ACTUALIDAD JURIDICA
IBEROAMERICANA

El presente número de la revista, dedicado a "El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina" se enmarca en el Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia (GIUV 2013-101), con cuyos fondos se financia su edición.

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Dirección web: www.idibe.org

Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es
Diagramación:
Elias On
elias.on@live.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

SUMARIO

13

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA LATINA
Coordinadora: Gisela María Pérez Fuentes

DOCTRINA

A) PARTE GENERAL

01/ ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? María Paz García Rubio (España). 14

B) DERECHO DE LA PERSONA

02/ Derecho a la salud y vida de la niñez, como límite a los derechos a la privacidad y libertad religiosa. Gisela María Pérez Fuentes (México). 50

03/ Audiencias infantiles en televisión abierta, Clara Luz Álvarez (México)..... 78

04/ El PIN parental y la jurisprudencia del TEDH. Jorge Antonio Climent Gallart (España)..... 102

05/ Una visión panorámica de las legislaciones autonómicas sobre las prácticas de tatuaje, micropigmentación, *piercing* y similares: la protección de los menores y su interés superior. Manuel Ortiz Fernández (España)..... 122

06/ La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud. Víctor Moreno Soler (España)..... 142

C) DERECHO DE FAMILIA

07/ La aplicación del interés superior de niñas, niños y adolescentes en el caso del divorcio de sus progenitores. Eduardo Oliva Gómez (México) 162

08/ Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento. Cristina López Sánchez (España)..... 194

09/ El derecho-deber de relacionarse entre progenitor e hijo en Venezuela: algunos aspectos sustantivos y procesales. María Candelaria Domínguez Guillén (Venezuela)..... 224

10/ El derecho de corrección: estado actual de la cuestión desde la perspectiva del Derecho civil, penal y de la psicología del aprendizaje. María Remedios Guilabert Vidal (España)..... 284

11/ Los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad. La elección del nombre de los hijos. Juan José Nevado Montero (España) 334

12/ El régimen de guarda y custodia compartida. ¿puede ser impuesto de oficio o requiere la solicitud de los progenitores? Ana Añon Larrey (España) 360

13/ La custodia compartida en Colombia: Elementos fundantes de una nueva concepción. Esperanza Castillo Yara (Colombia) 382

14/ La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas. Federico Arnau Moya (España) 410

15/ Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un estudio jurisprudencial. José Ramón de Verda y Beamonte y Álvaro Bueno Biot (España).... 444

16/ La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos. Begoña Ribera Blanes (España)..... 482

17/ Alimentos a los hijos a cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial argentino. Mariel F. Molina de Juan (Argentina) 530

18/ Interés superior de la niñez y derecho a la identidad en México: contenido y alcances en las relaciones paterno filiales. Karla Cantoral Domínguez (México) 552

19/ La impugnación de los reconocimientos de complacencia. María Amalia Blandino Garrido (España) 578

20/ Adopción internacional, gestación por sustitución e interés superior del menor en el Derecho mexicano. Nuria González Martín (México)..... 618

21/ Adozioni e poligenitorialità. Marco Rizzuti (Italia) 646

D) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

22/ El menor como sujeto damnificado en la reproducción asistida humana. María Dolores Cervilla Garzón (España) 682

23/ A responsabilidade civil dos menores no direito brasileiro. Nelson Rosenvald (Brasil) 716

E) DERECHO PROCESAL

24/ Menores y mediación en el ámbito familiar. María Elena Cobas Cobiella (España) 734

25/ La participación de los niños en el juicio de familia. El mito del Derecho a ser oído. Cristián Lepin Molina y Belén Lama Gálvez (Chile). 770

26/ El interés superior del menor en el marco de la utilización de los métodos alternos de solución de conflictos en el ámbito penal. Arnulfo Sánchez García y Yulisán Fernández Silva (México) 794

F) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

27/ La constitución ante las autoridades españolas de la adopción en supuestos internacionales: cuestiones controvertidas. Mª Jesús Sánchez Cano (España) 820

28/ Derecho chino: una perspectiva comparada sobre las principales características en el caso de aplicación universal de los Reglamentos Europeos. Específicas observaciones relativas a la política de control de nacimientos. Caterina Mugelli (Italia)..... 844

G) DERECHO PENAL

29/ La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria. Silvia Sempere Faus (España)..... 874

30/ Obligaciones estatales positivas de prevención y medidas de protección civiles para víctimas de violencia doméstica y de género. Una apuesta a favor de su regulación. Raquel Borges Blázquez (España)...898

H) DERECHO Y BIOÉTICA

31/ El bienestar del menor por nacer: ¿un interés a ponderar en el acceso a las técnicas de reproducción asistida? Virginia Múrtula Lafuente (España)..... 930

32/ Prima applicazione della procedura consultiva prevista nel "Protocollo n. 16" CEDU e tutela dei minori. Loredana Tullio (Italia)..... 960

I) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

33/ El *sharenting* y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales. Llanos Cabedo Serna (España)..... 976

34/ La garantía de la privacidad de los menores de edad. Juan Francisco Rodríguez Ayuso (España)..... 1004

35/ La defensa del interés del menor ante la irrupción de las tecnologías blockchain. Belén Andrés Segovia (España)..... 1024

J) DERECHO FINANCIERO

36/ La fiscalidad de la familia con menores a cargo. Fernando Hernández Guijarro (España)..... 1046

RECENSIONES

37/ Arrébola Blanco, A.: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes,* Reus, Madrid, 2019. José Ramón de Verda y Beamonte..... 1076

38/ Cervilla Garzón, Mª D.: *Una mirada al Derecho civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Carmen Leonor García Pérez..... 1088

39/ Landini, S.: Legal constraints *agli investimenti finanziari di lungo periodo nell'età del breve,* Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019. Abel B. Veiga Copo..... 1092

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Marco Angelone
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

D. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Orlando Parada Vaca
Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México.

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Pilar María Estellés Peralta
Profesora Agregada de la Universidad Católica de Valencia, España

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: D. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Abogado y Doctorando en Derecho, Universidad de Valencia, España

Doña Belén Andrés Segovia
Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

Dr. Adrián Arrebola Blanco
Becario Postdoctoral del Departamento de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

D. Álvaro Bueno Biot
Abogado y Doctorando en Derecho, Universidad de Valencia, España

D. Borja del Campo Álvarez
Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Doña Ilka María Domínguez García
Profesora de Derecho Civil, Universidad de La Habana, Cuba

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Doña Almudena Carrión Vidal
Doctoranda en Derecho, Universidad de Valencia, España

D. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García
Abogado

Dr. Manuel García Mayo
Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

D. Giuseppe Garofalo
Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata
Assegnista di ricerca, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina
Becario Postdoctoral del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad San Jorge, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Carla Pernice
Becaria de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Becario de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia.

Dr. Valerio Rotondo
Assegnista di ricerca, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz
Investigadora contratada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo,Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Auxiliar na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Angelo Viglianisi Ferraro
Professore Associato di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio, Calabria, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla
Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

DOCTRINA

¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE EL INTERÉS DEL MENOR?*

WHAT IS AND WHAT IS THE INTEREST OF THE MINOR?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 14-49

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación "El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas" [ref. PID2019-109019RB-I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER.

María Paz
GARCÍA
RUBIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: En el presente artículo se analiza el origen del concepto del interés superior del menor y como se incorporó en el ordenamiento jurídico español, a partir de su triple dimensión. En una segunda parte se determina para qué sirve el interés superior del menor en el derecho español, desde el ámbito normativo hasta su aplicación en los tribunales.

