen criterio, entiende el legislador que en mediación familiar no se entra a valorar el derecho del adoptado a conocer su origen, sino que la preparación de las partes queda vinculada, exclusivamente, al hecho del encuentro.

En cuanto a la preocupación de la Ley 7/2001, por *“salvaguardar los legítimos*

---

657. Este es el deseo de muchas Asociaciones de adoptados, que pretenden que el Servicio de mediación averigüe la identidad de sus familias biológicas y las localice.

658. En este sentido entendemos el término “recabar información”. Ello serviría, naturalmente, para preparar mejor el proceso de mediación que se llevaría a cabo de desearlo ambas partes.

659. Todo ello, entendemos, previa ubicación de la familia biológica por la unidad de Postadopción, con la que tendría que trabajar en colaboración el Servicio de mediación que se creara al efecto

*derechos de todos*<sup>660</sup>, ha de entenderse en la línea que la jurisprudencia y el Derecho interno vienen marcando, especialmente, desde 1999<sup>661</sup>. Llama también la atención que la mediación prevista en la Ley Valenciana se circunscriba al referido encuentro, por lo que en una interpretación literal habría que entender excluida la restante problemática que pudiera generar la adopción. Sin embargo, si se tratase de conflictos entre padres adoptantes e hijos adoptados, entendemos que podrían demandar la mediación que la Ley contempla respecto de aquellos conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad en base al art. 3.c). Esta interpretación nos parece que debería ampliarse, pues en el ánimo de la Ley parece estar el dar respuesta a la demanda de búsqueda de orígenes, atendiendo todos los condicionamientos: psicológicos, jurídicos y sociales, siendo muchos los conflictos que en este contexto quedarían excluidos, de ceñirse el ámbito de la mediación a la gestión no adversarial del encuentro.

Siguiendo los pasos de la anterior, La Ley 15/2003, de *la mediación familiar de Canarias*, fue modificada por la 3/2005, de 23 de junio, al objeto de ampliar el ámbito de la mediación a otros conflictos que puedan surgir en el seno de la familia, como es el caso de los abuelos con los nietos, así como extenderlo expresamente a la protección de los discapacitados o a los conflictos entre menores en acogida y sus familias biológicas o de acogida. También pretende clarificar las titulaciones y requisitos que han de tener los mediadores familiares, al objeto de regular situaciones de «facto» existentes con anterioridad a la Ley originaria que no fueron suficientemente resueltas por la misma. Así, en el primer sentido, extiende en mayor medida la aplicación de la mediación a los conflictos que surjan entre los adoptados o acogidos y sus familias biológicas, adoptivas o de acogida; preferentemente los relativos al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, pensiones, uso del domicilio

---

660. Vid. DA1ª de la Ley 7/2001.

661. Sobre el derecho del hijo a conocer su origen, frente al de la madre a su intimidad, vid. supra.

familiar, disolución de bienes gananciales o en copropiedad, cargas y ajuar familiar, así como, en general, aquellos otros que se deriven o sean consecuencia de las relaciones paterno-filiales y familiares (ex art. 3<sup>a</sup>).

Es de valorar que a pesar que la protección del interés del menor podría sesgar el ámbito de “disponibilidad” sobre el que las partes pudieran negociar, sin embargo, no se trata de derecho necesario en todas las cuestiones que le afectan. Por el contrario, hay un importante marco de actuación para la autonomía de la voluntad de las partes, considerando, por supuesto, al menor adoptado como una de ellas, dotado de una importante autonomía para decidir o para ser oído sobre ciertas cuestiones que le afectan tan directamente. En este sentido hay que señalar que el derecho a conocer el origen se trata de un derecho de la personalidad, y el art.162.1º C.c excluye de la representación legal de los padres en los actos que realice el menor atinentes a tales derechos. Así, dicho artículo señala:

*“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 10. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.*

Se discute por los autores la interpretación de dicho precepto, planteándose si de verdad hay un ámbito de madurez de los menores para actuar, en el caso de que la ley no haga alusión expresa a ella. Sin embargo, al referirse el precepto a los conflictos que surjan entre personas adoptadas y sus familias biológicas o adoptivas, sin especificar más, no se niega, con buen criterio, el acceso a mediación a los menores adoptados<sup>662</sup>. También hay que valorar la importancia que

---

662. También se ofrecería la mediación para los encuentros, v.gr., entre hermanos biológicos del adoptado y éste, aunque ambos fueran menores. Sobre el conflicto de los padres e hijos sobre la revelación o sobre el encuentro, o relaciones posteriores con su familia biológica.

en esta Ley se le atribuye a la resolución de los conflictos en las relaciones entre padres e hijos, siendo la adopción causa de muchas disputas entre unos y otros, lo que hace que la mediación sea idónea, también, en estos contextos<sup>663</sup>.

En la misma línea y en el marco del ejercicio del derecho a conocer el propio origen, previamente reconocido, la *Ley 1/2006 de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León*, contempla la mediación en estos ámbitos en su Disposición Adicional:

*“Las funciones de mediación que se realicen en el ejercicio del derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes previstas en el artículo 108 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León se regularán por las disposiciones específicas que les sean de aplicación”.*

La referida *Ley 14/2002 de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*, en consonancia con el reconocimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, y para garantizar y facilitar el ejercicio de tal derecho, como señalamos<sup>664</sup>, dispensa un amplio reconocimiento a la mediación familiar<sup>665</sup>, disponiendo en su art. 108:

---

663. En este sentido, entendemos que la Ley de mediación familiar de Cataluña, al regular la mediación respecto de los conflictos que surjan respecto de los hijos comunes, (ex art. 5. Tercero), también podría amparar la mediación en los conflictos que, derivados de la adopción, se dieran entre adoptado y adoptantes, a pesar de que dicha ley no haga referencia expresa al hecho de la adopción. En cualquier caso, el que la causa que pueda originar el conflicto entre ellos sea la adopción, no ha de determinar la exclusión de la mediación para resolver dicho conflicto, al fin y al cabo, se trata de disputas entre padres e hijos, con independencia de su filiación.

664. Vid. Lo expuesto sobre el art. 45 de la *Ley 14/2002 de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*, al recoger los derechos especiales de los menores protegidos

665. La Exposición de motivos (VIII), de la citada Ley, señala que la regulación contempla los principios más generales que afectan... “a los servicios de mediación que hayan de implantarse para hacer efectivo el derecho de las personas adoptadas a conocer su origen, y a facilitar, en su caso, el encuentro de los mismos con la familia biológica”. Asimismo, en el Título II “De las actuaciones de prevención”,

*“A fin de hacer efectivo el derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes, regulado en el art. 45,K) LC y L 2002/408 de esta Ley, dispensarles apoyo necesario que requiera su ejercicio y facilitar, en su caso, la mediación en el encuentro entre aquellos y la familia biológica, se regularán las actividades profesionales que pueden llevarse a cabo con tal objeto, garantizando los principios de voluntariedad de las partes, respeto al derecho de ambas a la intimidad y cualificación e imparcialidad de la actuación, estableciendo igualmente los requisitos que hayan de reunir las entidades que realicen estas funciones”.*

Algunas cuestiones nos llaman la atención de este precepto. En primer lugar, parece referirse el artículo a la regulación que se ha de realizar de ciertas actividades, que llevadas a cabo por profesionales o por entidades y presididas por principios como la voluntariedad de las partes y otros comunes a la mediación, pretenden garantizar el ejercicio idóneo del derecho a conocer sus orígenes de los adoptados mayores de edad que han sido sujetos de protección (ex el art. 45,K) LC y L 2002/408). Ello, supone sesgar y limitar un derecho que no puede ser sometido a tales restricciones, por razón de la causa de que trae su origen la adopción.

Otra de las cuestiones que suscita el art. 108 de la Ley 14/2002 de 25 de julio, es la relativa a la figura del mediador. De dicho precepto cogimos que la mediación familiar se ofrecería por las personas físicas o jurídicas referidas, teniendo como cometido específico el encuentro entre el adoptado y su familia biológica, y dichos profesionales o entidades, bajo los principios comunes a la mediación,

---

el art. 38, relativo a las Acciones y medidas principales, en el no 4 contempla las de apoyo a la familia, y en el apartado e), se refiere a “los programas de orientación y mediación familiar”. También el art. 125, relativo a las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma, en el nº 2, respecto a la Entidad pública de protección y reforma de menores en Castilla y León, apartado i) señala “la acreditación, habilitación, inspección y control de las Entidades colaboradoras en la prestación de servicios y en funciones de mediación en adopción, e) apoyo a la mediación en postadopción. Igualmente, se prevén competencias de mediación, respecto de las Entidades locales (art. 126 de la Ley 14/2002), y de las entidades colaboradoras de carácter privado, ex art. 132 de la citada norma.

pero, fuera ya de este marco, dispensarían, también, al adoptado, el apoyo necesario que requiera el ejercicio de su derecho a conocer. A nuestro entender, hay que distinguir el apoyo, v.gr. psicológico, que ha de recibir el adoptado en el ejercicio de su derecho en la búsqueda de sus orígenes, muy legítimo y necesario, y que requiere profesionales y espacios específicos, del espacio que se ofrece desde la mediación. Por eso, si la interpretación que se ha de realizar del citado artículo es la que hemos colegido, nos parece adecuado mantener la distinción de los recursos que se han de destinar para dar respuesta a las necesidades del adoptado, aunque si se han de atender por los mismos profesionales, podrá quedar desvirtuada la mediación, pues el mediador se vería “contaminado” por el devenir de los hechos y, tal vez, pierda la imparcialidad.

Por su parte, *El Proyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco*, sensible a esta cuestión, reconoce la necesidad de regular la mediación familiar de modo global, señalando en su Preámbulo que: *“La Ley opta por un ámbito de aplicación amplio, que se extiende más allá de los conflictos originados en las situaciones de ruptura de pareja -ya se trate de matrimonios o de uniones de hecho- a otras circunstancias conflictivas que pueden darse en el medio familiar. Así, contempla entre las situaciones a las que puede extenderse la aplicación de la mediación familiar... el establecimiento de relaciones entre las personas adoptadas y su familia biológica, los conflictos entre padres y abuelos u otros familiares o allegados<sup>666</sup> cuanto se impide a estos últimos mantener relaciones normalizadas con los hijos de aquéllos...”*

Especial interés para el ámbito de adopción tiene la afirmación contenida en el Preámbulo, respecto a que *“la regulación prevista puede asimismo aplicarse a situaciones conflictivas no susceptibles de ser planteadas judicialmente, si bien, en tal caso, la mediación sólo quedará sometida a esta regulación si las*

---

666. Respecto del término “allegados”. Vid. Supra.

*partes y la persona mediadora así lo acuerdan*". Dicho interés se sustenta en el hecho de que al romper la adopción los vínculos jurídicos entre adoptado y su familia natural, muchos de los conflictos que quieran abordarse en mediación no tendrían ningún reflejo en Tribunales, al igual que los acuerdos a que aquellos quieran llegar, que no tendrán más sanción jurídica que la que la voluntad que las partes le atribuyan; por ello, la mediación se configura como un espacio extrajudicial idóneo en el que resolver los conflictos<sup>667</sup>. Por lo tanto, el que el Proyecto de Ley permita someter a mediación los conflictos respecto de los cuales los juzgados no tienen competencia, es abrir vías al servicio de la paz social, y consolidar el principio de autonomía de la voluntad de las partes<sup>668</sup>.

Expresamente se refiere el Proyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco, en el art. 5.2º c) a "*Los conflictos surgidos entre las personas adoptadas, su familia adoptante y su familia biológica*", como aquellos que serán objeto de mediación familiar. Tal formulación con carácter extenso, permite acoger todos aquellos supuestos conflictivos que se generen entre las partes de una adopción, entre las que no cabe duda que podrían estar los menores. Por ello, nos parece acertado que sin especificar más<sup>669</sup>, y estableciendo un marco amplio de actuación, permita que sea la casuística concreta la que determine los conflictos mediables en esta sede.

---

687. Bien por que en mediación se resuelvan los conflictos, que podían tener solución en los Juzgados, bien porque se gestionen y resuelvan los asuntos que no tienen acceso a ellos.

688. El Art. 1º del citado Proyecto de Ley de mediación familiar, dispone: "1. La presente Ley tiene por objeto la regulación la mediación familiar y de las actuaciones de las personas y entidades que trabajan en ella. 2. La mediación es un instrumento al servicio de la paz social que potencia la participación directa de los ciudadanos y ciudadanas en la búsqueda de soluciones a los problemas familiares que les afectan, favoreciendo la comunicación entre los miembros de una familia y reduciendo, tanto los conflictos entre las partes, como el tiempo necesario para su resolución, facilitando la consecución de arreglos amistosos".

669. A pesar de que el Prólogo se refiera al *establecimiento de relaciones entre las personas adoptadas y su familia biológica*, como las situaciones a las que puede extenderse la aplicación de la mediación familiar, entendemos que éste no es más que un ejemplo de los posibles supuestos de actuación de la mediación que el Proyecto regula.