PALABRAS CLAVE: Interés del menor; autonomía del menor; consideración primordial del menor.

ABSTRACT: *This article analyzes the origin of the concept of the best interests of the minor and how it was incorporated into the Spanish legal system, from its triple dimension. In a second part, it is determined what the best interest of the minor is in Spanish law, from the regulatory sphere to its application in court.*

KEY WORDS: *Interest of the minor; autonomy of the minor; primary consideration of the minor.*

SUMARIO.- I. PRELIMINAR. - II. ¿QUÉ ES EL INTERÉS DEL MENOR?. - 1. Origen del concepto y su recepción en el ordenamiento jurídico español. - 2. La triple dimensión del interés del menor según el Comité de los derechos del niño. - 3. ¿Qué significa que la primary consideration del interés del menor?. - 4. ¿Quién debe apreciar el interés del menor?. - 5. Interés del menor v. autonomía del menor. - 6. El interés del menor lo es de un menor concreto. - III. ¿PARA QUE SIRVE EL INTERÉS DEL MENOR EN DERECHO ESPAÑOL? - 1. En el Código civil español. - 2. ¿Para qué sirve en los tribunales? - A) No sirve para nada o sirve para muy poco. - B) Sirve para aplicar correctamente la norma. - C) Sirve para integrar lagunas normativas. - D) Sirve para modificar la norma escrita. - E) Sirve para no entrar en el fondo en el recurso de casación. - 3. Conclusión: el recurso del interés (superior sic) del menor o no sirve para nada, o sirve para casi todo.

I. PRELIMINAR.

Una elemental exigencia de honestidad intelectual me obliga a comenzar este trabajo con dos consideraciones preliminares, que han de ser conocidas por el lector desde un buen principio. La primera, que el título que lo rubrica es, sobre todo, una provocación, pues si yo supiera responder en las líneas que siguen a la doble pregunta que formulo en el título, sin duda sería un ser casi omnipotente, lo que indudablemente está muy lejos de la realidad de una humilde profesora universitaria española en tiempos de crisis. La segunda, que una buena parte de los contenidos que se expresan en el epígrafe II han sido ya contados en un escrito previo dedicado a homenajear a quien fue uno de mis profesores en mi Licenciatura en Derecho[1], hace ya muchos más años de los que quisiera; en la primera parte de este trabajo me he limitado a aclarar algunos de los puntos de ese escrito previo y a hacer alguna actualización que me ha parecido pertinente. La parte más original se corresponde con el epígrafe III titulado ¿Para que sirve el interés del menor en Derecho español?

II. ¿QUÉ ES EL INTERÉS DEL MENOR?

1. Origen del concepto y su recepción en el ordenamiento jurídico español.

El creciente compromiso de los ordenamientos jurídicos contemporáneos con los derechos de los niños tiene su hito fundamental en la Convención de las

1 García Rubio, Mª.P.: "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor" en AA.VV.: Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos, Fernández Rozas, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020.

• María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela. Correo electrónico: mpaz.garcia@usc.es

Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989[2]. Sabido es que, entre otros principios fundamentales[3], el texto convencional consagra la regla del *best interests of the child* [4]. En concreto, el artículo 3.1 en su versión original dispone, "in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration".

En su versión en español el *best interests of the child* ha sido traducido, sin demasiada exactitud[5], por la expresión "interés superior del menor"[6], lo cual ha producido ciertos equívocos en torno a su verdadero significado; equívocos que, sobremanera, nuestro legislador se ha empeñado en incrementar al operar el traslado del contenido del citado precepto de la Convención al artículo primero de LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la Adolescencia, con el fin de modificar el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En esta última sede, precisamente bajo la rúbrica "interés superior del menor", el reformado artículo 2.1 LOPJM establece: "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

2 En adelante, la Convención. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (*BOE* 31 de diciembre).

3 Sutherland, E.E., Barnes Macfarlane, L.A.: destacan cuatro principios básicos en la Convención: el derecho del niño a estar libre de discriminación (art. 2); el mejor interés del niño como primaria consideración en la toma de decisiones que le conciernen (art. 3); el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 4) y el derecho del niño a participar en la toma de decisiones (art. 12), en AA.VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being* (ed. E.E. Sutherland, L.A. Barnes Macfarlane), Cambridge University Press, 2016, p. 4.

4 Aunque no se trata de un concepto nacido de la Convención de 1989. Recoge precedentes de la idea que alcanzan a los siglos XVIII y XIX, incluida la etapa codificadora, Lenti, L.: "Note crítiche in tema di interesse del minore", *Riv.dir.civ.*, 2016, pp. 86-111, espec. pp. 90-91.; por su parte, Sutherland, E.E.: "Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Challenges of Vagueness and Priorities", en AA.VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being* (ed. E.E. Sutherland, L.A. Barnes Macfarlane), Cambridge University Press, 2016, pp. 21-50; en la p. 21, apunta que la expresión se incluyó en la Declaración de Ginebra de derechos del niño de 1924, en la Declaración de las NU sobre derechos del niño de 1959 y en la Convención de las NU para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. Además, se trata de un concepto utilizado durante décadas en muchos ordenamientos nacionales como criterio de decisión en cuestiones de Derecho de familia, como aclara Kilkelly, U.: "The Best Interests of the Child: a Gateway to Children´s Rights", en AA.VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being* (ed. E.E. Sutherland, L.A. Barnes Macfarlane), Cambridge University Press, 2016, p. 51.

5 Repárese en que en el texto reproducido *best interests* está en plural, al igual que en los arts. 9.1 y 9.3, 18.1, 20, 21; en cambio, está en singular (*best interest*) en los arts. 37 c), y 40.2.b.iii, diferencia que no existe en la versión española.

6 Lenti, L.: "Note crítiche", cit., pp. 88 y 89, refiriéndose a la versión italiana, pero con aclaraciones perfectamente válidas para la española, recuerda que la utilización del adjetivo "superior", atribuido al interés del menor, deriva de la versión oficial en francés de la CNUDN, en la que *best* se tradujo por *superior* y *primary* por *primordiale*.

Personalmente me parece bastante claro que esto último no lo dice la Convención, la cual tampoco contiene ningún mandato o precepto parecido a lo que dispone el artículo 2.4 de la LOPJM española, cuando establece: "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados".

Volveré mas adelante sobre los dos preceptos redactados en 2015, los cuales, a mi juicio, no sólo suponen una mala comprensión de lo que significa el interés del menor, sino también una llamada segura a su inaplicación, salvo que se pretenda llegar a resultados absurdos; piénsese en la hipótesis de que el interés del menor pueda llegar a chocar con el derecho a la vida de otra persona ¿de verdad ha de primar aquel sobre este?, ¿cómo habrá de valorarse este derecho a la vida a la hora de tomar la decisión? En este punto, estoy totalmente de acuerdo con Eekelaar cuando señala que la utilización del reiterado principio puede conducir a resultados injustos para los adultos si se aplica de tal manera que ningún otro interés, excepto el del niño, sea dotado de peso específico en el caso concreto, lo cual podría suceder si el interés del niño sirve para anular todos los demás[7]; mucho me temo que esa sería la deriva si los dos preceptos internos que he reproducido fueran aplicados de manera literal.