En relación al País Vasco hemos de referirnos a otro texto normativo de interés en esta materia, dicha norma es la *Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y protección a la información y la adolescencia*<sup>670</sup>. Tras reconocer el derecho a la identidad del adoptado, también para niños y adolescentes<sup>671</sup>, el art. 84 de dicha Ley, impone la obligación de reserva sobre la información obtenida y de los datos de filiación de los adoptados, a las personas que presten servicios en las Entidades públicas o en las entidades colaboradoras. Sin embargo, hay que reseñar que, en el ap. 2 del art. 84, recoge la obligación de la Administración de facilitar el acceso a dichos datos si los interesados los solicitan a través de mediación<sup>672</sup>. Por tanto, en garantía del ejercicio del derecho, que parece

---

670. Vid. Supra.

671. Artículo 11. Derecho a la identidad.

*“1. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer su identidad, a tener un nombre y una nacionalidad, y deben ser registrados desde su nacimiento.*

*2. Los poderes públicos habrán de adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho y, en particular, velar por el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

*a. La identificación de la madre en el parte médico de nacimiento.*

*b. La inscripción de la filiación materna en el Registro Civil, que deberá extenderse de conformidad con la normativa registral.*

*c. La facilitación del acceso de las personas adoptadas a la información de la que disponga cualquier administración pública sobre su filiación de origen, en los términos regulados en el artículo 84 de esta Ley”.*

672. Artículo 84. Acceso a la información.

*“1. Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las entidades colaboradoras están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los adoptados.*

*2. Sin perjuicio de lo anterior, y en garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer la identidad de su padre y madre biológicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de esta Ley, en el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 30 del Convenio de La Haya, de 1993, sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, las administraciones públicas facilitarán a las personas adoptadas, si éstas lo solicitaran, los datos de los que dispusieran con respecto a su filiación biológica. Para ello deberán adoptarse las medidas adecuadas, en particular, un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto la persona adoptada como su padre y madre biológicos serán informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte en relación con su posible encuentro.*

*El acceso efectivo a esta información, en el caso de las personas menores de edad, quedará condicionado a la adecuación del momento evolutivo en el que se encuentre la persona menor de edad y a que tenga suficiente juicio y capacidad para comprender.*

*A partir del momento en que una persona en su calidad de adoptante tenga asignada una persona menor de edad, podrá solicitar que la entidad le proporcione los datos que posea sobre el niño, niña o adolescente, tanto los referidos a su salud y educación como los atinentes a otros aspectos que le conciernan, con la salvedad de las informaciones relacionadas con sus datos de filiación.*

reconocer la norma a niños y adolescentes, se establece un procedimiento de mediación, previo a la revelación, aludiéndose expresamente al carácter confidencial del mismo. En él, el adoptado y sus padres (parece que se pretende que los progenitores acompañen a su hijo en este proceso, pero el derecho está en el hijo) serán informados de las circunstancias relativas a la filiación biológica, pero no establece la Ley más requisitos.

También se colige del precepto que la mediación ofrecerá, asimismo, el espacio, tanto para el adoptado como para los padres biológicos, para informar de los datos relativos a determinadas circunstancias socio-familiares de ambos y del interés que tienen en un posible encuentro. Cuando se trata de menores no se cierra la posibilidad del acceso a sus datos, en consonancia con el principio de personalidad que venimos defendiendo, pero sí se condiciona a la adecuación del momento evolutivo en el que se encuentre y a que tenga suficiente juicio y capacidad para comprender, tal como preconiza el art. 162 C.c. Finalmente remite la regulación del proceso de mediación al marco de la regulación de la mediación prevista en el artículo 47.3, con el fin de favorecer el recurso a una vía alternativa de resolución de conflictos familiares, dentro del derecho a convivir y relacionarse con otros parientes y allegados, en la forma establecida en el artículo 160 del Código Civil.

Otra cuestión de notable interés es el carácter divergente del reconocimiento por las distintas Leyes y Proyectos de ley de mediación familiar, respecto *de las personas legitimadas para instar la mediación*. Así, mientras en unas normas las personas legitimadas para hacerlo han de ser adoptados mayores de edad<sup>673</sup>, en otras, cabe pensar que pueden ser también menores, al referirse

---

3. El procedimiento de mediación al que se refiere el apartado 2 se determinará en el marco de la regulación de la mediación prevista en el artículo 47.3”.

673. V.gr. Ley de mediación familiar de Valencia (con las precisiones señaladas).

simplemente a adoptados<sup>674</sup>, incluyéndose en alguna, igualmente, la legitimación de la familia biológica en determinados presupuestos<sup>675</sup>. Por nuestra parte, entendemos que si se admite que el derecho a conocer el origen biológico es un derecho de la personalidad, podría plantearse como extensión del mismo, que los menores tienen también derecho a instarla, pero, al igual que ocurre respecto al ejercicio de aquél, los padres han de velar porque el mismo no sea contrario al “favor filii”.

Asimismo, varían las normas respecto al *objeto de la mediación* y mientras en unas Leyes se dirige principalmente al “encuentro”, como se ha expuesto<sup>676</sup>, otras admiten los posibles conflictos entre todos los implicados en la adopción<sup>677</sup>. En este sentido, el Artículo 8 del Proyecto de Ley de mediación familiar de la Comunidad de Madrid, señala quiénes podrán solicitar y someterse a mediación familiar, en relación con los ámbitos de intervención, señalando en el ap. C): “*La familia adoptante o acogedora, los adoptados o acogidos y la familia biológica, respecto a cualquier conflicto o aspecto de la adopción, acogimiento o convivencia*”.

*Respecto a la figura del mediador* hay que tener presente que, puesto que las leyes que prevén expresamente la mediación familiar en relación con la adopción, no señalan ninguna especialidad de las personas que hayan de intervenir en este contexto, se colige que los requisitos son los generales establecidos para los profesionales de la mediación familiar, por lo que podemos afirmar que, también, en este ámbito existe disparidad al respecto. Así, en la *Ley 7/2001 de*

---

674. V.gr. Ley de mediación familiar de Canarias y Proyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco.

675. Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y protección a la información y la adolescencia del País Vasco.

676. V.gr. Ley de mediación familiar de Valencia.

677. Vid. Ley de mediación familiar de Canarias, y Proyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco.

26 de Noviembre, de mediación Familiar de Valencia, se exige al mediador formación universitaria en Derecho, Psicología o Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social, junto al aprovechamiento de una formación universitaria específica de postgrado en mediación familiar, que será de experto, si se trata de alguna de las formaciones de origen señalada, y que en caso contrario habrá de ser, al menos, de especialista<sup>678</sup>. Asimismo, habrán de estar inscritos en los registros que al efecto establecerán los colegios profesionales en los cuales esté colegiada la persona mediadora, o en el Registro del Centro de Mediación de la Comunidad Valenciana, si no está obligado a la colegiación<sup>679</sup>, debiendo, en todo caso, ser aceptada por las partes<sup>680</sup>.

*La Ley de mediación familiar de Canarias*, tras su modificación por ley 3/2005, de 23 de junio, exige, en su art 5<sup>a</sup>, que el mediador tenga formación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras Ciencias Sociales y estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales, en su caso. Además deberá acreditar una formación específica en mediación familiar con los requisitos que reglamentariamente se establezcan, así como estar inscrito en el Registro Público de Mediadores Familiares de la Comunidad Autónoma de Canarias<sup>681</sup>. Respecto a la *Ley de mediación familiar de Castilla y León*, exige a los profesionales, para poder realizar actividades de mediación, tener formación en Psicología, Pedagogía o Trabajo Social, estar inscritos en el respectivo Colegio profesional y facultados para el ejercicio profesional en dicha

---

678. Vid art. 7de la Ley de mediación familiar de Valencia.

679. Vid a este respecto el Art. 12 de La Ley 7/2001 de 26 de Noviembre.

680. Así lo dispone el art. 14 de la Ley 7/2001 de 26 de Noviembre.

681. La Disposición transitoria única dispone: "A partir de la creación del Registro Público de Mediadores Familiares de la Comunidad Autónoma de Canarias y en el plazo de seis meses, podrán inscribirse como mediadores aquellos titulados universitarios que, careciendo de la titulación exigida en la presente Ley, acrediten una formación específica o experiencia suficiente en temas de mediación familiar con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan».

Comunidad<sup>682</sup>, así como acreditar formación específica y la experiencia profesional que se les requiera, según se determine en Resolución. En cuanto a los otros proyectos de Ley de mediación familiar que tienen previsto implementar este ámbito, *El País Vasco* requiere para poder actuar como mediador estar inscrito en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras creado por el Departamento del Gobierno Vasco competente en mediación familiar; para ello, ha de ser licenciado o diplomado, preferentemente en Derecho, Psicología, Trabajo social, Educación social y Pedagogía, siendo imprescindible acreditar una formación específica en mediación, y una formación continua de la misma. En cuanto al *Proyecto de ley de mediación familiar de la Comunidad de Madrid*<sup>683</sup>, en relación a la titulación que han de poseer los mediadores familiares, ha optado por una fórmula amplia al no exigir formación en ramas concretas: los mediadores deberán estar en posesión de cualquier título universitario de

---

682. Art. 8: “Podrán ejercer la mediación familiar regulada en esta Ley las personas que cumplan los siguientes requisitos:

a) *Tener la condición de titulado universitario en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación Social, y en cualquier otra Licenciatura o Diplomatura de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario.*

b) *Estar en posesión de las licencias o autorizaciones pertinentes para el ejercicio de la actividad profesional.*

c) *Acreditar la formación en mediación familiar en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, por un mínimo de trescientas horas impartidas, organizadas o tuteladas por Instituciones Universitarias o Colegios Profesionales.*

d) *Estar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de la Comunidad de Castilla y León”.*

*En la Disposición transitoria señala: “No obstante lo establecido en el artículo 8, las personas con una formación mínima de 180 horas en mediación familiar, que acrediten haber ejercido mediación familiar con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, podrán, con independencia de su titulación académica, solicitar su inscripción en el Registro de Mediadores Familiares en las condiciones y plazo que se establezcan reglamentariamente”.* “

683. El Proyecto de ley de mediación familiar de la Comunidad de Madrid, en su Disposición transitoria única, afirma: “*Quienes hayan ejercido como mediadores familiares con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley podrán solicitar a la Consejería competente en materia de familia su inscripción en el Registro de Mediadores Familiares. A estos efectos deberán acreditar bien la titulación universitaria exigida en la presente ley y formación específica en mediación familiar de, al menos, 200 horas, o bien experiencia profesional como mediador familiar de, al menos, tres años dentro de los cinco inmediatos anteriores a la entrada en vigor de esta ley en las condiciones y plazos que se establezcan reglamentariamente*”

grado superior o medio; prevé además la ley que los mediadores tengan una formación específica en materia de mediación.

La formación específica en mediación familiar no sólo garantiza la buena marcha del proceso concreto que el mediador aborde, sino la consolidación de este instituto que, por su corta existencia, adolece de independencia respecto del sujeto que lo desarrolla; por ello, nos parece un error a subsanar la falta de exigencia de formación en mediación. Si a ello unimos que el contexto objeto de estudio presenta perfiles que requieren un tratamiento muy especializado, nos encontramos con que el mediador ha de tener no sólo la sensibilidad propia de quien trabaja con conflictos familiares, sino, que, además, a de estar familiarizado con los que se derivan propiamente de la adopción, porque en caso contrario, no será capaz de manejar el proceso, con el consiguiente fracaso y frustración de las partes. Por tanto, el mediador ha de estar preparado convenientemente, con una capacitación idónea en familia y conflictos familiares, técnicas y proceso, pero, ha de conocer muy bien los aspectos psicológicos y jurídicos que presentan comúnmente los casos objeto de mediación en adopciones.

En nuestra opinión, sería conveniente que, junto a la formación en mediación familiar, los profesionales que realizaran tales intervenciones estuvieran especializados en adopción, o pudieran especializarse a través de cursos en los que se abordasen los aspectos psico-sociales y jurídicos que habrán de ser tenidos en cuenta en sede de adopción.

### **1.2.2. Principios de la mediación**

El eje y esencia de la mediación lo constituyen los principios que se mantienen como estructura inalterable sobre la que construir proceso y acuerdos. Existe un amplio consenso tanto en los instrumentos internacionales (Recomendación (98)<sup>1</sup> del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Libro Verde sobre

modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Código de Conducta Europeo para los Mediadores, Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales...), como en la doctrina, refrendado en la práctica de Asociaciones y en los Códigos deontológicos, en torno a cuáles han de ser los puntos cardinales de la mediación familiar.

Voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y profesionalidad, junto a la buena fe, la flexibilidad del proceso, el carácter personalísimo del mismo o el interés del menor y de la familia, determinan el marco en el que se configura y ha de desarrollarse la mediación.

Por tanto, el eje en torno al cual gira la mediación son sus principios. Las distintas leyes dictadas en mediación familiar coinciden en reconocer su notable importancia y señalan con unanimidad cuáles han de presidir la institución mediadora. Así, el amplio reconocimiento de dichos principios por la doctrina, para los distintos ámbitos en que la mediación familiar se desarrolla y la conveniencia contrastada de que se prediquen de múltiples contextos<sup>684</sup>, nos llevan a mantener la necesidad de que se apliquen de igual modo en sede de adopción. Sin embargo, es fundamental tener en cuenta que algunos de ellos cobran singular importancia, debido al especial carácter que el objeto de la mediación tiene en este ámbito.

### • **Voluntariedad**

La mediación se presenta, sin duda, como esencialmente voluntaria para am-

---

684. Vid. El Proyecto de investigación titulado "Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes". Desarrollado en el marco de un convenio entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Universidad Complutense de Madrid. Inv. Principales: GARCÍA VILLALUENGA, L. e BOLAÑOS CARTUJO, I.

bas partes, en el sentido de que adoptado y familia biológica han de decidir, libremente, no sólo el modo en que se desarrollará el proceso, sino, también, que el propio proceso sea posible. En este sentido la ley de mediación familiar de Valencia dispone en su art. 4 que *“las partes son libres de acogerse a la mediación”*; en la misma línea, la Ley Canaria señala en su art. 4.1 que *“el procedimiento sólo podrá iniciarse a instancia de todas las partes en conflicto”*. Asimismo, El art. 4.1º de la Ley de mediación familiar de Castilla y León, señala que las actuaciones de mediación que se lleven a cabo al amparo de dicha Ley, se basarán en el principio de *“Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto y de la persona profesional de la mediación para participar en los procedimientos de mediación”*<sup>685</sup>.

Los proyectos de Ley en trámite se manifiestan del mismo modo. En efecto, el Proyecto de ley de mediación familiar del País Vasco, al recoger la voluntariedad entre los principios fundamentales por los que se debe regir la mediación, concluye que *“Las partes son libres para optar por este procedimiento y acceder a él o para desistir ( en cualquier momento ) del mismo sin que pueda derivarse sanción ninguna por esta circunstancia. Únicamente podrá comenzarse el procedimiento de mediación cuando haya consentimiento (aceptación) de todas las partes en conflicto”*. El mismo principio se contempla, también, en el Proyecto regulador de mediación familiar de la Comunidad de Madrid, requiriéndose la *“voluntariedad de las partes para acogerse a la mediación o desistir en cualquier momento del procedimiento, y del mediador para iniciar el procedimiento de mediación o desistir del mismo en los términos previstos en el artículo 19.2. de esta ley”*<sup>686</sup>.

---

685. También se alude de modo expreso a este requisito en el art. 108 de la *Ley 14/2002 de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, a la que remite aquélla. vid. Supra.*

686. Nos parece fundamental la remisión que hace el artículo 4º al 19.2 del Proyecto, en el que se contempla la finalización del procedimiento mediador, refiriéndose a que *“puede producirse por decisión de cualquiera de las partes en conflicto o por el mediador, quién podrá dar por finalizada la*

Decidirá, por tanto, el hijo, la manera de hacer efectivo su derecho a conocer sus orígenes<sup>687</sup>, y los límites que éste quiere que tenga, y la familia biológica lo hará sobre el modo en que ejercerá su derecho a encontrarse o no con el adoptado (cuestión distinta del derecho del hijo a conocer su origen es, v.gr., la obligación de la madre de encontrarse con él ), así como la información que quiere comunicarle (v. gr. la identidad del padre). Es posible que el adoptado sólo necesite que el servicio de mediación le refiera algunos datos que la familia biológica quiera hacerle llegar relativos a su origen, a enfermedades congénitas, u otros que pudieran ser de su interés. Asimismo, la familia biológica, v.gr., la madre, puede tener interés en saber sólo el estado de salud y bienestar del hijo. En estos casos, puede trabajarse en sesiones individuales, y si las partes lo desean, posteriormente se podrá realizar una sesión conjunta, propiciándose el encuentro, también, desde la mediación familiar.

Ciertamente, si se trata de un menor habrá que estar a la edad y al grado de discernimiento del mismo. Nos parece fundamental que, desde los Servicios públicos, se ofrezca en interés del menor y en aras de su protección, a la que está obligada por ley la Administración, un estudio del caso y apoyo psicológico para poder realizar el encuentro a través de mediación. Lo idóneo a nuestro entender sería que en un Servicio integral (v.gr. una unidad de postadopción), profesionales del área de psicología realizaran tal intervención, y posteriormente se derivase a mediación para el referido encuentro. En caso de que el menor o sus padres adoptantes se negaran a tal atención, cabe pensar si sería condición de inadmisibilidad para acceder al citado servicio de mediación (tal vez cabría acreditar haberlo realizado fuera de la propia Administración, en otra Institución privada o pública). En el caso de que la Administración así lo considerara,

---

mediación en el momento en que aprecie falta de colaboración por alguna de las partes, incumplimiento de las condiciones establecidas o en el supuesto de que considere que el procedimiento no puede alcanzar la finalidad perseguida, circunstancia que deberá comunicar a las partes”.

687. Ex art. 4 de la Ley de mediación familiar de Valencia,

siempre se podría acudir al Juez, ex art. 158 C.c. para que adoptase la medida que le permitiera al menor acceder al mismo aunque no hubiera pasado previamente por el servicio de apoyo psicológico. Lo “obligatorio” sería que el menor recibiera, junto a sus padres, información de los aspectos psicológicos que podrían verse afectados en el encuentro, como fase previa al acceso a la mediación y el apoyo previo para abordarlos. En el caso de que rechacen dicho apoyo, pero asistieran a la sesión de información, entendemos que podrían acceder a mediación, previa valoración de la Entidad pública.

Hay que tener en cuenta que el principio de la voluntariedad supone, igualmente, la facultad de desistir o continuar en el proceso según el interés de las partes, que puede alcanzar, desde “mirarse en su espejo biológico”, hasta comenzar una relación<sup>688</sup>. Dicha voluntariedad se extiende, incluso, a la figura del mediador, que podrá renunciar a continuar en el proceso cuando se vea imposibilitado, v. gr., de equilibrar el poder de las partes, o aprecie falta de voluntad de éstas de continuar en mediación o en los demás casos que prevén las leyes sobre excusas<sup>689</sup>. Naturalmente, este principio faculta, también, para llegar a los pactos que las partes tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a derecho, tal como señalan el art. 4 de la Ley de mediación familiar de Valencia, o el Art. 7 a) del Proyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco<sup>690</sup>. Así, nada obsta a que se obliguen a entregarse alimentos a través de un contrato<sup>691</sup>, pues aunque no existe obligación ex arts 142 y 143 C.c., sí puede convenirse, si la voluntad de ambos se concita en un proceso de mediación como respuesta a sus intereses.

---

688. Ex art 4 de la Ley de mediación familiar de Valencia, art.4.1 de la Ley de mediación familiar de Canarias, 5.1 Art. 7.1 Proyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco.

689. En este sentido, vid. art. 8 de la Ley Valenciana de mediación familiar y art. 19.2 de la Ley de mediación familiar de Castilla y León.

690. Vid. Supra. V. gr. El pacto de una donación que se haya de reducir por inoficiosa.

691. Sobre las características del contrato de mediación y sus diferencias con figuras afines, Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L.: *La mediación familiar: Una construcción desde el derecho de familia*. Reus, 2006.

## • La confidencialidad

La confidencialidad es otro de los principios comunes a toda mediación familiar, pero en el contexto de adopciones reviste un especial significado. Podría decirse, que el respeto a la intimidad personal y familiar, y la “conveniente reserva” que afecta a los expedientes de adopción, tienen en la mediación una continuidad. Por ello, el mediador estará obligado a guardar secreto profesional sobre los datos, o documentos a los que tenga acceso en el ejercicio de sus funciones, naturalmente, frente a terceros, pero, igualmente, habrá de reservar aquellos que las partes le hagan saber en sesiones individuales, y que no quieran que sean desvelados al otro. Sin embargo, no afectará a aquellos hechos o documentos que el adoptado o la familia biológica expresamente manifiesten que sean trasladados a la otra parte.

Las leyes de mediación familiar se hacen eco de este principio, algunas de forma genérica<sup>692</sup>, y por tanto aplicable también al contexto de adopción, y otras lo recogen de manera específica<sup>693</sup>. En la primera dirección, el art. 4.4 de la Ley de mediación familiar de Canarias señala como principio esencial de la mediación la confidencialidad y el secreto profesional, *“en el sentido de que el mediador familiar actuante no podrá desvelar o utilizar ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, ni aun después, cuando finalice la misma, haya acuerdo o no”*<sup>694</sup>. La misma obligación de guardar secreto, se vuelve a recoger en relación con los deberes del mediador, ex art. 8. Recoge dicha Ley una referencia que, aunque no esté dictada de modo específico para la adopción, y pueda entenderse contenida dentro del principio

---

692. Vid. art.7 del Proyecto de Ley del País Vasco.

693. Vid. Art. 108 Ley 14/2002 de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, a la que remite la Ley de mediación familiar de la Comunidad de Castilla y León, en materia de adopción.

694. Redacción dada por la Ley 3/2005, de 23 de junio que modifica la ley de mediación familiar de Canarias de 2003.

general de confidencialidad de la mediación, nos parece interesante que se incida en ella de cara al ámbito objeto de nuestro estudio, dado los aspectos tan personales a los que afecta. Así, el art. 4.6, impone a las partes, la obligación de *“guardar reserva de los datos, hechos o documentos de los que hayan tenido conocimiento en el curso de la mediación”*.

Por su parte, la Ley de mediación familiar de Valencia, al referirse en su Artículo 9 a los deberes de las personas mediadoras, contempla la obligación de *“(e) “Mantener la reserva respecto a los hechos conocidos en el curso de la mediación, salvo que el levantamiento de la misma sea compatible con la legislación vigente respecto al secreto profesional o exista aceptación expresa de las partes”*, especificando la obligación de la confidencialidad en el contexto objeto de estudio. Así, dispone que *“En los supuestos de búsqueda de orígenes biológicos, la persona mediadora se abstendrá de facilitar los datos identificativos a quien instó la mediación en tanto no disponga de la autorización expresa de la otra parte para que se realice el encuentro. Dicha reserva alcanzará también al supuesto de que la persona mediadora fuera citada como testigo, si las partes han renunciado previamente al derecho de proponer lo tratado en la mediación en una prueba testifical”*. La confidencialidad tiene otro reconocimiento expreso al referirse la Ley al objeto de la mediación en relación con la adopción (ex art. 3.c), imponiendo la obligación de que se lleve a cabo *“protegiendo siempre la confidencialidad de los datos identificativos de ambos”*.

La obligación de guardar la debida confidencialidad se extiende más allá del proceso de mediación, y, por ello, entendemos que el mediador podrá ampararse en el secreto profesional, sin que pueda ser designado perito en un asunto del que haya tenido conocimiento a través de la mediación, ni ser llamado como testigo en un procedimiento, respecto a la materia que fue objeto de mediación, salvo las excepciones que prevén las Leyes. Así, la excepción a la confidencialidad, según la Ley Valenciana, es que la información que se obtenga no sea per-

sonalizada, pudiendo utilizarse para finalidades de formación o investigación, quedando también excluida para el caso de que guardar secreto suponga una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona, o se trate de una posible infracción delictiva.

La Ley de mediación familiar de Castilla y León, contempla también de modo genérico la “Confidencialidad y secreto profesional respecto a los datos conocidos en el procedimiento de mediación”, ex art. 4, recogiénolo como derecho del mediador y como deber ex arts 6 y 7, respectivamente. Sin embargo, encontramos remisión expresa a este principio, entendiéndolo como “*el respeto al derecho de ambas a la intimidad*”, en el art. 108 de la Ley 14/2002 de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, a la que remite la ley de mediación de Castilla y León en materia de adopción.

#### • **Carácter personalísimo de la mediación.**

Este carácter implica<sup>695</sup>, la obligación de participar directamente en dicho proceso. Hay que tener en cuenta que, si bien ha de afirmarse dicho protagonismo respecto de personas mayores de edad, en aquellos conflictos derivados de adopción, cuando una de las partes sea un menor adoptado, los padres, en interés de éste, podrán asistir a las sesiones de mediación, junto al hijo, valorando el mediador la voluntad del menor, y la viabilidad de las decisiones que pueda tomar por sí solo. En aquellos supuestos en que el menor necesite de sus representantes legales, es decir, de sus padres o tutores, en su caso, para hacerlo, éstos habrán de estar en el proceso en el ejercicio de su patria potestad o en cumplimiento de las funciones de tutela. También, entendemos que estarán legitimados para instar la mediación y participar en el proceso, en representa-

---

695. Art. 5 de la Ley de mediación familiar de Valencia, art.5 de la Ley de mediación familiar de Canarias, Vid. art.7 i) del Proyecto de Ley del País Vasco.

ción del hijo, excepcionalmente<sup>696</sup>, cuando al interés del menor le convenga que aquellos, v.gr. obtengan datos que éste no esté en disposición de hacerlo por sus circunstancias de edad o condiciones de madurez, o en aquellos otros asuntos en que se valorara la conveniencia.

### • Ausencia de formalismo

Éste es otro de los principios que resultan de especial interés en relación con la adopción. A este respecto, hay que tener en cuenta que la mediación, como proceso que es, ha de estructurarse en unas fases<sup>697</sup>, sin embargo, una de sus grandes ventajas es la flexibilidad<sup>698</sup>. Esto significa que dentro de las etapas que

---

696. Entendemos que en interés del menor, sería una excepción al art. 162.1, habida cuenta de que partimos de que el derecho a conocer la identidad es un derecho de la personalidad, pero que tiene esenciales consecuencias que hacen que los padres hayan de extremar la vigilancia del favor filii

697. *El Proceso según la Ley de mediación familiar de Valencia* (ex arts 13 al 21), es el siguiente: Primera reunión: explicación del procedimiento y reglas de la mediación; planificación de las siguientes reuniones.- Firma del acta asumiendo reglas. *Reuniones posteriores*: trabajo sobre temas en conflicto. Acuerdos. Acta final: redacción de acuerdos con la firma de las partes. Máximo tres meses desde la reunión inicial. Prórroga de dos meses en situaciones que se aprecie la posibilidad de llegar a acuerdos y así se solicite por las partes. *Proceso según la Ley de mediación familiar de Canarias*: El proceso de mediación familiar se iniciará mediante solicitud escrita en tal sentido realizada por todas las partes en conflicto, o de cualquiera de ellas con el consentimiento de la otra. (art. 10). El mediador familiar habrá de ser aceptado por las partes en conflicto (art. 11). Una vez instada la mediación por las partes, haberse designado el mediador familiar y haber aceptado éste la mediación, el mediador familiar deberá convocar a las partes en conflicto a la sesión inicial, en la cual el mediador informará a las partes de sus derechos y deberes, así como de los derechos y deberes del mediador, de las características del procedimiento, su duración, de las personas que van a intervenir como consultores, en su caso, de la compensación económica u honorarios profesionales que la misma devengue, así como de los gastos en que se incurra, debiéndose fijar además, las cuestiones que van a ser objeto de la mediación y la planificación de las sesiones que vayan a ser necesarias. (Se levantará el acta de la sesión inicial firmado por todos) (art. 12).

El proceso de mediación familiar terminará mediante sesión, de la que se levantará el acta final, en la cual, o bien se expresará con la debida claridad los acuerdos aceptados por las partes, o bien la imposibilidad de haber llegado al mismo con sus motivos. Se firma por todos. Los acuerdos que consten en el acta final, serán válidos y obligarán a las partes que lo hayan suscrito, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos.(Art. 14).La duración de la mediación familiar dependerá de la naturaleza y conflictividad de las cuestiones a tratar, no pudiendo exceder de tres meses desde la fecha de la sesión inicial, si bien se puede prorrogar por otros tres meses, cuando mediante escrito debidamente motivado, se aprecie su necesidad a solicitud de las partes o del propio mediador. (Art. 13).

698.Vid. Art. 4.2 Ley de mediación familiar de Canarias.

las Leyes prevén para que la mediación se desarrolle, y dentro de los plazos más o menos amplios que dispone, el mediador ha de actuar como el verdadero guía del proceso, adaptándolo a las necesidades de las partes y a la evolución que la relación entre ambas va experimentando a lo largo de las sesiones; ello supone que sea el proceso el que se adapte al caso objeto de mediación, y no viceversa.