El interés del menor, o el mejor interés del menor, o el interés del niño o la niña, o el mejor interés del niño o la niña, que de todas estas maneras podría denominarse[8] (pero no, como he dicho, el superior interés del menor), se viene utilizando como criterio de decisión fundamental en la mayor parte de los casos de Derecho de familia en los que está implicado un menor de edad. Ejemplos que a todos se nos ocurren son los que ventilan cuestiones de determinación de la filiación, de responsabilidad parental, de residencia de los hijos menores

7 Eekelaar, J.: *Family Law and Personal Life,* 2ª ed., Oxford University Press, 2017, p. 57; en sentido similar, para el Derecho italiano, descarta cualquier superioridad jerárquica y propone la sustitución de la idea de superioridad del interés del menor por la de centralidad, V. Scalisi: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, vol. 64, 2018-2, pp. 405- 434, espec. p. 432. Por el contrario, Fernández Pérez, A.: "Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español", *Boletín mexicano de derecho comparado,* 2018, pp. 107-134, espec. p.110, afirma que la inclusión del interés del menor en el art. 3 de la Convención "revela que, en caso de conflicto entre interés del niño, por un lado y los intereses y deberes de los padres o del Estado o de la sociedad, por otro, prevalecerá el interés del niño".

8 Si bien en español la palabra "niño" o "niña" parece tener un alcance más reducido que en otras lenguas europeas; en las dos primeras acepciones de la RAE la voz "niño" se define como "que está en la niñez" y "que tiene pocos años", de modo que difícilmente se puede llamar niño a un adolescente de 16 o 17 años, razón por la que en nuestro Derecho se utiliza mayoritariamente la palabra "menor" para referirse al que tiene menos de 18 años; sin embargo, para algunos se trata de un vocablo que conlleva una carga peyorativa, por lo que debería evitarse.

(custodia compartida, traslado internacional de menores, entre otros), de adopción, de violencia de género, etc. Pero, además, he de añadir que la extensión omnicomprensiva que le da la Observación General núm. 14 (2013), del Comité de los derechos del niño[9], referida precisamente al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, implica que el citado interés se extiende a todo tipo de acciones que conciernan a los menores[10], lo cual conlleva su aplicación en todos los sectores del ordenamiento, extravasando completamente su original ubicación en sede de relaciones familiares[11]. Todo ello nos obliga a buscar el significado más nítido posible de lo que la locución quiere expresar, salvo que queramos que quede relegada a una mera fórmula carente de contenido y de verdadero significado jurídico; en realidad, la aclaración del concepto y de su cabal sentido resulta imprescindible en nuestro Derecho, toda vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia, a pesar de su reiterada utilización, las más de las veces parecen dar vueltas sobre una idea intuitiva, que en muchas ocasiones sirve para justificar la solución que parece "justa" en el caso concreto, en lugar de mostrar su exacto valor jurídico.

2. La triple dimensión del interés del menor según el Comité de los derechos del niño.

Para intentar comprender ajustadamente el concepto de "interés del menor" comenzaré por decir que se trata una cláusula general, un concepto multidimensional o, si se prefiere, un concepto jurídico indeterminado, lo que no significa que se trate de una noción absolutamente vaga, subjetiva y maleable, susceptible de manipulación por el operador jurídico, quien podría darle el contenido que se le antojase, como algunos parecen dar a entender[12]. Muy al contrario, según ha señalado el Comité, el concepto en cuestión tiene una triple dimensión que se reconoce y explica en el párrafo núm. 6 de la Observación General núm. 14 de 2013. Para comprender el alcance de esa triple dimensión lo más oportuno es comenzar por transcribir literalmente el mencionado párrafo, que dice así:

"El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

9 En adelante, el Comité.

10 El párrafo 19 de la Observación General, al interpretar la fórmula "concernientes a" señala: "La obligación jurídica se aplica a todas las decisiones y medidas que afectan directa o indirectamente a los niños. Por lo tanto, la expresión ´concernientes a´ se refiere, en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general y, en segundo lugar, a otras medidas que repercutan en un niño en particular, un grupo de niños o los niños en general, aunque la medida no vaya dirigida directamente a ello". Sobre el alcance del término "medida" en la Observación, Verdera Izquierdo, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor,* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2019, p. 47.

11 Kilkelly, U.: "The Best Interests", cit., pp. 53 y 54.

12 *Vid.* la relación de los autores anglosajones más críticos con el concepto, en Kilkelly, U.: "The Best Interests", cit., p 51.

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."

Pues bien, a pesar de que ni las normas internacionales ni las internas dan una definición legal de lo que ha de entenderse por interés del menor y de que existan numerosas voces críticas en todo el ámbito comparado que califican el concepto como demasiado vago e indeterminado[13], hasta el punto de que se tilda directamente de mera regla de cobertura para justificar la discreción judicial[14], creo que con lo apuntado en el párrafo de la Observación que se acaba de transcribir tenemos herramientas suficientes para plasmar una idea, aunque sea aproximada, de lo que es el interés del menor o, al menos, de lo que es en la Convención

13 Como Mnookin, considerado en la literatura inglesa el crítico por excelencia de la idea de interés del menor, según recoge Sutherland, E.E., "Article 3", cit., p. 22, autora que también muestra cómo el concepto ya fue controvertido en el proceso de elaboración de la Convención. En la doctrina italiana, de noción ambigua y confusa lo califica L. Lenti: "Note crítiche", cit., p. 86; este mismo autor lo tilda de "contenedor vacío", "cortina de humo" o passpartout (pp. 105-107). En la literatura española Fernández Pérez, A.: "Aproximación", cit., p. 122, estima que "el interés del menor, en cuanto concepto jurídico indeterminado, se revela a priori como una noción intrínsecamente amplia, genérica, vaga, movediza e indefinible", añadiendo que en un segundo momento ha de ser objeto de concreción.

14 Dailey A.C., Rosenbury, L.A.: "The New Law of the Child", *The Yale Law Journal,* 2018 (127), pp. 1448-1537, espec. pp. 1448 -1469.

interpretada por el Comité[15] y, consiguientemente, lo que ha de ser en Derecho español[16].

Apelando a la triple dimensión referida en la Observación General n.º 14 de 2013, me pregunto en primer lugar qué significa para el Derecho español que el interés del menor sea un derecho sustantivo, y más en concreto, si ello representa, en realidad, que estamos ante un verdadero derecho subjetivo con todos los caracteres que suelen ligarse en nuestra tradición jurídica a este concepto[17]. La cuestión ya ha sido planteada en nuestra doctrina por Varela Castro, para quien la Observación General pretende hacer equivalentes los conceptos de derecho sustantivo y derecho subjetivo, con las consecuencias jurídicas que ello supone[18]. Este autor considera el interés del menor como un derecho de la personalidad, oponible *erga omnes*, que opera tanto en las relaciones verticales entre el menor y la Administración, como en las relaciones horizontales del menor con otros sujetos privados, señaladamente con los que conforman su grupo familiar; estima además que su condición de derecho subjetivo permite al menor exigir que su interés sea tomado en consideración y respetado y, en último término, acudir a los tribunales solicitando su protección jurídica[19]. Por mi parte, a pesar de reconocer lo sugerente de la idea de identificar el interés del menor como derecho sustantivo con su calificación como derecho subjetivo en el sentido técnico apuntado, la asimilación es difícil de compartir. La Observación General ni dice nada parecido ni puede decirlo[20], aunque solo sea porque el concepto de derecho subjetivo, con todas sus implicaciones, no es compartido por todos los ordenamientos jurídicos de los Estados que forman parte de la Convención y, por lo tanto, es muy improbable que estuviera en la mente de sus redactores. Es más, si se relee atentamente el reproducido párrafo que pretende aclarar su significado como derecho sustantivo, no creo que ni la referencia a la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica ni el hecho de que pueda ser invocado ante los tribunales, sean derechos de

15 Entiende que la triple dimensión del interés del menor, recogida en la Observación General núm. 14 ayuda a reducir su ambigüedad, Sutherland, E.E.: "Article 3", cit., p. 22.