Este principio nos permitirá, en contextos de adopción, ajustar las etapas al conflicto que presenten las partes, teniendo en cuenta que el interés que éstas tengan puede ser muy variado, y que el cumplimiento de las expectativas, o la imposibilidad de satisfacerlas, pueden hacer que las sesiones tengan una duración muy corta en el tiempo, o se prolongue más allá de los plazos señalados en la Ley, porque la familia así lo requiera y se valore por el servicio de mediación su conveniencia.

Hay que tener en cuenta que ninguna Ley prevé un proceso específico para la mediación en adopción, pero dicho proceso sí está recogido en el Proyecto regulador de la mediación en la búsqueda de los orígenes, de la Comunidad de Castilla y León, (arts. 63 al 65), sobre el que haremos algunas observaciones. Contempla el Proyecto la obligatoriedad de que el adoptado concluya un proceso de información y orientación previa sobre “la trascendencia y consecuencias del ejercicio del derecho a conocer los propios orígenes”(ex art. 62), como paso previo para acceder al servicio de mediación, y relativo a mayores de edad. A este respecto hay que tener presente que dichas personas tienen, en principio, plena capacidad de obrar, y no pueden ver condicionado su derecho a acceder a un servicio, que ofrece la Administración, a la obligación a someterse al referido proceso de orientación; cuestión distinta es la obligatoriedad de recibir la información relativa al proceso de mediación, y asumir los compromisos que este conlleva, para poder iniciar la mediación familiar.

Aún pareciéndonos muy importante preparar al adoptado para las consecuen-

cias que la decisión de comenzar la búsqueda de sus orígenes puede comportarle, entendemos que este trámite no se debe vincular a la mediación, sino a otros servicios, quedando este espacio destinado al abordaje de los conflictos que surjan de un derecho que, previamente, se ha hecho efectivo (el adoptado, conociendo ya sus datos de filiación, acude a mediación para que el servicio facilite la relación con la familia biológica).

Respecto a las actuaciones de mediación, recoge el Proyecto el “*acceso del mediador a la información obrante en el expediente administrativo de adopción* relativo al adoptado solicitante de sus servicios, previa específica autorización de éste...y en su caso para recibir copia, al objeto de poder dispensar *asesoramiento*<sup>699</sup> personalizado que le permita decidir sobre la continuación de la actividad, sus objetivos y sus límites”. Refiriéndose, después, a la de “transmisión al adoptado solicitante, de los datos...obrantes en los expedientes administrativos a él referidos o los obtenidos como resultado de su actividad de investigación, identificación y localización con las personas pertenecientes a su familia biológica y del contacto establecido en su caso con ellas”.

En nuestra opinión, el mediador no ha de ser quien acceda a los datos que obren en el expediente de adopción, para exponer su contenido al adoptado, y ello a pesar de que el adoptado le autorice. Nos preguntamos si en el supuesto de que éste no de la autorización por escrito para ello, se le permitiría acceder a su expediente de adopción. La respuesta que a este respecto nos da la Ley nos parece vulnerar el derecho constitucional a conocer los orígenes, en el modo que hemos venido defendiendo, y entendemos que va, también, contra el derecho de toda persona a acceder a sus expedientes administrativos. Así, el art. 58.2, restringe el acceso del adoptado mayor a los datos que obren en los expedientes relativos a su adopción a que lo hagan a través de “servicios especializados de

---

699. El mediador no asesora.

mediación”, o a que el adoptado haya completado el proceso de información y orientación previa. Por lo que entendemos que no tiene justificación ninguna, ni siquiera en beneficio del adoptado, que se condicione de este modo un derecho como el referido, y que pretendan utilizar la mediación para ello.

Respecto a las actividades que la Ley vincula a la mediación, tales como el asesoramiento (que entendemos que no es función del mediador), la de transmisión de los datos contenidos en el expediente del adoptado<sup>700</sup>, la investigación (el mediador no es “investigador”<sup>701</sup>, a pesar de que estudie el caso y lo analice, y, por supuesto, investigue en torno a la institución de la mediación), la ubicación de la familia (no es función del mediador), que entendemos que no le son propias<sup>702</sup>, recoge también otras que sí lo son: el contacto con la familia de origen para facilitar el encuentro, y el desarrollo del propio encuentro entre adoptado y su familia. Por último, el Proyecto alude a que, finalizada la actividad de mediación, se levantará acta, suscrita por el mediador y el “solicitante”<sup>703</sup> en la que “se describirá las actuaciones realizadas y los resultados obtenidos...”<sup>704</sup>.

En cuanto al resto de los principios que caracterizan la mediación familiar, tales como **la buena fe** de las partes y del mediador<sup>705</sup>, que garantizará la buena marcha del proceso y la validez de los acuerdos a que los que lleguen aquellas, o los esenciales que han de presidir toda mediación familiar como la **imparcia-**

---

700. Ni es el mediador el que debe aceder, ni es el tampoco quien debe transmitir dichos datos.

701. En el sentido de realizar diligencias para descubrir un hecho.

702. Las mismas razones son esgrimibles en el supuesto de que el solicitante del servicio de mediación sea la familia biológica, ya que, en este caso, la Ley prevé entre las actividades de la mediación: “investigación sobre una persona adoptada mayor de edad, a solicitud de la familia de origen...para la identificación y localización de aquella, así como la transmisión de los resultados a dichos solicitantes cuando el adoptado lo autorice...”.

703. En su caso, habría que decir “las partes”.

704. Sobre el deber de información a que alude el art. 65.3 del citado Proyecto, vid. lo expuesto sobre la obligación de confidencialidad.

705. Art. 5 de la Ley de mediación familiar de Valencia, Vid. art.7 j) del Proyecto de Ley del País Vasco, Vid. Art. 4.7º de la Ley de mediación familiar de Castilla y León y art. 61.c) del Proyecto regulador de la Comunidad de Castilla y León, de la mediación en la búsqueda de los orígenes.

**lidad**<sup>706</sup>, o la **neutralidad**<sup>707</sup>, entendemos que habrán de exigirse, del mismo modo, en aquellas mediaciones que traigan su causa de conflictos relativos a la adopción, por lo que lo expuesto respecto a ellos hay que traerlo a colación en este ámbito. No obstante, hay alguna especificidad importante que debemos apuntar, y es la relativa a la necesidad de que la mediación sea un espacio donde se trate de garantizar el equilibrio de las partes, cuestión que como veremos no es fácil, pues la familia biológica, especialmente la madre, puede sentirse en una posición inferior<sup>708</sup> y ello puede hacer fracasar el proceso.

## **2. TIPOLOGÍA DE LOS CONFLICTOS EN LA ADOPCIÓN Y SU ABORDAJE DESDE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.**

Como hemos venido exponiendo, distintas son las posibles líneas de actuación de la mediación en sede de adopción, haciéndose las leyes de mediación familiar, como hemos visto, eco de ellas de distinto modo. Por ello, y tomando como marco la normativa actual en esta materia, haremos referencia a una tipología de conflictos que a pesar de que en muchos casos no esté regulada expresamente en las Leyes, entendemos que tiene perfecto engranaje en la filosofía que la mediación trae y que se ha de materializar también en un ámbito tan complejo.

Así, podríamos hablar de *Los conflictos entre padres adoptantes e hijos adoptados*: principalmente, cuando presentan intereses contrarios respecto al hecho

---

706. Art. 9.f) de la Ley de mediación familiar de Valencia, art.5 de la Ley de mediación familiar de Canarias (modificado por la Ley 3/2005 de 23 de junio), Vid. art.7 j) del Proyecto de Ley del País Vasco, Vid. Art. 61.f) del Proyecto regulador de la mediación en la búsqueda de los orígenes de Castilla y León.

707. Art. 9.g) de la Ley de mediación familiar de Valencia, art.5 de la Ley de mediación familiar de Canarias, (modificado por la Ley 3/2005 de 23 de junio), Vid. art.7 j) del Proyecto de Ley del País Vasco, Art. 61.f) del Proyecto regulador de la mediación en la búsqueda de los orígenes del Proyecto de Ley de Castilla y León. Vid. Supra.

708. V.gr., siente que los adoptantes tienen la Ley de su parte, por su renuncia al hijo. Vid. infra.

de la revelación o de la búsqueda de orígenes; incluso, en una etapa posterior, respecto del encuentro, o las futuras relaciones que puedan establecerse entre el hijo y su familia biológica; y de los *conflictos entre la familia biológica y el hijo adoptado*, o los adoptantes, en su caso, *relativos al encuentro* y a las futuras relaciones que de él puedan derivarse.

## 2.1. LOS CONFLICTOS ENTRE PADRES ADOPTANTES E HIJOS ADOPTADOS.

Las complejas relaciones paterno-filiales, si tienen su origen en la adopción, traen aparejados conflictos específicos que pueden entranñar, al decir de la doctrina, un mayor riesgo psicológico para hijos y padres.

Siguiendo a FUERTES ZURITA Y AMORÓS MARTÍ<sup>709</sup>, entre los problemas que comúnmente suelen presentarse en las relaciones adoptivas, podemos destacar los siguientes<sup>710</sup>:

- Problemas en el desarrollo de la identidad parental, al no distinguir entre los lazos afectivos y los biológicos<sup>711</sup>.
- Vivencias de amenaza ante cualquier tensión que se produce con el

---

709. Vid. FUERTES ZURITA, J. Y AMORÓS MARTÍ, P. "Teoría y práctica de la adopción". En DE PAÚL OCHOTORENA, J. Y ARRUBARRENA MADARIAGA, M.I. *Manual de protección infantil*. Ed. MASSON, S.A. Segunda edición, Barcelona, 2001, pág. 497-498.

710. A estos problemas habría que añadir, en algunos casos, los que se derivan de la falta de aceptación por la familia del adoptante de la decisión de adoptar. Así, se ha puesto de manifiesto que las adopciones internacionales generan estrés en los abuelos que no saben cómo van a reaccionar ante un niño "diferente". Puede que no entiendan la decisión de su hija/o de tener otro niño "extranjero" y no quieran verse afectados por esa decisión (v.gr. no quieren que sus otros nietos compartan su herencia con esos niños que no sienten como descendientes).

711. Algunos padres no aceptan que los lazos del afecto son más profundos que los de la sangre, y eso les impide sentir plenamente al niño como su hijo. La posibilidad de transmitir ese sentimiento y de poder abordarlo ayudará a mejorar, sin duda, las relaciones con el adoptado.

niño o miedo de rechazo <sup>712</sup>.

- La inseguridad en la relación puede llevar a los padres a sobreproteger al menor, en una continua competición por mostrarse “mejores padres que los biológicos”.
- Expectativas excesivas respecto al hijo adoptado, que pueden llevarles a ser con él extremadamente rígidos y exigentes.
- Tendencia a explicar los problemas de comportamiento del niño por los factores hereditarios.
- Dificultades para aceptar las situaciones de “romance familiar” en los menores adoptados, que suponen una idealización de la familia biológica y de su abandono.
- Conflictos ante el interés del hijo por conocer su origen, y las causas de su “abandono” y adopción.

Ciertamente, una fuente importante de conflictos en las relaciones adoptivas es lo que conocemos como “*revelación*”, que supone, no sólo informar a la persona de su condición de adoptado, sino, también, darle a conocer sus orígenes.

La trascendencia de la “*revelación*”, y la importancia que tiene comprender, si llega el caso, la decisión de los hijos adoptados de buscar sus “raíces” y acompañarles en ese proceso, es una cuestión que se tiene muy en cuenta por los técnicos que trabajan en adopción. Así, entre los criterios más importantes a la hora de determinar la capacidad de las personas para ser padres adoptantes

---

712. Cualquier problema propio de la edad del niño puede interpretarse como “pérdida” del hijo.

idóneos, puede destacarse la disposición a explicar al niño que es adoptado, e informarle sobre sus antecedentes, incluso, a apoyarle en el encuentro con la familia biológica, si es el interés del hijo.

En este sentido, el art. 104 de la Ley 14/2002 de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, al regular la valoración y selección de los solicitantes de la adopción, en el núm 2º, señala: *“Los criterios de valoración de la idoneidad de los solicitantes, o del solicitante cuando se trate de familia monoparental de regulación reglamentaria, incluirán al menos los aspectos relativos a...la disposición para informar al menor acerca de su condición de adoptado, respetar sus antecedentes personales y familiares y aceptar cuando considere necesario en atención a su interés, las relaciones con la familia biológica o con las personas significativas en su vida”*.

Cada vez se da mayor importancia al derecho de la persona adoptada a conocer sus orígenes y su biografía y, en principio, se considera que los padres adoptivos son las personas más adecuadas para proporcionar esta información<sup>713</sup>. Por ello, en el proceso de selección de las familias adoptivas se trata de formarles sobre todas estas cuestiones, haciéndoles ver que en las distintas etapas evolutivas del hijo pueden presentarse en éste distintas necesidades, y que compartir la información forma parte del desarrollo de un clima de confianza y comunicación abierta que debe primar en la familia<sup>714</sup>. Precisamente, uno de los momentos claves en la toma de la decisión de iniciar la búsqueda puede coincidir con la adolescencia; el joven va construyendo su identidad y puede necesitar datos relativos a su origen para que la comprensión de sí mismo sea más fácil.

---

713. Vid. FUERTES ZURITA, J, Y AMORÓS MARTÍ, P. “Teoría y práctica de la adopción”. En DE PAÚL OCHOTORENA, J. Y ARRUBARRENA MADARIAGA, M.I. *Manual de protección infantil*. Ed. MASSON, S.A. Segunda edición, Barcelona, 2001, pág. 489.

714. Vid. “Preguntas y respuestas sobre la revelación y los orígenes de los niños adoptados”. La adopción en Castilla y León. *Boletín informativo de Castilla y León*, nº 4. Pág. 9.

Los padres adoptantes han de comprender que el hijo, cualquiera que sea la edad en que haya tenido lugar la adopción, trae su propia historia, que puede estar o no vinculada a una etnia o cultura distinta, pero que, en cualquier caso, conlleva una herencia genética diferente, que el hijo puede querer conocer en algún momento, y “si la información se proporciona de manera tardía e inadecuada, puede afectar al desarrollo de su identidad, puede sentirse defraudado y profundamente engañado por sus padres y su familia, sentir que su vida ha sido una mentira, que el ser adoptado es algo vergonzoso que debe ser ocultado, que en la relación con sus padres todo ha sido falso, que el no pertenece a esa familia...”<sup>715</sup>.

Razones morales<sup>716</sup>, psicológicas<sup>717</sup> y, nos atrevemos a decir, de orden práctico<sup>718</sup>, reafirman la idea de la conveniencia de dar a conocer al hijo dicha condición. Siendo fundamental que los padres sean respetuosos con el derecho de su hijo a conocer su origen, y le ayuden a ejercerlo adecuadamente. Sin embargo, la conveniencia de informar al hijo de su condición de adoptado y de sus orígenes<sup>719</sup>, se encuentra en ocasiones con la reticencia inicial de muchos padres adoptantes, que temen al comunicárselo que le embargue una profunda tristeza por haber sido abandonado y, sobretudo, perder el cariño del hijo. Ésta es, sin

---

715. Vid. “Preguntas y respuestas sobre la revelación y los orígenes de los niños adoptados”. La adopción en Castilla y León. *Boletín informativo de Castilla y León*, nº 4. Op. cit, Pág. 10.

716. El niño tiene derecho a conocer la verdad, y no vivir siempre en el secreto, en la mentira.

717. Razones de confianza que deben primar en las relaciones familiares obligan a compartir con el niño esa información. De los distintos estudios llevados a cabo, se desprende que cuanto más tarde se le comunique al niño que es adoptado será más difícil aceptarlo e integrarlo en su experiencia vital.

718. En cualquier momento puede enterarse por otra vía y sería peor, porque se sentiría engañado.

719. En las adopciones internacionales es un tema que se plantea necesariamente, ya que en la mayoría de los supuestos los niños son de raza distinta y rasgos diferentes, lo que suscita preguntas del propio niño o de sus compañeros de colegio. “Mis papás me tuvieron cuando hicieron un viaje muy largo a Perú”, comenta un niño de 9 años, a sus compañeros de clase en Madrid.

Sobre las edades convenientes para revelar la condición de adoptado, lo que hay que contarle al niño sobre sus antecedentes, y lo que hay que tener en cuenta a este respecto, Vid. el interesante artículo “Preguntas y respuestas sobre la revelación y los orígenes de los niños adoptados”. La adopción en Castilla y León. Consejería de Sanidad y Bienestar Social. Gerencia de Servicios Sociales. *Boletín informativo de Castilla y León*, nº 4. Págs. 9 a 12.

duda, una de las fuentes de conflicto en las relaciones entre el hijo adoptado y los padres adoptantes, que, en muchos casos se está abordando, también, desde la mediación.

En nuestra opinión, tal revelación, que conforma uno de los roles diferenciales de su paternidad adoptiva, formaría parte del contenido de la patria potestad<sup>720</sup>. En definitiva, la función derivada de la patria potestad de “*la educación y formación integral de los hijos*”, podría fundamentar el derecho del niño adoptado a recibir información sobre dicha condición, como parte esencial del proceso educativo<sup>721</sup>.

Cuestión distinta de la obligación de los padres de revelar al hijo (que tenga discernimiento) su condición de adoptado<sup>722</sup>, es el derecho del adoptado a acceder a los datos relativos a su expediente de adopción. En dicho sentido, entendemos que podría considerarse que los progenitores estarían obligados a velar por el derecho del hijo a conocer su origen, acompañándole y apoyándole en dicho proceso<sup>723</sup>. En el supuesto de que los padres se negaran a ello, conside-

---

720. Así el art. 154 del C.c., dispone:

*“Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:*

*Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”.*

721. Sin embargo, entendemos que el que sea función de los padres adoptantes no significa que no puedan servirse de la ayuda de profesionales para tal fin.

722. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que habría que valorar las circunstancias del menor y siempre actuar en su interés. Ello, puede llevar a que por las especiales características del mismo la revelación se produzca de un modo determinado, o no sea necesario (v.gr. menores con discapacidades psíquicas que impidan entender su condición).

723. Tenemos noticia de que, en algunos casos, los padres, tal vez para “desentenderse” del “problema”, o cansados de que el hijo les pida que le ayuden a buscar, otorgan al menor una autorización que le permite conocer su expediente administrativo. Nos consta que esa autorización, en ciertos casos, ha conseguido que el menor tuviese acceso a datos relativos a su origen sin mayor apoyo, ni compañía

ramos que el menor podría hacer efectivo el citado derecho, para atender a su necesidad, con la intervención del Ministerio Fiscal<sup>724</sup>.

Hay que tener en cuenta que, como señala la Exposición de Motivos de la L 1/96, de 15 de protección jurídica del menor, *“El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”*. Ello, sin perjuicio, como señala la propia Ley, del *“desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos”*.

En cualquier caso, puede que los padres necesiten entender el interés que tiene el hijo para tomar la decisión de buscar, o, en su caso, de encontrarse con la familia de origen<sup>725</sup>. La mediación serviría aquí como espacio de comunicación entre padres e hijo, para que pudieran exponerse sus respectivas razones; así, tal vez, podrán establecer plazos, o modos de hacer efectivo el derecho del adoptado.

Desde otro punto de vista, consideramos que en el caso de que los padres adoptantes fueran los que tuvieran interés en conocer a los biológicos, si el menor tuviera suficiente juicio, y en todo caso a partir de los 12 años, debería ser oído, puesto que se trata de una importante decisión que le afecta (ex arts 154 C.c.y 9 Ley 1/1996)<sup>726</sup>. En el hipotético supuesto de que el menor se opusiese, sería interesante que los padres pudieran hacerle entender sus motivos, lo que podría

---

miento en el proceso. Entendemos que en esos supuestos podríamos estar ante un inadecuado ejercicio de la patria potestad, ya que una de las obligaciones fundamentales de la misma, ex art. 154-1<sup>o</sup>C. c. es “velar ” por el hijo menor no emancipado, y consideramos que tal función implica acompañarlo en el proceso.

724. Vid. Supra....

725. V. gr. que no es un simple capricho de adolescente.

726. En dicho sentido, la doctrina y la jurisprudencia, 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 y grado de discernimiento.

llevarse a cabo en un espacio de mediación; en cualquier caso, si la finalidad que persiguen los padres con el encuentro es, v.gr. obtener datos sobre la herencia genética del hijo, u otros que repercutan en beneficio del menor, entendemos que éstos podrán actuar en interés del hijo, en su función de “*velar por él*”. Sin embargo, hay que tener en cuenta que al existir un conflicto de intereses entre padres e hijo, el juez, como señala el art. 300 C.c., podrá nombrar un defensor judicial que represente y ampare los intereses del menor, aunque esta solución no nos parezca la más idónea.

Ciertamente, si el art. 21 RLRC, permite a los adoptantes tener acceso al certificado literal de nacimiento, para conocer, si constan, los datos relativos al origen del hijo adoptado, y, desde que son seleccionados por la Entidad, tienen acceso a los datos relativos a la salud del menor, no vemos inconveniente para que, también, se les permita tener una reunión con la madre biológica, si es el caso, para preguntarle cuestiones relativas al menor que les preocupen y que consideren de interés para su “*formación integral*”. Cuestión distinta sería que el menor se opusiera a conocer datos sobre su familia de origen, y que los adoptantes le transmitieran esa información en su perjuicio, ya que entendemos que el derecho a conocer permite graduar el modo de ejercerlo, o de no ejercerlo.

De otra parte, no debe olvidarse que si hemos construido el edificio de los derechos del niño sustentándolo en “el interés del menor”, la opinión del menor sea un elemento esencial para averiguar dicho interés.

Por último, entre los conflictos relativos a la adopción que pudieran presentarse en el ejercicio de la patria potestad, tenemos que referirnos a los derivados de las relaciones del menor con la familia biológica o alguno de sus miembros. A este respecto hay que señalar que el menor necesitaría la autorización de sus padres para mantener relaciones con su madre biológica o con sus hermanos, bien partiera el interés del hijo,

o bien de la familia de origen<sup>727</sup>.

En el supuesto de que pese al interés del menor por mantener relaciones con su familia biológica, fueran los padres adoptantes quienes se opusieran a las mismas, en nuestra opinión, se podría abordar el conflicto que se originara por ello, también, a través de mediación; así, podrían conocer los padres cuál es el interés real del menor, facilitándoseles el espacio para que pudieran llegar a acuerdos<sup>728</sup>. En el caso de que estos acuerdos no sean posibles, y el deseo del menor de mantener algún tipo de relación familiar continúe, entendemos que quedaría abierta la misma vía de solicitar la actuación de un defensor judicial<sup>729</sup>, a tenor del art. 163 C.c., al igual que en el supuesto al que anteriormente aludimos, en el que los padres se opongan a que el hijo adoptado solicite a la Administración los datos relativos a su origen.

Ciertamente, y a pesar de las especificidades abordadas que presentan las relaciones familiares derivadas de la adopción, hay que tener en cuenta que de la investigación llevada a cabo por PALACIOS<sup>730</sup> se desprende que sobre una muestra de 393 familias, el 85% de los padres entrevistados se sienten satisfechos con la adopción, el 90% manifiesta que su vida ha sido más feliz como consecuencia de ella y el 96% está contento con las características actuales de su hijo adoptado. El estudio afirma, también, que los niños adoptados son prác-

---

727. Podríamos entender que, a partir del art. 160.2 C.c., cabría reconocer, si bien excepcionalmente, un derecho de visita de los padres biológicos incluyendo a los mismos dentro del término “allegados” (Vid. ROGEL VIDE, C, Op. cit, loc. Cit), si bien siempre condicionado a la voluntad del menor, y, por ende, a la de sus representantes legales.

728. Sería una mediación familiar por conflictos entre padres e hijos, igual a la que puede ofrecerse si los padres se niegan a que el hijo busque sus orígenes.

729. El propio art. 160, señala que “En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias”. Por lo que si fracasa la mediación siempre quedará abierta la vía judicial para que el menor pueda ejercitar el derecho que le asiste, (también, en caso que se considere que la familia biológica son allegados, y se les negaran las visitas, podrían acudir a la vía judicial, si no da resultado la mediación).

730. Vid. PALACIOS.....Op. cit, págs. 141-142

ticamente indistinguibles de sus compañeros actuales en cuanto a rendimiento escolar y equilibrio emocional; en cuanto a las familias adoptivas, en la forma de situarse ante la paternidad/maternidad, en la forma de relacionarse con sus hijos, en su estilo de comunicación interpersonal y de pautas de educación, presentan la misma heterogeneidad que las familias con hijos no adoptados.

De lo anterior podemos colegir que el nivel de satisfacción en las familias adoptantes, respecto a la plena integración del hijo adoptado y a la comunicación entre sus miembros, es muy alta, pero en caso de que dicha comunicación esté deteriorada, o para tratar de optimizarla y facilitar acuerdos, la mediación es una herramienta importante con la que puedan contar las familias.

## **2.2. ENCUENTROS ENTRE FAMILIA BIOLÓGICA Y ADOPTIVA.**

Especial interés tiene el espacio de mediación en el proceso de búsqueda-encuentro de los orígenes. Con este binomio nos referimos al conjunto de las gestiones que una persona adoptada realiza para enlazar con su pasado preadoptivo. Estas van desde la obtención de su partida original de nacimiento, pasando por la consulta de su expediente de adopción, hasta la búsqueda de sus padres naturales y la toma de contacto con ellos<sup>731</sup>.

En las diferentes etapas que se presentan en el referido proceso pueden surgir distintos espacios de actuación. Así, la intervención desde la psicología tendrá notable interés en el tratamiento de las emociones de las personas implicadas (sentimientos de culpa, de abandono, duelos no resueltos...); asimismo, se perfila claramente en ese proceso un ámbito jurídico: acciones legales de filiación, acceso a los registros, conflicto entre los derechos fundamentales de las partes.

---

731. "La búsqueda de orígenes para personas adoptadas: trampas y perspectivas". Doc procedente del Servicio Social Internacional-CIR.

Sin embargo, todos ellos no son excluyentes del espacio que en los conflictos derivados de la adopción puede propiciar el instituto de la mediación.

Hay que tener en cuenta que ante la demanda de búsqueda de orígenes y la ausencia de normas que regulen procedimientos facilitadores, muchas son las Instituciones<sup>732</sup>, o incluso los profesionales, que se han ofrecido y se ofrecen como “intermediarios”. Así, el Servicio Social Internacional, SSI\_España, vino tratando casos relativos a la búsqueda de la familia de origen, planteados por el SSI del Reino Unido y de los Países Bajos, desde el comienzo de los años ochenta. Entre las situaciones planteadas destaca la búsqueda por el adoptado de su familia de origen, teniendo la madre la nacionalidad española<sup>733</sup>. En ocasiones, son los funcionarios de los Juzgados los que, desde el anonimato, se ponen en contacto con los interesados, ofreciendo pistas para las búsquedas<sup>734</sup>. Otras veces, son los medios de comunicación, como la televisión, los que ofrecen sus espacios para canalizar ese interés de las partes<sup>735</sup>. Sin embargo, entendemos

---

732. V. gr. la Iglesia ha venido actuando como “mediadora”, en supuestos como el de la sustracción de los libros de la casa cuna de Navarra. Según noticia publicada en el diario EL PAÍS, de 13 de octubre de 1996, “Más de doscientas personas han conocido a sus madres biológicas tras el robo de los libros de un orfanato de Navarra...*El Arzobispado de Pamplona, que ha actuado como mediador en los 200 casos explica que la mayoría de los encuentros han sido “una fuente de gozo” y han constituido “episodios humanamente reconfortantes”*. El Arzobispado de Pamplona, mantuvo durante mucho tiempo abierta una oficina para atender estos casos, produciéndose, en ocasiones, los encuentros en el Palacio Arzobispal.

733. Señala PÉREZ, M., “Búsqueda de familia de origen: experiencia del Servicio Social Internacional (SSI)”, *TRABAJO SOCIAL HOY*, N<sup>o</sup>3 1994, págs 98-100 que “ los principios fundamentales para la intervención en esta problemática son: la actuación de profesionales especializados, el tratamiento individualizado, el respeto a la dignidad y los derechos de las personas implicadas, en el marco de la legislación vigente, y la coordinación en la intervención de los Servicios de los lugares de residencia de las dos partes implicadas”. En efecto, el tratamiento individualizado permite prestar el apoyo y la asesoría necesaria a ambas partes, garantizándoles además la confidencialidad y *acompañándoles a lo largo del proceso*. Por lo que ha de reconocerse que esta labor que llevaron a cabo los SSI, como intermediarios, garantizó, en buena medida, el respeto a los derechos de las partes.