16 Según el art. 39.4 de nuestra Constitución "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". De hecho, el Preámbulo de la LOPJM se refiere expresamente a la triple dimensión del interés del menor, reconocida por el Comité.

17 En la definición clásica de Castro y Bravo, F.: *Derecho civil de España*, t. I, Reproducción de la edición original de 1949, Madrid, Tecnos, 1984, p. 573, "la situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa".

18 Según Varela Castro, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016, pp. 3-61, espec. p. 22, ello implica la virtualidad de que el menor alegue su derecho a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto en su beneficio y utilidad, así como a que se activen las consecuencias jurídicas derivadas de su eventual desconocimiento o violación.

19 Varela Castro, I.: "El interés", cit., p. 25.

20 Destaca Kilkelly, U.: "The Best Interests", cit., p. 57, que el art. 3.1 de la CNUDN es uno de los pocos preceptos sustantivos que no utiliza la palabra "derecho" (*right*); tampoco lo articula como tal, ni recoge que el niño sea el titular del mismo; en cambio, otros artículos de la Convención, como el 6, el 9, el 12, o el 31 se refieren directamente a los derechos del niño a la vida, a mantener relaciones personales con sus padres, a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, o al descanso y el esparcimiento.

naturaleza propiamente sustantiva[21]. Tampoco pienso que la dimensión ahora comentada pretenda que su ejercicio quede limitado a la actuación de su titular; más bien al contrario, parece un mandato dirigido a todos y en especial a los Estados que han de procurar el logro de los citados objetivos[22].

El alcance del interés del menor como principio interpretativo resulta, a primera vista, más fácil de concretar. Referido a la actividad del operador jurídico, estamos ante una genuina regla de interpretación de las normas, que me atrevo a llamar *pro menor o pro niño* o incluso "regla de la opción más beneficiosa para el menor"[23], que obliga a optar, entre las posibles, por aquella interpretación de la norma o normas aplicables que maximice el interés del menor. La cuestión que cabe plantear aquí es si, además de esta función interpretativa *stricto sensu,* puede también cumplir una función integrativa o incluso correctora de reglas legales, hasta el punto incluso de llegar a justificar la inaplicación de alguna de ellas en el caso concreto[24].

Como indicio de una respuesta positiva a lo que se acaba de plantear, el TJUE considera[25], por ejemplo, que el interés del menor impide la aplicación estricta de una norma interna que suponga la negación del permiso de residencia a un adulto con un menor a su cargo, por el hecho de que aquel tenía antecedentes penales[26]. Por su parte, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos[27], el TEDH también excepciona la aplicación estricta de las reglas del Convenio de la Haya de 1980 en casos de secuestro internacional de menores por parte de uno de los progenitores[28], de suerte que en lugar de apreciar como adecuado el

21 De carácter más procedimental que sustantivo los califica Kilkelly, U.: "The Best Interests", cit., p. 59.

22 Duda de que la Convención imponga en este punto una verdadera obligación a los Estados Kilkelly, U.: "The Best Interests", cit., p. 58.

23 De *favor minoris* habla Scalisi, V.: "Il superiore interesse", cit., p. 414. Para Fernández Pérez, A.: "Aproximación", cit., p. 133, se trata de una pauta que, en definitiva, exige decidir tomando como criterio lo que se reputa más beneficioso para el menor.

24 Scalisi, V.: "Il superiore interesse", cit., pp. 418- 429, alude al superior interés del menor como fuente de legitimación de una nueva juridicidad no legal; muy crítico con la utilización de la cláusula del interés del menor para eludir el principio de legalidad, Lenti, L.: "Note critiche", cit., p. 88.

25 En el apartado III aludiré a esta función integradora en la jurisprudencia española.

26 STJUE 13 septiembre 2016, Asunto C165/14, Alfredo Redón Marín v. Administración del Estado, en cuyo fundamento núm. 66 se dice: "Asimismo, en lo que atañe a la eventual expulsión del Sr. Rendón Marín, es preciso, por un lado, tener en cuenta los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, en particular el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véase, en este sentido, la STJUE 23 noviembre 2010, Asunto C145/09, Tsakouridis, apartado 52 y, por otro lado, respetar el principio de proporcionalidad. El mencionado art. 7 de la Carta debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el art. 24, apartado 2, de la Carta (véase, en este sentido, la STJUE 23 diciembre 2009, Asunto C403/09, Deti□ek, apartados 53 y 54)".

27 Aunque en su texto no aparece el interés del menor, el TEDH lo trata como un aspecto esencial del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio. Por lo demás, el Consejo de Europa ha aprobado otros cuerpos legales de importancia en la materia, como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado por España en 2015 (*BOE* 21 de febrero).

28 Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, del que son parte todos los Estados miembros de la Unión. En España el Instrumento de

inmediato retorno del menor y la interrupción de la relación con el progenitor que actuó ilícitamente, como exige la regla convencional, considera que la situación debe consolidarse cuando resulta estable y es satisfactoria para el propio menor[29]. No obstante, conviene matizar que la situación es distinta cuando los implicados son dos Estados miembros de la Unión Europea, caso en el que el principio de confianza mutua derivado del Reglamento Bruselas II bis[30] obliga a los tribunales del Estado al que el niño ha sido trasladado o donde está retenido, a facilitar la devolución inmediata al Estado de residencia del niño antes el desplazamiento[31]. Aunque esto obedece, precisamente, a la premisa de que el desplazamiento ilícito es contrario al interés del menor[32], el automatismo del sistema[33] hace que de algunos autores estimen que no se salvaguarda suficientemente el citado interés[34]. Además, se denuncia que dicho sistema no se ha mostrado todo lo efectivo

ratificación se publicó en el *BOE* de 24 de agosto de 1987.

29 El *leading case* es Neulinger y Schuruck v. Suiza, de 6 de julio de 2010, donde el Tribunal, sobre la base del Convenio de la Haya interpretado a la luz del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos, se pronuncia contra la decisión de los tribunales suizos que ordenaban el regreso del niño a Israel en aplicación de la citada Convención, retorno que el órgano del Consejo de Europa no consideraba suficientemente justificado en interés del niño; el niño llevaba cinco años en Suiza, tres de ellos esperando por la decisión del tribunal europeo y en ese tiempo no tuvo contacto con el padre, quien tampoco intentó ver a su hijo durante ese mismo periodo. En el Derecho interno español, es interesante el caso subyacente en la STC 16/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 16) y, en menor medida para lo que ahora nos ocupa, también el de la STC 196/2013, de 2 de diciembre (RTC 2013, 196)