734. Así se recoge en el diario *EL PAÍS*, en noticia de 22 de febrero de 1998; manifestando algunos componentes de la ASOCIACIÓN NACIONAL DEL DERECHO A SABER, que les consta que funcionarios de distintos juzgados de España, están haciendo todo lo que pueden para ayudarles en su búsqueda de los orígenes.

735. En la mente de todos están algunos espacios televisivos que han facilitado las búsquedas, con los pros y los contras que esto ha supuesto, pero que no han podido cubrir el espacio del encuentro de una forma idónea, ni garantizar la confidencialidad, esencial en estos casos.

que el espacio idóneo para los encuentros puede ofrecerlo la mediación.

La necesidad de dar respuesta a la búsqueda de sus orígenes por los adoptados, es un hecho que cada vez se presenta en mayor medida en los distintos países, así, en muchos de ellos, se están tomando iniciativas para desarrollar mecanismos que faciliten el proceso de búsqueda y encuentro entre la familia biológica y el adoptado, en ocasiones, con criterios amplios, y en otros, con criterios más restringidos, pero, en cualquier caso, se pone de manifiesto la conveniencia de ofrecer desde la Administración un espacio idóneo para ello, que en algunos supuestos es específicamente de mediación.

Así, en *Gran Bretaña*, la reforma de la adopción por la Children Act de 1989<sup>736</sup>, permitió que las familias biológicas de los adoptados pudieran expresar su deseo de saber sobre sus hijos mediante la creación del “*Adoption Contact Register*”; en dicho registro podrán inscribirse tanto los adoptados mayores de edad que deseen ser encontrados por su familia biológica, como las familias de origen y sus miembros, pero la decisión de establecer contacto con los familiares corresponde al adoptado. En dicha Ley se prevé, también, la posibilidad de que se establezcan relaciones entre la familia biológica y el adoptado tras constituirse la adopción, acordadas por el Juez. Así, el Tribunal puede incluir en la resolución judicial estas cláusulas, denominadas (*contact order*)<sup>737</sup>, que se adoptan en interés del adoptado, teniendo en cuenta su edad y las relaciones anteriores entre este y su familia natural. Para facilitar los encuentros entre familia biológica y adoptiva se han creado los servicios de mediación, vinculados a los Centros de Postadopción, así, es reseñable la experiencia que el servicio de Londres, viene desarrollando en este sentido<sup>738</sup>.

---

736. La Children Act de 1989, modificó la Adoption Act de 1976, añadiendo la Section 51 A.

737. Vid. Vid. HOWE, D. y FEAST, J. *Adoption, search & reunion. The long term experience of adopted adults*. The Children Society. London. 2000, pág. 8.

738. Vid. SALES, S. “Mediation in adoption: Some reflections on a new service”. *Family Mediation*,

La creación del citado servicio se inspiró, originalmente, en la mediación familiar que se venía ofreciendo para ayudar a las familias que se estaban divorciando o separando a adoptar acuerdos en un espacio no adversarial. La protección que para el menor supone el espacio de mediación, pues trata de reducir, si no evitar, que los menores sufran las tremendas consecuencias de la ruptura del vínculo ya sea matrimonial, o de pareja, de sus padres, alejándoles del “epicentro del conflicto”, se consideró especialmente interesante en la configuración de este espacio para la adopción. La razón era, principalmente, el paralelismo que existía en las adopciones de niños de cierta edad, que son separados de sus padres biológicos y dados en adopción, y en las que el niño frecuentemente tenía una relación establecida con su familia de nacimiento, y las situaciones en que los progenitores se separaban o divorciaban y existían conflictos en relación con la custodia del menor y el régimen de visitas.

El servicio de mediación tomó como punto de partida la presunción de que traer a los padres juntos, en un foro independiente, fuera del proceso de adopción, podría ser beneficioso para el niño adoptado por diversas razones: el niño podría conocer su origen y su historia familiar, ampliaría sus relaciones familiares, y los acuerdos a que voluntariamente se hubiese llegado se mantendrían en mayor medida que si hubiesen sido impuestos. La complejidad del ámbito en el que está interviniendo el servicio, no impide que los resultados que se están obteniendo sean satisfactorios, por lo que se considera que éste modo de actuación debería ser aplicado de un modo más generalizado<sup>739</sup>.

En *Francia*, también se han dado pasos hacia una adopción más permisiva con las relaciones entre adoptados y familia biológica, así, el Consejo de Estado

---

1996, Vol 6, nº 1, págs 14-15. Expone el artículo una breve historia del servicio de mediación en el Centro de Post-adopción, en Londres, y explora algunas de las dificultades encontradas al introducir la mediación en el campo de la adopción.

739. Vid. SALES, S. “Mediation in adoption: Some reflections on a new service”. *Family Mediation*, 1996, Vol 6, nº 1, pág. 15.

francés ha llevado a cabo un estudio para evaluar el modo de permitir a padres biológicos y a los hijos adoptados manifestar su interés y consentimiento para revelar sus identidades; se pretende diseñar un sistema por el que se recojan y conserven los datos relativos a la identificación de ambos, respetando siempre la negativa de los padres biológicos a que se conozca su identidad. Para ello, se ha propuesto crear “*El Conseil pour la recherche des origines familiales*”, integrado por el Ministerio de Justicia y Asuntos Sociales que registraría la voluntad de los padres, conservaría las informaciones y llevaría a cabo los trabajos de mediación”<sup>740</sup>.

En España, como hemos expuesto, en principio, sólo el adoptado mayor de edad tiene derecho a iniciar la “*búsqueda*” de su familia biológica, pero para los progenitores o para los hermanos biológicos el camino hacia ese encuentro es más difícil de recorrer, ya que, como ha quedado de manifiesto, la *legitimidad de su interés* ha de ser apreciada judicialmente, cuestión que no siempre resulta fácil. Sin embargo, tanto en la práctica<sup>741</sup> como en la legislación<sup>742</sup>, se va abriendo paso con fuerza la idea de tomar en cuenta el interés de la familia de origen para ofrecer la mediación, si el adoptado lo acepta. Ciertamente, aquellas personas cuyas familias, por diversas razones, renunciaron a ellas, no sólo tienen el

---

740. Vid. Conferencia de prensa de Segolene Royal, Ministra delegada de la familia y de la infancia, sobre la reforma del alumbramiento bajo X, y la creación del Consejo nacional para el acceso a los orígenes personales, en el que atribuye al Consejo funciones de mediación. Tomado de la siguiente web: <http://recherche.sante.gouv.fr/search9>., el 25 de enero de 2001.

741. Vid. Experiencia del Servicio de mediación, en la Unidad de Postadopción de la Junta de Andalucía, en Sevilla.

742. Así se reconoce este derecho expresamente a la familia biológica, a tenor del Art. 62. del Proyecto regulador de la Comunidad de Castilla y León, relativo a la mediación en la búsqueda de los orígenes. Vid. Supra. Prevé la Ley un sistema de anotaciones marginales en la inscripción registral relativa a la adopción, a través del cual, tanto el adoptado como la familia biológica, puedan manifestar su interés por “hacer uso de los servicios de mediación para conocer algún dato... o propiciar el encuentro”. Lo cual nos plantea muchas dudas, principalmente, si se tiene en cuenta que el acceso al contenido de dicha anotación, o, simplemente, a la de su existencia, queda condicionado a que el mayor adoptado previamente haya expresado por escrito, su decisión de ser informado al respecto. Vid, también, Proyecto de Ley de mediación familiar de Andalucía.

derecho a conocer sus orígenes, como venimos manteniendo, sino que, además, si la otra parte también lo desea, deberían tener la oportunidad de encontrarse con ella; asimismo, entendemos que se han de arbitrar mecanismos para dar la oportunidad a la familia natural de manifestar su interés por conocer al adoptado y encontrarse con él si también lo desea.

En cualquier caso, es fundamental que el momento del encuentro se hiciese acompañado por un profesional que fuera capaz de crear un espacio neutral para la mejor comunicación, actuando como catalizador, y dejando que fueran las partes mismas quienes definan el contenido del conflicto que pudiera existir entre ellas. Es decir, *el encuentro debería ser mediado*. En este caso, entendemos, que la función que tiene la mediación es la de ofrecer a las partes un espacio nuevo de diálogo y comunicación, ya que como señala GIRÓ PARÍS, J, la mediación apuesta por vislumbrar en los conflictos la oportunidad de la transformación<sup>743</sup>.

Basándonos en la clasificación realizada por REITZ Y WATSON <sup>744</sup>, entendemos que en el proceso de búsqueda hay distintas fases con contenidos específicos, algunas de las cuales entendemos que han de estar íntimamente vinculadas a la mediación familiar<sup>745</sup>. Así podemos señalar las siguientes:

---

743. Vid. GIRÓ PARÍS, Jordi, “La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa”, *Educación Social*, 8. Pág.

744. Vid. REITZ, M. Y WATSON, K.W. *Adoption and the family system*. The Guilford Press. New York, 1992. Citado por AMORÓS, Op. cit, pág. 115.

745. Respecto a las etapas de la mediación familiar en separaciones y divorcio Vid. RIPOL-MILLET, A. *Familias, trabajo social y mediación*. Paidós Trabajo social, 10. Págs 152 y ss. Es interesante la exposición que realiza de las fases de la mediación en adopción ROZENBLUM DE HOROWITZ, S. “Adopción abierta y mediación”, en la *Revista de Derecho de Familia*, núm 12., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 120-121. La primera etapa es la de “*contacto y contrato*” del proceso de mediación y es la explicación del proceso. La segunda consiste en “*ventilar emociones*” y permite darle a cada parte la posibilidad de hablar de su versión de los hechos. El mediador apoya con empatía, utilizando principalmente la escucha activa, validando los sentimientos, y tratando de manejar emociones como la ira que puedan presentarse. La tercera es “*comprender y buscar los intereses, necesidades, y las expectativas* de solución de las partes del conflicto. Se puede realizar en sesiones

*a. Decidir investigar:* Tal como venimos manteniendo, el adoptado necesita con frecuencia apoyo para hacer frente a los sentimientos más intensos de miedo a lo desconocido, al rechazo o a la pérdida de control. La tarea del técnico en esta fase es ayudar a la persona explicándole lo que el proceso, en distintos aspectos<sup>746</sup>, puede traer consigo. Esta función pueden desarrollarla, fundamentalmente, trabajadores sociales y psicólogos, aunque también abogados, en las cuestiones que le afecta<sup>747</sup>. Todas estas actuaciones quedan fuera del marco de la mediación familiar, sin embargo, y para el caso de que la decisión de investigar fuera fuente de conflictos entre el hijo y sus padres adoptivos, la mediación brindaría un espacio idóneo para abordarlos.

*b. Localizar a la persona buscada:* En este momento, el técnico ha de colaborar apoyando en la búsqueda, o bien orientar en periodos depresivos ante la ausencia de éxito. Esta función la pueden acometer trabajadores sociales, psicólogos y abogados, según se trate de necesidades psico-sociales o jurídicas, pero no es función del mediador llevarla a cabo.

*c. Hacer el contacto:* La manera y el modo en que la persona a quien se desea contactar tenga noticia de ello, es fundamental para la buena marcha del proceso de búsqueda-encuentro.

*d. Integrar la experiencia del encuentro:* Cada proceso tiene unas características muy especiales, que generarán una dinámica diferente, tanto en el número de sesiones, como en el contenido de los temas a tratar, demandando un tratamiento específico.

---

conjuntas o, alternarlas con “caucus” (sesiones privadas con cada parte). Si esta sesión tiene lugar, el mediador preguntará qué quiere que permanezca en el secreto y se respetará tal confidencialidad. El acuerdo al que, si es el caso, puede llegarse estará redactado en un lenguaje claro, asertivo, tratando de ser fiel a lo expresado por las partes.

746. Tanto psicológicos: frustración, inseguridad, dolor, como jurídicos: posibilidades reales de la acción a ejercitar, tiempo, dinero...).

747. Vid. Lo expuesto respecto al Proyecto de Castilla y León sobre la mediación en la búsqueda de orígenes.

En mi opinión, la mediación sería aconsejable en las dos última etapas: llevar a cabo el contacto, e integrar la experiencia del encuentro, por ello, me detendré especialmente en ellas.

Una vez que el adoptado haya obtenido los datos relativos a su origen y la identificación, por tanto, de los progenitores<sup>748</sup>, podrá acudir al Servicio de mediación solicitando información, y, en el caso en que esté conforme con las características del proceso que le haga saber el mediador, firmará el documento en el que se compromete a someterse a dichos principios<sup>749</sup>, asumiendo determinados derechos y deberes<sup>750</sup>. Entre dichos deberes no estaría el de aportar el expediente administrativo de adopción al mediador, aunque resultaría de interés en el proceso que el mediador pudiera tener una amplia información sobre el caso<sup>751</sup>. Por ello, y en contra de lo que propugna el Proyecto regulador de la

---

748. Podría el adoptado solicitar ayuda a la unidad de post-adopción para localizar a dichas personas, y, de no ser posible, recurrir a medios privados de investigación. Cabe que el servicio de mediación esté integrado en una unidad de post-adopción, pero entendemos que han de ser otros profesionales y no el mediador los que realicen las acciones de búsqueda.