30 Reglamento (CE) Núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE), Núm. 1347/2000.

31 Cfr. Arts. 11, 40 y 42 y Considerando núm. 17 del citado Reglamento.

32 STJUE 22 diciembre 2010, Asunto C-491/10, Joseba Andoni Aguirre Zagarra v. Simone Pelz, en un caso en el que el niño no había sido oído en el procedimiento seguido en España, lugar de su residencia; no se admitió que las autoridades judiciales del Estado que tiene que ordenar la devolución pudieran entrar a analizar si el Estado de residencia había cumplido con las exigencias legales del certificado del art. 42.2.a del Reglamento, función que según el Tribunal debe ser realizada por los órganos competentes del Estado miembro de origen. En su comentario a la sentencia Álvarez González, S.: "Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído", *La Ley. Unión Europea*, núm. 7578, 28 febrero 2011, pp. 1-7 expone los detalles fácticos del caso y cita de otras decisiones muy próximas en el tiempo sobre similar temática. Respecto a la que ahora nos ocupa el autor reconoce que "El Tribunal de Justicia podría haber hecho una interpretación en interés del menor más garantista (la menor ya tenía diez años y en los términos expresados en la sentencia había manifestado su firme deseo de no regresar a España) exigiendo la constancia de su opinión efectivamente emitida. Sin embargo, su razonamiento fue más formal y más pegado al Reglamento (…)"; no obstante, concuerda con la decisión comentada, que opta por no excepcionar el sistema del Reglamento por presunta violación de derechos fundamentales por parte de los órganos del Estado de origen, al estimar que "frente a los derechos fundamentales, todos los órganos judiciales de los Estados miembros son iguales y tienen igual capacidad y competencia para implementarlos y para tutelarlos".

33 Entre otros, critica la aplicación ciega del principio de confianza mutua y del mecanismo de "última palabra" en el contexto de los casos de niños trasladados ilícitamente, por entender que el interés del menor puede formar parte de las "circunstancias excepcionales" que permiten que no se decrete la restitución inmediata, a tenor del art. 11 del Reglamento Bruselas II bis, Bartolini, S.: "In name of the best interests of the child: the Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases", *Common Market Law Review,* vol. 56. núm. 1, February, 2019, pp. 91-119, espec. pp. 93 y 101. El tema fue tratado en España por Rodríguez Pineau, E.: "La refundición del reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *REDI,* 2017-1, pp. 139-165, espec. pp. 143-145.

34 Bartolini, S.: "In name", cit., pp. 113 ss., aboga por la elaboración de un concepto europeo unificado del mejor interés del menor, específico para los procedimientos de secuestro internacional. Para Fernández Pérez, A.: "Aproximación", cit., p. 122, "en los supuestos de sustracción internacional de menores, el interés del menor es que no sea desplazado de su residencia habitual sin las garantías suficientes de estabilidad en la nueva situación, y su realización implica su retorno inmediato y la garantía del derecho de visita".

que se presumía, lo cual explicaría alguna de las modificaciones introducidas en el Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)[35].

Por lo que se refiere a su dimensión como norma de procedimiento, el texto reproducido pone de relieve que estamos ante una regla aplicable a todo proceso de toma de decisiones que puedan afectar al niño o niña y, por lo tanto, no sólo, aunque también, a los procedimientos judiciales. Implica que en cualquiera de esas decisiones la consideración del interés del menor deberá hacerse con las salvaguardas y garantías que permitan probar *ex post* cómo fue tenido en cuenta y cómo fue ponderado en su relación con otros intereses[36]. Precisamente por ello, no cabe duda de que esta dimensión guarda una fuerte conexión con el derecho del niño a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, contenido en el artículo 12 Convención.

He de señalar también que, a mayores de esa triple dimensión reconocida por el Comité y en alusión al Derecho interno español, el interés del menor ha sido reconocido expresamente como un "bien constitucional" en la STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99), por la que se declaró la inconstitucionalidad del art. 1.1. Ley 3/2007, 15 de marzo, sobre la mención registral del sexo, sentencia sobre la que más adelante volveré. Asimismo, varias resoluciones tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, califican directamente al interés del menor de "principio de orden público", tal y como recoge de modo expreso también la Instrucción de 23 de octubre de 2018 sobre cambio de nombre de las personas transexuales, que también tendré ocasión de mencionar en diversas ocasiones en este mismo trabajo.

3. ¿Qué significa que la primary consideration del interés del menor?

Junto con el problema asociado a su vaguedad o indeterminación, otra cuestión particularmente controvertida afecta al significado exacto que haya de darse a la *primary consideration* que el interés del menor ha de tener, según la terminología original del artículo 3.1 de la Convención. Comenzaré por decir que en la versión

35 DO. L, 178, de 2 de julio de 2019. Reglamento destinado a sustituir al citado Bruselas II bis, si bien en una primera aproximación parece que las novedades se centran más en sumar garantías en el *iter* procedimental que en la supresión del mecanismo de "última palabra". *Vid.* en especial la Sección 2 del Capítulo IV y el nuevo art. 50.

36 *Cfr.*, al respecto, los apartados 85 y ss. de la Observación General núm. 14 de 2013. Entre las salvaguardas y garantías que habrán de ser adoptadas, se citan expresamente a) el derecho del niño a expresar su propia opinión, b) la determinación de los hechos, c) la percepción del tiempo, d) los profesionales cualificados, e) la representación letrada, f) la argumentación jurídica, (concretada en la necesidad de motivación, justificación y explicación de la decisión), g) los mecanismos para examinar o revisar las decisiones y, finalmente, h) la evaluación del impacto en los derechos del niño.

original *primary consideration* no significa que el interés del menor sea superior a otros, ni que sea estrictamente preferente a los demás, ni mucho menos que haya de ser tomado en consideración de modo exclusivo y excluyente cuando se produzca un choque con otro tipo de intereses, como equivocadamente parecen dar a entender los ya antecitados artículos 2.1 y 2.4 LOPJM.

Muy al contrario, cuando los expertos en la materia se preguntan por el significado del calificativo *primary* en el articulo 3.1 de la Convención, lo hacen desde un punto de vista pragmático, esto es, poniéndolo en relación con los intereses de otras personas, singularmente los de los padres o los de otro niño o niña con los que aquel puede concurrir y llegar a colisionar. La propia Observación General núm. 14 de 2013, toma esta perspectiva y reconoce "la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación", lo cual permite su adaptación a las circunstancias sociales, culturales, normativas, etc., que puedan afectar al menor en cuestión. Además, se añade en el mismo apartado de la Observación que "Los posibles conflictos entre el interés superior (sic) de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general "tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado." Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior (sic) del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones." Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño. Si no estoy equivocada, este largo párrafo que acabo de reproducir viene a decir que en caso de colisión o conflicto de intereses lo primero que ha de procurarse es el compromiso entre todos ellos, compromiso adecuado al caso concreto; en el supuesto de que dicho compromiso no sea posible, el interés del menor tiene la máxima prioridad y no puede ser meramente una de tantas cosas a tener en cuenta, por lo tanto, es evidente que el interés del menor ni es el único que ha de ser tenido en cuenta ni su consideración ha de ser, necesariamente, superior a la de otros intereses dignos de protección,

que también pueden tener la máxima prioridad[37] y que incluso pueden ser los de otro menor[38].