749. No será necesario que el adoptado (en su caso, familia biológica), firme la solicitud de mediación en el mismo momento que recibe la información, sino que, más bien, sería más idóneo que reflexionase al respecto, e incluso pudiera llevarse algún documento explicativo que pudiera consultar. Posteriormente, y ya tomada la decisión acudiría a formalizar la solicitud. Sin embargo, si tiene clara su decisión tras la información que le brinda el mediador, no vemos inconveniente para que suscriba dicha solicitud. En este caso, la formalización de la solicitud de mediación, entendemos que tendría el contenido de una sesión de premediación (información sobre el proceso, sus características, los principios que lo regirán, los honorarios de los profesionales...), y tras ella, el solicitante y el mediador suscribirían el acta inicial en que se contemplarían las obligaciones de ambos, relativas a la buena fe, la confidencialidad y a los demás principios que han de regir necesariamente la mediación. Entendemos que ha de ser este el momento de firmar el acta inicial porque es importante que la persona que insta la mediación, una vez que solicita la actuación del mediador y ha sido debidamente informado, estando conforme con ello, asuma los compromisos que el proceso de mediación conlleva, lo cual redundará en garantía de un correcto desarrollo del mismo. Además, si se trata de un servicio al que se han de abonar honorarios, podría ocurrir que la persona que solicitó el servicio, después perdiera su interés y no los abonara.

750. Entre ellos entendemos que estaría no intentar contactar por su cuenta con la persona buscada, ya que iría en contra de la buena fe que ha de presidir la mediación. Ello podría dar lugar a que el mediador renunciara al proceso, concluyéndose la mediación.

751. Sin embargo, las preguntas que el mediador irá realizando a las partes a lo largo del proceso, podrán obviar los documentos que no se presenten, permitiéndole tener una visión global del conflicto y facilitar su gestión.

Comunidad de Castilla y León, relativo a la mediación en la búsqueda de los orígenes, entendemos que no corresponde que la mediación vincule su espacio al acceso de los datos que se contengan en los expedientes administrativos de adopción, aunque puedan afectar dichos expedientes a los “intereses legítimos de terceros”<sup>752</sup>, ni al apoyo que requiera dicho acceso<sup>753</sup>.

Respecto a la fase en que se ha de llevar a cabo el contacto, hay que tener presente que, como diferencia esencial en la materia, no debe confundirse el derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes, con el derecho a encontrarse con la madre biológica, y, por ende, con la correlativa obligación de la madre a encontrarse con él. Así, mientras el primero entendemos que no está sujeto a transacción, el segundo, sólo podrá ser ejercido previo consentimiento de la madre, o en su caso, de la familia biológica<sup>754</sup>. De ahí, la importancia que tiene que las partes no se vean intimidadas en un primer contacto, y el profesional pueda transmitir el interés que mueve, v.gr., al adoptado para instar la mediación.

Por tanto, entendemos que es conveniente que el propio servicio de mediación sea el que comunique a la familia biológica el deseo del adoptado de encontrarse con ella, o de tener algún tipo de relación. E igualmente, en los casos en que sea posible, habrá de hacerlo respecto del adoptado y la familia natural<sup>755</sup>.

---

752. Vid. art. 62 del citado Proyecto.

753. Para ello, están otros espacios y otros profesionales. Lo contrario, como hemos indicado, desvirtuaría la mediación.

754. Lo mismo cabría predicar de los hermanos biológicos u otros parientes de origen..

755. En la práctica, suelen enviarse cartas en que, tras comunicarle que la persona con los datos biológicos....., ha mostrado interés por conocerle, se les ofrece el servicio de mediación para el encuentro, señalando un plazo para que, si también es su interés, se pongan en contacto con ellos. La experiencia es que en cuanto reciben la carta llaman al servicio para saber de qué se trata; en muchos casos temiendo la reacción de las personas que les buscan, y lo que la nueva situación puede afectar a su familia. Aquí se aprovecha la oportunidad de explicarles cómo se llevaría a cabo el proceso, si lo desean, y de concertar las primeras entrevistas individuales. *Un modelo de carta que suele utilizarse es el siguiente:* “...el Servicio....se dirige a usted, para poner en su conocimiento que D.....con apellidos biológicos....., ha solicitado nuestra colaboración para intermediar en la búsqueda de su familia biológica. Este servicio, en la realización de dicho proceso de búsqueda ha tenido conocimiento de la existencia de otros miembros del sistema familiar biológico de

En cuanto a la etapa en que se pretende integrar la experiencia del encuentro, hay que apuntar que, una vez que la familia biológica ha sido informada del interés del adoptado, y estando conforme en comunicarse con él, se le habrá de informar igualmente del procedimiento de mediación, y de los principios que lo rigen, firmando el acta inicial por el que se compromete, asimismo, a asumirlos<sup>756</sup>. Algunos autores<sup>757</sup>, con mucha razón, recomiendan a los profesionales que trabajan con los padres biológicos que, con anterioridad al encuentro con los hijos, discutan con los ellos algunos aspectos como: expectativas no realistas, miedos al rechazo, derechos y responsabilidades, implicaciones para el adoptado y los padres adoptivos, frustración, actitudes actuales de la familia, motivación, e implicaciones para todos los afectados<sup>758</sup>, pero, tampoco hay que

---

nuestro solicitante, por lo que nos ponemos en contacto con usted, para conocer su interés en entablar una posible relación futura con su familiar biológico. En caso de que este interés sea positivo, para el viable establecimiento de relaciones familiares, solicitaríamos su colaboración para ser parte interesada en el proceso de mediación. Todo proceso de mediación exige la voluntariedad de las partes, así como la confidencialidad de los datos que se puedan recabar. Si pasado un mes desde la notificación de esta petición de colaboración, el Servicio no ha recibido noticias suyas, entenderemos que no desea entrar en contacto con su familiar...”

756. Creemos que este procedimiento sería más conveniente para este contexto que aquél en el que, tras una reunión inicial conjunta con las partes, se levanta acta de la misma, haciéndose constar por escrito la aceptación de los principios y demás características del proceso, firmando las partes dicho compromiso, y dando comienzo entonces a las sesiones de mediación (Vid. por ejemplo, el proceso contemplado en los arts 19 y ss del Proyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco). La razón es que la primera reunión reviste una especial importancia, es “el primer encuentro”(en la mayoría de conflictos familiares las partes ya se conocen (separaciones, divorcios, alimentos, sucesiones...), o tienen importantes referencias del otro (v.gr. sucesiones). Éste es, tal vez, de los pocos supuestos en que las partes llegan con un desconocimiento mutuo importante, que les generará más ansiedad, por ello, consideramos que hay que adelantar las fases para que sientan una “cierta seguridad”, al menos, del “espacio” en que se van a encontrar. Por ello, consideramos que a él deben llegar las partes debidamente informadas y comprometidas con el proceso de mediación, y, por ende, preparadas para ello.

757. Vid. WINKLER ET ALTER, *Clinical practice in adoption*. Pergamon Press. New York, 1990, citado por FUERTES ZURITA, J, Y AMORÓS MARTÍ, P. “Teoría y práctica de la adopción”. En DE PAÚL OCHOTORENA, J, Y ARRUBARRENA MADARIAGA, M.I. *Manual de protección infantil*. Ed. MASON, S.A. Segunda edición, Barcelona, 2001, págs 480.

758. Vid. lo expuesto en relación a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, SAP de 8 de mayo de 2000. El Tribunal tras escuchar a la menor, y habiendo reconocido previamente que la adopción era ilegal, negó las visitas entre la progenitora (que había venido mostrando una preocupación constante por la hija, a la que renunció antes del plazo previsto por la Ley) y la adoptada, en interés de ésta. Interés que entendemos que afecta al un momento y edad concreta de la menor y que, naturalmente, será revisable en función de las condiciones de la menor. En caso de que finalmente se pudiera llevar a cabo el encuentro, sería fundamental preparar previamente a todas las partes, pues de lo contrario el proceso de mediación podría verse frustrado.

olvidar el trabajo previo con el adoptado. En este sentido, consideramos que el conflicto se podría abordar con el adoptado desde la mediación, primero, con sesiones previas individuales en que le se facilitaría conectar con sus verdaderas necesidades que le han llevado a tener una reunión con la familia biológica; por tanto, desde la posición “quiero conocer a mi madre”, al interés: “qué beneficio espero obtener de dicho encuentro”.

La misma intervención podría llevarse a cabo con la madre o cualquier familiar biológico. Esta actuación previa, que también entendemos es de mediación por la forma en que el conflicto deber abordarse y el modo en que se han de respetar los principios que la presiden, puede resultar muy beneficiosa para que las sesiones posteriores avancen en beneficio de las partes<sup>759</sup>. Si en esta etapa, los profesionales expertos en mediación, detectaran alguna causa que, según la Ley, imposibilitara el buen desarrollo de la mediación, podrían dar por finalizada su intervención, antes de que se produzca el encuentro entre ellas<sup>760</sup>. Hay que tener presente que en el proceso búsqueda-encuentro, las partes puede que no deseen encontrarse materialmente en un primer momento, o de modo definitivo, y pretendan solamente recibir información mutua a través del mediador; tal vez, también deseen llegar a algún pacto a este respecto como enviarse correspondencia, fotos, o comunicarse en caso de enfermedad, o ante hechos importantes en la vida de una persona (matrimonio, nacimiento de un hijo...). En nuestra opinión, la mediación aquí cumpliría igualmente su función, sirviendo a la voluntad de las partes, y ajustándose a las características que le

---

759. El mediador permitiría que se ventilasen las emociones, reconduciéndolas, para que en la sesión conjunta las partes fueran más relajadas, y hubiesen liberado parte de la tensión que traen, y que necesariamente se acumula a la del encuentro en sí. A través de las preguntas, tratarían de que las partes fueran descubriendo sus intereses y qué expectativas tienen ante el próximo encuentro; incluso, podrían ayudarles a poner de manifiesto qué temas les interesaría tratar en la reunión, y elaborar una agenda común, así el mediador podría prepararla con mejor criterio. Se trata de sesiones individuales, a modo de “caucus”, a las que accederían las partes tras haber sido informadas de las características del proceso, y haber firmado el documento de compromiso inicial.

760. Vid. causas de renuncia en la mediación.

son propias. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el adoptado y la familia biológica suelen desear el encuentro.

Para el supuesto en que el encuentro sea posible, y aceptado por las partes, la mediación les ofrece una importante garantía, tanto a quien elige buscar, como a quien resulta “encontrado”, y es la *confidencialidad*. Ciertamente, dado lo delicado de las situaciones que pueden presentarse en el proceso a que venimos refiriéndonos, pocos espacios pueden ser tan idóneos como la mediación familiar, para que las partes sean respetadas en su intimidad y en sus intereses. La profesionalidad del mediador, su actuación imparcial y neutral será clave en el buen desarrollo del proceso.

En el encuentro entre las partes, la primera reunión es decisiva, y puede que, tras ella, el adoptado y su familia biológica no tengan necesidad de establecer contactos de nuevo, bien porque se han satisfecho las expectativas de algún modo<sup>761</sup>, o bien, porque las partes ven que no podrán hacerlo. Es posible, también, que aquellos pasen posteriormente a una fase de negociación, y en ella surja la posibilidad de establecer pactos.

Uno de los principales escollos que se han encontrado a la hora de negociar en este contexto, cuando el hijo es menor, es el desequilibrio de poder existente en los encuentros entre familia biológica y adoptiva, ya que mientras aquellos renunciaron a su hijo, éstos tienen todo el amparo de la Ley. Sin embargo, en las dos partes el interés suele coincidir, porque se trata del beneficio del menor. El fortalecimiento de las partes (empowerment) y el reconocimiento de que el otro tiene un interés legítimo para poder comunicarse a favor de su hijo <sup>762</sup> (re-

---

761. V.gr. El adoptado ha recibido la información que demandaba, o la madre se ha encontrado con su hijo comprobando que está bien.

762. Tanto los adoptantes, que en muchos casos necesitan sentirse “autorizados” para llegar a ser padres de ese niño, como los padres biológicos, algunos de los cuales necesitan tener “algún lugar” en la vida de “sus hijos”.

cognition), serán fundamentales en el proceso de mediación. En él, las partes podrán explorar sus necesidades y las del niño, y podrán llegar a acuerdos en beneficio de todos, pero, principalmente, en el del hijo. Cuando el encuentro se propicia entre adultos, también será fundamental que el mediador mantenga el principio de igualdad entre las partes, para que puedan convenir lo que sea de su interés.

Distintas etapas se han de establecer, también, para que pueda ir incorporándose la experiencia del encuentro a toda la familia del adoptado, o/y la familia biológica; incluso, a la familia que pudieran tener éstos, siempre con la voluntad como marco de actuación. Sería deseable, que tras las reuniones individuales, y las fases de contacto que se hubieran acordado, tuviera lugar la reunión conjunta, primero, entre las personas directamente afectadas<sup>763</sup>, y posteriormente, si resulta de interés para todos, se iría abriendo el espacio de mediación a los demás miembros de las distintas familias. Esta última posibilidad, que en la práctica tiene importantes consecuencias<sup>764</sup>, permite tomar decisiones y llegar a acuerdos sobre las posibles relaciones que quieran mantener los directamente implicados<sup>765</sup>.

Hay que tener en cuenta que dado que no existe vínculo jurídico entre los adoptados y su familia biológica, los acuerdos a los que lleguen las partes tendrán fuerza de contrato privado entre ellos, que voluntariamente se obligan a cum-

---

763. En el caso de ser menores, habría de valorarse, según la edad, el grado de discernimiento de la persona y el deseo que expresen, si sería conveniente o no que estuvieran acompañados de sus padres adoptivos. Tal vez, sería conveniente trabajar en mediación lo que supone para el hijo el encuentro, y por qué su interés, v. gr., de tener el primer contacto él solo con su madre biológica. Así los padres que tengan dificultad para entender la decisión del hijo, podrán conocer la razón de ese deseo y valorarlo. (mediación en los conflictos en el ejercicio de la patria potestad, derivados, por tanto de relaciones paterno-filiales). hijos

764. A veces, se crean familias extensas.

765. En el caso de que se trate de menores, vid los posibles conflictos que pudieran derivarse de ellos. Vid. Supra.

plir: “la voluntad tiene fuerza de ley entre las partes contratantes”<sup>766</sup>. Así, no es extraño que convengan, desde mantenerse en contacto en fechas especiales, (navidades, cumpleaños...), hasta otros tipos de pactos personales o patrimoniales, de derecho disponible.