Sobre el peso que en caso de conflicto con otro tipo de intereses se ha de dar a los del menor en cada supuesto concreto, de nuevo es muy sugerente la tesis de Eekelaar, uno de los más destacados especialistas en la materia. Este autor distingue en función de que la decisión que haya de ser adoptada afecte directamente al niño o niña o lo haga de manera indirecta, distinción dilemática que además conllevaría un procedimiento de toma de decisiones diferenciado[39]. En el segundo caso quien ha de tomar la decisión deberá buscar la mejor solución posible en el asunto que tenga que ser resuelto; en el primero, el foco debe ponerse en la búsqueda de la decisión que conduzca a lo mejor para el concreto niño afectado; en ambas hipótesis se pueden tener en cuenta otros intereses, pero mientras que en aquellas que indirectamente afecten al menor el interés de este será uno más entre los que tienen que ser tomados en consideración, cuando le afecten directamente el interés del niño tiene una relevancia superior y no puede tratarse como una más entra todas las circunstancias que deben ser sopesadas. El autor inglés sitúa entre los que afectan directamente al menor casos relativos a la salud del niño o a decisiones sobre el lugar donde este debe crecer; entre los que le atañen indirectamente menciona supuestos de conflicto sobre competencia judicial internacional; finalmente, en un lugar intermedio coloca los referentes al traslado de lo menores (*relocation cases)* que, en su opinión, aunque afectan directamente a los niños son con frecuencia tratados como referidos principalmente a los adultos y solo indirectamente a los menores[40]. Lo atractivo de esta propuesta no oculta que tal dicotomía no está en la Convención y aunque tiene cierto reflejo en la Observación General no parece que la intención haya sido la de dar distinto valor al interés del menor en uno y otro caso[41]. Con todo, la

37 Como claramente se percibe en el apartado 97 de la Observación General núm. 14 de 2013, cuando al hilo de la salvaguarda relativa a la argumentación jurídica afirma: "Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones (…)". Sin embargo, en el propio apartado 97 hay una remisión al apartado 38, lugar donde el interés del menor tiene otro peso específico, pues según este último, "Con respecto a la adopción (art. 21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente "una consideración primordial", sino "la consideración primordial", como destaca en nuestra literatura jurídica, Verdera Izquierdo, B.*: La actual configuración,* cit., p. 53.

38 Como en el caso subyacente en la STC 23/2016, de 15 de febrero (RTC 2016, 23), aunque parece que todo el razonamiento se hace basándose en el interés del menor agresor y muy poco en el del menor que ha sido víctima de la agresión.

39 Eekelaar, J.: "The Role of the Best Interests Principle in Decision Affecting Children and Decisions about Children*", International Journal of Children´s Rights,* 2015, núm. 23, pp. 3-26.

40 Eekelaar, J.: "The Role", cit., p. 6.

41 *Cfr.* apartados 14 a), 15 f), 19, 91.

objeción más sólida es que en muchas situaciones reales no es fácil determinar si la decisión afecta directamente al niño o niña concernidos o si lo hace de manera indirecta, como prueban las dificultades que el propio autor encuentra para ubicar algunos de los casos que plantea.

Si ahora me centro en el Derecho español y pregunto si en su seno es superior el interés del menor, tendría que reconocer que así se considera, por ejemplo, en el ya citado art. 2, párrafos 1 y 4 LOPJM. También lo dice de modo expreso la ya mencionada Instrucción DGRN 23 octubre 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales[42], en cuyo preámbulo se dice que "la protección del interés preferente del menor, (…) prima sobre todos los intereses legítimos concurrente". Al superior interés del menor se refieren, sin ir más lejos, artículos del Código civil, como los siguientes: 160.1, 172 bis 1, 173 bis 2 a y b. o 178. 4. Igualmente, lo hacen algunas sentencias, como STS 20 noviembre 2018[43] en un caso de atribución del uso de la vivienda familiar ganancial a la madre del menor y en el que la entrada de un tercero, pareja de la madre, es causa del supone el fin del derecho de uso al considerar el tribunal que ello supone que cesa la consideración de la vivienda como familiar[44]; aunque en la citada resolución se califica al interés del menor de prevalente o prioritario, el Fdo. 2 *in fine* de esta resolución señala que "El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos" y a continuación añade "El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente"

Con todo, creo que en Derecho español el interés del menor no es, de modo genérico y abstracto, ni superior, ni prevalente, ni prioritario, ni exclusivo, como igualmente reconoce la Observación General nº 14 de 2013. Por ello considero acertadas afirmaciones como las contenidas, entre otras muchas en la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273), donde se dice que "la protección del interés del menor deba hacerse guardando proporcionalidad con otros valores en conflicto"; también en la STC 160/2012, de 20 de septiembre (RTC 2012, 160), según la cual "el interés superior de los menores no puede llevar a entender que sea "no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales".

La prueba de que tal superioridad es, en puridad, imposible la tenemos en la respuesta a la pregunta sobre qué sucede si concurre el interés de un menor

42 *BOE* 24 de octubre 2018.

43 STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086)

44 En general, la doctrina española se ha mostrado muy crítica con esta decisión; a título de ejemplo, Cuena Casas, M.: "La doctrina del Tribunal Supremo sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero. ¿Justicia a costa de la legalidad?, *Hay Derecho, 9 diciembre de 2018*; https://hayderecho.expansion.com/2018/12/09/la-doctrina-del-ts-sobre-la-extincion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar-por-convivencia-marital-con-un-tercero-justicia-a-costa-de-legalidad/. No obstante, el criterio se ha reiterado en la STS 29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495).

frente al interés de otro menor, porque es evidente que ninguno de los dos puede ser superior al otro, al menos en abstracto.

El interrogante planteado me permite detenerme en la STC 23/2016, de 15 de febrero (RTC 2016, 23). Procede de un recurso de amparo interpuesto por la madre en representación de su hijo, entonces menor, en relación con sendas resoluciones dictadas por un Juzgado de Menores y la Audiencia Provincial de Madrid, que habían acordado el sobreseimiento de un expediente de reforma contra un menor que había agredido al niño recurrente. La resolución extrajudicial del expediente se había producido sin oír a la víctima, quien en su momento había solicitado la reparación de los daños causados por las lesiones sufridas. El Auto recurrido en amparo consideró que se había infringido el derecho fundamental de éste, como acusación particular, a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), pero desestimó la pretensión de declaración de nulidad y retroacción de actuaciones solicitada en la apelación como consecuencia anudada a aquel reconocimiento. La representación del menor infractor aducía el carácter desproporcionado de la mentada declaración de nulidad y el hecho de que, de ser reconocida, se estaría infringiendo el principio *non bis in ídem* puesto que al menor agresor le había sido impuesta una medida educativa que ya había cumplido. Considera también el máximo intérprete de la Constitución que (FJ 4) "A fin de determinar si el órgano judicial ha realizado una ponderación constitucionalmente correcta de los derechos e intereses constitucionales en conflicto, no puede perderse de vista el marco normativo en el que surge el mismo, que es el del proceso penal de menores, en el que el principio de «interés superior del menor» modula la intensidad de los derechos que ostenta la acusación particular. De este modo, el canon de constitucionalidad no puede ser el mismo que el que resultaría aplicable en un proceso penal de adultos". Por ello, apela a los arts. 3.1 y 40.1 de la CNUDN, que considera tienen adecuado reflejo en el sistema establecido por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y estima que el Auto recurrido aplican correctamente las reglas derivadas de esos preceptos, toma en cuenta la gravedad de los hechos y las circunstancias concurrentes[45], y pondera los intereses en conflicto a partir de las circunstancias que presentaba el caso para llegar a considerar prevalente el interés del menor expedientado", razón por la que no se concede el amparo solicitado.

Pues bien, con independencia de que estemos o no de acuerdo con la solución del caso concreto, lo cierto es que en ningún momento se menciona el interés del menor que ha sido víctima de la agresión, de suerte que todo el razonamiento se hace con fundamento exclusivo en el interés del menor autor de la lesión. No

45 Entre las que se encontraba el tiempo trascurrido desde la fecha de los hechos, por los efectos negativos que sobre el menor sometido al proceso pudieran derivarse de la excesiva prolongación del mismo, por lo que reputa prevalente el interés de este menor que se plasma en el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

deja de ser una lástima, por cuanto la ocasión hubiera sido propicia para ponderar ambos intereses.

4. ¿Quién debe apreciar el interés del menor?

Otro de los temas que también se cuestiona el punto de vista que debe ser adoptado para decidir de acuerdo con el interés del menor y, más en concreto, si ha de ser el de los adultos encargados de tomar la decisión o el del propio menor. La asunción de la primera perspectiva (*v. gr.*, el punto de vista que cuenta es el de la autoridad judicial, quien probablemente tendrá que decidir los casos más difíciles), es fuertemente criticada, entre otras razones, porque, con mucha probabilidad, las motivaciones que van a integrar el interés del menor no serán las del niño implicado, sino las propias de los adultos[46] quienes, en el mejor de los casos, actuarán pensando, sobre todo, en el futuro de aquel[47]; se añade que esta perspectiva conlleva el riesgo de que la decisión que finalmente se adopte "en interés del menor" sea en realidad la que cohonesta con los propios criterios de moralidad social del encargado de tomarla[48], criterios que con mucha frecuencia coincidirán con los valores dominantes en la época y en el grupo social de que se trate[49]; de ser así, el peligro de que se produzca una discriminación de niños y niñas o padres y madres pertenecientes a grupos minoritarios con valores diferentes a los generalmente aceptados es bastante evidente[50].

La asunción del segundo punto de vista, el del niño o niña, nos conduce a varios problemas cuya solución no es, ni mucho menos, sencilla. En este asunto, y con carácter preliminar, aunque básico, debemos preguntarnos si en verdad los niños disfrutan *tout court* de los derechos humanos, o si simplemente son unos teóricos titulares sin apenas capacidad para ejercitarlos. Al respecto, nadie discute que los niños y niñas, como personas, son titulares de derechos y, por supuesto, también de los derechos fundamentales[51]. La cuestión es si se admite

46 Entre la que sigue siendo mayoritaria que el niño es básicamente un adulto en formación, incompetente para tomar decisiones sobre su propia vida y necesitado de especial protección. Frente a esta, existen tesis que consideran a la infancia no solo como una etapa preparatoria de la edad adulta, sino como un periodo de la vida humana en el que el niño ha de participar de modo activo, responsable y autónomo, perspectiva que va ganando adeptos entre los juristas; así, Dailey A.C., Rosenbury, L.A.: "The New Law", cit., pp. 1448-1537.

47 Entiende que las decisiones en las que se utiliza el interés del menor son propias del mañana, tienen el carácter de pronóstico y buscan la mejor solución para la vida futura del niño, Lenti, L.: "Note crítiche", cit., p. 88; por su parte, Verdera Izquierdo, B.: *La actual configuración,* cit., p. 241, destaca el peligro de discriminación en el tratamiento de los niños, si exclusivamente se les trata como niños.

48 Como ejemplo, la resolución judicial que fue objeto de recurso de amparo en la STC 141/2000, de 29 de mayo, caso en el que la pertenencia del padre a una corriente religiosa calificada por la madre como secta, había sido decisiva para limitar de modo extraordinario los derechos de visita paternos, criterio que el Tribunal Constitucional, siguiendo la opinión del Ministerio Fiscal, no compartió.

49 Moralidad social que, también en lo que atañe a los menores, ha sido sumamente cambiante, como destaca Lenti, L.: "Note crítiche", cit., pp. 86 ss.

50 Sutherland, E.E.: "Article 3", cit., p. 37.

51 Lo recuerda en fechas muy recientes, en su FJ 5, la ya citada STC 99/2019, de 18 de julio de 2019 (RTC 2019, 99), que resuelve una cuestión de constitucionalidad sobre el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo,

también que puedan ejercitar esos derechos y, en su caso, si pueden hacerlo en la misma medida que los adultos o si esto es incompatible con su condición de menores de edad, y como tales dependientes y necesitados de protección. En realidad, bien mirado, cabe extender la cuestión a todo tipo de derechos civiles o políticos, sean o no fundamentales[52]. La pregunta que planteo ahora es, pues, si los niños deben de tener y efectivamente tienen los mismos derechos que los adultos, incluyendo la posibilidad de ejercitarlos[53] o si, por el contrario, únicamente son portadores de intereses que los adultos han de salvaguardar[54]. En este punto parece poco probable que se acepte una igualación total entre los derechos de los que pueden disfrutar los adultos y aquellos que corresponderían a los niños (como ejemplos, derecho a votar o a casarse, pero también a conducir, a tomar drogas, a consumir pornografía, etc.)[55]. Sin llegar a las posiciones más extremas y sin que pueda detenerme aquí en el análisis de la discutible dicotomía entre titularidad y ejercicio de los derechos[56], cabe señalar que, más allá del reconocimiento teórico que tienen en los cuerpos legales, muchos estiman que lo más adecuado es entender que las exigencias de protección y cuidado no son incompatibles con reconocer a los niños y niñas como participantes activos en el desarrollo de sus propias vidas como menores y no únicamente como adultos en fase de formación; en consecuencia, serían titulares de derechos, pero además lo serían como niños y, por lo tanto, deberían tener la posibilidad de ejercitarlos también como niños[57].

reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

52 Cfr. STEDH de 7 de mayo de 2015, S L y J L. v. Croacia, sobre la protección del derecho de propiedad de dos niños.

53 La cuestión relativa a si los niños, independientemente de su capacidad natural para comprender su exacto significado, deben o no tener reconocidos los derechos en la misma medida que los adultos ha preocupado mucho en la literatura anglosajona, que ha sido, con diferencia, la que más se ha ocupado del tema y la que cuestiona el alcance de la expresión *children´s rights* desde varios puntos de vista, una síntesis de los cuales puede verse en Gilmore S., Glennon, L.: *Family Law*, 6ª ed., Oxford, 2018, pp. 433-434. En este marco, una parte importante de la doctrina inglesa estima que la perspectiva de los derechos (*children´s rights*) tiene indudables ventajas sobre la que descansa en los deberes para con ellos de los adultos, o incluso sobre la del interés o bienestar del menor (*welfare principle)*; no obstante, se reconoce que también plantea interrogantes teóricos y prácticos de muy difícil solución; sobre todo ello, *vid.* Ferguson, L.: "Not merely rights for children but children´s rights: The theory gap and the assumption of the importance of children´s rights", *International Journal of Children´s Rights,* 2013 (21), pp. 177-208, *passim*.

54 Comparto la idea de Lenti, L.: "Note crítiche", cit., p. 93, para quien en el lenguaje jurídico se ha generado una notable confusión entre derechos del menor e interés del menor, como si hubiese algún grado de intercambiabilidad recíproca; ello ha derivado en que en Italia y en otros países continentales el interés del menor ha terminado por confundirse con el principio general según el cual todo el sistema jurídico referido a los menores está influido por la prioridad de los derechos de los niños.

55 Aunque no falta quien lo defiende, como los representantes del llamado *child liberationism,* citados por Herring, J.: *Family Law*, 9th. Ed., Pearson, 2019, p. 485.

56 Si se prefiere, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, dualidad ya superada en otros ámbitos como en el de los derechos de las personas con discapacidad, concretamente en el art. 12 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

57 La citada STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, (RTC 2019, 99) FJ. 3, defiende que "la limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad solo puede tener dos justificaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo, tal como prescribe la propia Constitución (art. 39.3 y 4 CE) y ha subrayado la jurisprudencia constitucional".