En la sesión en que se de por finalizada la mediación se habrá de levantar el acta final, firmada por las partes y el mediador, que recogerá en términos sencillos los acuerdos aceptados por ellas, o bien la imposibilidad de haber llegado al mismo. Como señalamos, los acuerdos que consten en el acta final serán válidos, y obligarán a las partes que lo hayan suscrito siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

Tras la periodicidad de los encuentros que las partes con la facilitación del mediador decidan, es conveniente que el equipo técnico de mediadores realice un seguimiento del caso. Ello, daría información importante sobre la forma de relacionarse de esas personas, y su concepto de “familia extensa”, del cumplimiento de los acuerdos a que voluntariamente han llegado, o, simplemente, del nivel de satisfacción de las personas ante sus expectativas originarias.

Diversos son los estudios realizados sobre el proceso de búsqueda de los orígenes, como el de PACHECO Y EME<sup>767</sup>. En el se determina que la mayoría de los adoptados (71%) se sintieron aceptados en el encuentro con su familia bioló-

---

766. Vid. Arts. 20 y 21 de la Ley de mediación familiar de Valencia, Art. 14 Ley de mediación familiar de Canarias, y el art. 6. del Proyecto de Ley de mediación familiar del País Vasco, que dispone: “1. Una vez suscritos, los acuerdos que se tomen serán de obligado cumplimiento para las partes, si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos, debiendo referirse a materias de derecho privado dispositivo en los términos previstos en el artículo 5”. 2. Los acuerdos que se adopten deberán dar prioridad al interés superior y al bienestar de los hijos menores de edad o mayores incapacitados, si los hubiera”. Teniendo en cuenta que el art. 5 se refiere a los conflictos entre las personas adoptadas, su familia adoptante y su familia biológica, como objeto de la mediación familiar, entendemos que le es aplicable lo dispuesto sobre acuerdos, también en esta sede.

767. PACHECO, F. Y EME, R.: “An outcome study of the reunion between adoptees and biological parents”, *Child Welfare League of America*, N° LXXII, 1993

gica, por lo que se valoró el mismo de forma positiva. Otros estudios arrojan similares datos (Children Society, un 68 %), pudiendo concluirse de ellos, que a las personas adoptadas que tuvieron deseos de encontrar a los miembros de la familia de origen y obtuvieron información, les sirvió para rellenar los vacíos que les faltaban y para construir un sentido de identidad más completo. Del mismo modo, pudieron disipar fantasías y preciar más a los adoptantes; especialmente, si se han sentido apoyados por ellos durante el difícil camino que han elegido seguir.

Ciertamente, el encuentro, es como un puente que posibilita respuesta a las preguntas sobre el pasado y el futuro del adoptado, mejora en muchos casos su autoestima, y en ocasiones optimiza la relación con los padres adoptivos. Por ello, es tan importante cuidar ese momento<sup>768</sup>. A los padres de origen también les permite, en general, cerrar una etapa importante de su vida al saber, de nuevo, del hijo al que tuvieron que renunciar, y les permite, en muchos casos, darse la oportunidad de “perdonarse”, en el caso de que el sentimiento de culpabilidad no se hubiese disipado.

Es fundamental partir del hecho de que el encuentro ha de ser querido por ambas partes, pues el derecho a conocer el origen se agota en ese ejercicio, sin que alcance a vincular la voluntad de la familia biológica para que aquél se produzca, siendo libre, al igual que el adoptado, para decidir no sólo que el encuentro tenga lugar, sino también, su contenido y desarrollo. Las partes han de comprometerse, igualmente, a respetar los principios de la mediación en el acta inicial, asumiendo las responsabilidades que se deriven del pacto en caso de incumplimiento. Conocerse simplemente, darse explicaciones, volver a mantener contacto, o, incluso, establecer relaciones familiares, es posible en el espacio de

---

768. El mediador podrá trabajar desde las nuevas narrativas, posibilitando que madre e hijo construyan una historia común, con elementos de las dos partes, pero diferente de las originarias.

mediación, pero siempre se ha de hacer desde el respeto a las partes y a su intimidad. Por eso, a pesar de su dificultad y su delicado carácter, el encuentro no tiene por qué romper la vida de los participantes, sino que en él, más bien, las partes pueden pretender constituir una familia nuclear extensa, sin reemplazar a la familia adoptiva, sin más vínculos jurídicos que los que nazcan del acuerdo que voluntariamente pacten en el ámbito del derecho disponible. Para facilitar esas decisiones, la mediación se constituye en proceso idóneo, ya ofrezca el servicio la Administración desde las unidades de post-adopción, ya se ofrezca por empresas o mediadores privados, que, en todo caso, han de actuar ajustándose a los principios rectores de la mediación, asumiendo las responsabilidades que pudieran derivarse de su intervención.

Del éxito de la mediación (que no necesariamente ha de concluir con acuerdo) dependerá en gran medida el buen desarrollo de las posibles relaciones entre la familia de origen y el hijo adoptado, así como las ya establecidas o que puedan surgir entre éste y los terceros, especialmente con sus padres adoptivos, para los que, sin duda, la situación no es fácil. Se trata, en fin, de apostar por extender los beneficios de la mediación a contextos que exceden del ámbito en que inicialmente este proceso tuvo su desarrollo (separaciones y divorcios), entendiendo las relaciones familiares en un sentido amplio (no hablamos de familia sino de “familias”).

La mediación posibilita que un derecho esencial del ser humano, como el de conocer el propio origen, pueda llevarse hasta sus últimas consecuencias con las máximas garantías de respeto a la intimidad y a la dignidad, facilitando que la voluntad de las partes se exprese para decidir si la realidad biológica cobra o no forma de realidad familiar.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Servicio Editorial UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. Bilbao, 1998.
- ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R. “Dinámicas del conflicto en el entorno familiar”. Conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre mediación*, organizadas por el Ayto. de Vitoria, mayo, 2003.
- AMORÓS, P. Y OTROS, “La búsqueda de los orígenes en la adopción”; *Anuario de Psicología*, nº71. 1996, Facultad de Psicología. Universidad de Barcelona.
- BAHR, H., DECHAUX, J-H, STIEHR, K. “Evolución de los vínculos familiares: padres e hijos adultos”, en la obra *¿Convergencia o divergencia?. Comparación de tendencias sociales recientes en las sociedades industriales*. Eds LANGLOIS, S, Y DEL CAMPO, S. Fundación BBV. Madrid, 1995.

- BOSZORMENYI-NAGY, I. y SPARK, G. *Lealtades Invisibles*. Amorrortu. Buenos Aires. 1994.
- CANO REVERTE.: “La nueva adopción”, en RDN, 1971, págs 7 y ss.
- CASTRO LUCINI: “Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción”. ADC, 1966, págs 337 y ss, y 1968, págs 369 y ss.
- DEL CAMPO, S. *La “nueva” familia española*. Ed. EUDEMA, Madrid, 1991.
- DÍAZ ALABART, S. “La adopción del hijo del cónyuge del adoptante en el caso del fallecimiento del otro progenitor: un supuesto problemático”. En el *Libro Homenaje a D. Manuel Albaladejo*, Murcia. 2004.
- DÍAZ ALABART,S. “El pseudo “estatus familiae” en el Código civil. Una nueva relación familiar” *RDP*, 839-856.
- DÍEZ-PICAZO, Y GULLÓN.: A. *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Octava edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- DOMINICK, C. “Early contact in adoption: contact between birth mother and adoptive parents at the time of and after the adoption”, *Research Series* nº 10, Wellington: Department of Social Welfare. 1988.
- EGEA I FERNÁNDEZ,J., FERRER I RIBA, J. ; LAMARCA I MARQUÉS, A., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.(coord).: *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua : Llei 9/1998, de 15 de juliol, del*

*Codi...; Llei 10/1998, de 15 juliol, d'unions..., i Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions... Tecnos, 2000.*

- ENTELMAN, R.F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002.

- ETTER, J. "Levels of Cooperation and Satisfaction in 56 open adoptions" *Child Welfare*, 3, 257-267. 1993.

- FUERTES ZURITA, J, Y AMORÓS MARTÍ, P.: "Teoría y práctica de la adopción", en DE PAÚL OCHOTORENA, J. Y ARRUABARRENA MADARIAGA, M.I. *Manual de protección infantil*. Ed. MASSON, S,A. Segunda edición, Barcelona, 2001, pág 471.

- GAMBON ALIX.: *La adopción*, Barcelona, 1960.

- GARCÍA VILLALUENGA, L. LINACERO DE LA FUENTE, M, Coord: *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2006.

- GARCÍA VILLALUENGA, L.: "El Trabajo Social y los nuevos espacios para la mediación", Colección Trabajo Social Hoy, Ed. Mira, Zaragoza, 2000.

- GARCÍA VILLALUENGA, L. *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el Derecho de familia*. Ed. Reus. 2006.

- GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

- GARRIGA GORINA, M.: *La adopción y el Derecho a conocer la filiación de origen*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
  
- GIRÓ PARÍS, Jordi, “La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa”, *Educación Social*, 8.
  
- HALEY, J. *Terapia no convencional. Las técnicas psiquiátricas de Milton H. Erickson*. Amorrortu . Barcelona. Tercera reimpresión, 1991.
  
- HOWE, D. y FEAST, J. *Adoption, search & reunion. The long term experience of adopted adults*. The Children Society. London. 2000.
  
- HUALDE SÁNCHEZ, J.J: *Comentarios a las reformas del Código civil*. Coord. Bercovitz, 1993, págs 119-126.
  
- HUALDE SÁNCHEZ, J.J: *La adopción del propio hijo natural reconocido*. Aranzadi, Pamplona, 1979.
  
- LACRUZ BERDEJO, J.L. ET ALTER, *Elementos de Derecho civil*, T IV. Familia. Edición revisada por RAMS ALBESA, J. DYKINSON, Madrid, 2002.
  
- LEDERACH, J.P. *Enredos, pleitos y problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*. Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita. Guatemala, 1992.
  
- LINACERO DE LA FUENTE, M. *Protección jurídica del menor*. Ed. Montecorvo, 2001.
  
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Derecho del Registro Civil*, Ed. Cála-

mo, Barcelona, 2002.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ. *El Derecho civil a finales del siglo XX*. Ed. Tecnos. Madrid, 1991.

- MASLOW, A.: *Motivation and Personality*.

- MASSIP, *Les modifications aportes au droit de la famille par la loi de 8 de janvier 1993*, Defrénois, 1993.634, n°29.

- MINUCHIN, S. Y NICHOLS, M.P. *La recuperación de la familia. Relatos de esperanza y renovación*. Paidós. Buenos Aires. 1994.

- MOORE, C. W.: *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Ediciones Granica S.A., Buenos Aires, 1995.

- OCHAITA, E., ESPINOSA, M.A. “Nuevas Relaciones en el Seno de las Familias de Finales del Siglo XX: las Relaciones entre Miembros de Generaciones Alternas”. *Infancia y Sociedad*, 29 (27-45). 1.995.

- OCHAITA, E., ESPINOSA, M.A. “Nuevas Relaciones en el Seno de las Familias de Finales del Siglo XX: las Relaciones entre Miembros de Generaciones Alternas”. *Infancia y Sociedad*, 29 (27-45). 1.995.

- O' CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho civil*. Tomo IV, Derecho de familia. Ed. Edersa, Madrid, 1999. pág. 261 a 263.

- PALACIOS, J. ET ALTER, *La adopción en Andalucía*. Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales. Dirección General de Atención al Niño. Sevilla, 1997.

- PACHECO, F. Y EME, R. “ An outcome study of the reunion between adoptees and biological parents”. *Child Welfare League of America*, 1993, N° LXXII, 1, págs. 53-64.
- PÉREZ, M., “Búsqueda de familia de origen: experiencia del Servicio Social Internacional (SSI)”, *TRABAJO SOCIAL HOY*, N°3 1994, págs 98-100.
- REITZ, M. Y WATSON, K.W. *Adoption and the family system*. The Guilford Press. New York, 1992.
- RÍOS GONZÁLEZ, J.A., “El ciclo vital de la familia”. *Mediación y Orientación familiar*. Coord. BOUCHÉ PERIS J.H, E HIDALGO MENA, F. Ed. Dykinson, S.L. Madrid 2003.
- RÍOS GONZÁLEZ, J.A. (coordinador) *La familia realidad y mito*. Centro de estudios Ramón Areces. S.A. Madrid. 1998.
- RIPOL-MILLET, A. “Familias sustitutas, acogimiento familiar, adopción. Tendencias internacionales”. *Los servicios Sociales en la Atención a la Familia*. INSERSO. Madrid, octubre 1994.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La Constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al *AFFAIRE ODIEVRE*”. *Familia. Revista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*. Giuffré Editore, marzo-abril-2004.
- RIVERO HERNÁNDEZ, “¿Mater semper certa est?. Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”. *ADC*,

1997, págs. 59 y ss.

- RODRÍGUEZ CARRETERO.: *La persona adoptada*, Madrid, 1973.

- ROGEL VIDE, C.: “Comentarios a los artículos 159,160 y 161 del Código civil”, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, Tecnos, 1993, pág. 264.

- ROMPF, E.L., “Open adoption: what does the average persone think”. *Child Welfare*. 1993.

- ROZENBLUN DE HOROWITZ, S. “Adopción abierta y mediación”, en la revista de *Derecho de Familia*, núm 12,, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

- RUBIN, J.Z., PRUIT, D. G y HEE KIM, *Social Conflict: escalation, stalemate and settlement*. (2ª edic). McGraw-Hill, New York, 1994.

- SATIR, V. *Nuevas relaciones humanas en el núcleo familiar*. Pax México. México. 1988.

- SACHDER, P., “Adoption, reunion and after: a study of the serach process and experience of adoptees” *Child Welfare*, vol. LXXXI, n° 1, enero-febrero, 1992.

- SALES, S. “Mediation in adoption: Some reflections on a new service”. *Family Mediation*, 1996, Vol 6, n° 1.

- SLUZKI, C. E., *La red social: Frontera de la práctica sistémica*. Gedisa. Barcelona. 1996;

- TOUZARD, H. *La mediación y la Solución de los Conflictos*. Herder, Barcelona. 1980.
- TRISELIOTIS, J. *Open Adoption: The Filosofy and practice*". Londres (1991).
- WATZLAWICK, P. y otros. *Teoría de la Comunicación Humana*. Herder. Barcelona. 1989.
- WINKLER ET ALTER, *Clinical practice in adoption*. Pergamon Press. New York, 1990.