A mi juicio, el planteamiento que se acaba de señalar implica, entre otras consecuencias directas en el Derecho positivo español, una que sólo puedo dejar apuntada: el derecho a que un menor de edad no vea negada *ex ante* su capacidad en los procedimientos que le afecten, particularmente la de comparecer en procesos judiciales que resulten necesarios para hacer efectivos sus derechos sustantivos[58], o en otro orden de asuntos, la posibilidad de acceder a la rectificación registral de su sexo, y la correlativa del nombre, que la regulación legal les niega, en este último caso tanto directamente como a través de su representante[59].

5. Interés del menor v. autonomía del menor.

Conectando con lo anterior, hemos de preguntarnos por el alcance de la autonomía del niño o niña en la toma de las decisiones que le conciernen. Se trata de un asunto capital que plantea la posible complementariedad o, por el contrario, la eventual colisión entre el criterio del mejor interés y el criterio de la voluntad del menor o, si se prefiere verlo desde la norma, la posible colisión entre el artículo 3.1 y el derecho consagrado en artículo 12 de la Convención[60].

Sin duda, el alcance de la autonomía del menor es uno de los problemas más peliagudos a los que se enfrenta la doctrina y la práctica cuando están implicadas estas personas. Entendiendo por autonomía el derecho de cada persona a decidir cómo quiere vivir su propia vida[61] la visión más extendida, incluso consolidada, es la de entender que está justificada la limitación de la autonomía de las personas durante su minoría de edad si dicha limitación sirve para maximizar esa misma autonomía para cuando sean adultas[62]. Esta visión permite, por ejemplo, que los

58 Lo que hoy se les niega, *v. gr.* en el art. 7.1 LEC.

59 La ya mencionada STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que exige la mayoría de edad para acceder a dicha rectificación, si bien la inconstitucionalidad se declara "en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad"; realizado en estos términos, concuerdo con la autora del Voto Particular discrepante en el punto en el que señala que se trata de "un fallo en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento, a mi juicio confuso y con un efecto impreciso". Sobre esa cuestión, si bien limitada al cambio de nombre para hacerlo corresponder con el sexo sentido y no con el que se halla inscrito en el Registro Civil. Cfr. La ya citada Instrucción de la DGRN 23 octubre 2018 de dudosa legalidad y escasa técnica jurídica.

60 Para la Observación General núm. 14 de 2013, en su párrafo 4, "El Comité ya ha señalado que "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención", incluido, por tanto, el contenido en el art. 12.

61 Herring, J.: *Family Law*, cit., p. 487. En nuestra doctrina, Gete-Alonso y Calera, M.ª C.: "Manifestacions de l´autonomia del menor en la normativa catalana", *Indret,* 1/2005, señala: "En una primera aproximació sembla que els termes autonomia i menor són contradictoris. La situació jurídica de minoría de edat es caracteritza per l´absència d´autonomia" si bien añade que un análisis más detenido de la normativa civil vigente revela la aproximación entre ambos conceptos; en parecido sentido, Parra Lucán, M.ª A.: "Minoría de edad", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física* (dir. M.ª C. Gete-Alonso y Calera, coord. J. Solé Resina), t. I, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2013, pp. 588 ss., parte de la falta de autonomía del menor para terminar constatando su progresivo incremento.

62 Tal parece la opinión de Verdera Izquierdo, B.: *La actual configuración,* cit., pp. 282 y 283, cuando considera que la autonomía del menor "es instrumental, es una forma de aprendizaje", por lo que las decisiones del

menores estén obligados a ir al colegio hasta determinada edad, aunque no lo deseen.

En este punto se suele considerar que el nivel de desarrollo psicológico, madurez y competencia del menor juega un papel fundamental; en efecto, el desarrollo progresivo del niño y su grado de madurez (o discernimiento), o si se prefiere, su capacidad natural (competencia), son tomados en cuenta tanto por parte del legislador como de la autoridad judicial para dar peso específico a la voluntad del menor. En este sentido, son paradigmáticas las normas relativas a las decisiones sobre el cuidado de la salud, ámbito en el que se suele reconocer capacidad de decidir por sí a personas menores de dieciocho años[63]. Por otro lado, que los niños recién nacidos o muy pequeños no pueden tomar decisiones sobre asuntos de relevancia que les afecten, aunque sea directamente, es también opinión casi unánime, dada su incapacidad natural para entender y querer[64]; no obstante, existe también consenso en el sentido de que ello no debe significar que, en la medida de lo posible, no se tenga en cuenta la voluntad y los deseos del niño o incluso, según alguna opinión cualificada, la que plausiblemente hubiera sido su voluntad[65], aunque se aclara que la decisión final no tiene por qué coincidir siempre con lo querido por el menor. Con todo, hay casos difíciles que también necesitan una respuesta que *a priori* resulta muy complicada; el supuesto más evidente es el del adolescente muy próximo a la edad que legalmente le permitiría tomar por sí mismo la decisión que rechaza un tratamiento médico con riesgo para su propia vida[66] o cuando el respeto de su voluntad tiene fuertes implicaciones morales.

Pero siguiendo esta línea de razonamiento, a nadie se le oculta que el proceso de maduración de una persona es lento y progresivo y que, por lo tanto, resulta bastante artificial y formalista el establecimiento de hitos temporales que puedan implicar una ruptura total entre lo que puede o no puede hacer una concreta persona antes de determinada edad, incluso cuando esa edad es la de dieciocho años, que en nuestro ordenamiento y en la mayoría de los de nuestro entorno marca la diferencia entre ser o no ser mayor de edad.

menor no pueden ir en contra de sus propios intereses o proyección futura porque se trata de una persona en fase de formación.

63 Vid. art. 6.2 Convenio de Oviedo de 4 de abril 1997, relativo a los derechos humanos y la biomedicina (*BOE* 20 octubre 1999) y arts. 3 c) y 4 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.

64 En este sentido, expresamente, entre otros, Lenti, L.: "Note crítiche ", cit., p. 101.

65 Eekelaar, J.: "The emergence of children´s rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 6, Issue 2, Summer 1986, pp. 161–182, en uno de sus primeros trabajos sobre los derechos de los niños.

66 Como en el dramático caso que fue objeto de la STC 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154), en la que un niño de trece años, Testigo de Jehová, se negó a recibir las transfusiones sanguíneas necesarias para evitar su fallecimiento, que efectivamente se produjo.

6. El interés del menor lo es de un menor concreto.

Además de todo lo expresado en las líneas precedentes, creo que la correcta comprensión del significado del interés del menor es crucial la consideración especial del niño o niños afectados en el caso concreto. De hecho, una de las críticas más habituales cuando se comentan decisiones de los tribunales en las que aparece textualmente reflejado el interés del menor, reside en poner de relieve lo inadecuado de un planteamiento generalista que pretenda servir para todos los niños y todas las situaciones, en lugar de buscar el interés el menor "aquí y ahora"[67]. En consecuencia, se subraya que el interés del menor varía de niño a niño, que es profundamente situacional y que cambia con el paso del tiempo, incluso en relación con el mismo menor[68]. Ello nos lleva a cuestionar la conveniencia o no del establecimiento de criterios generales, más o menos vinculantes para el aplicador de la norma, destinados a minimizar la vaguedad o indeterminación del concepto y que pretenden servir de guía para la concreción del interés del menor en cada caso concreto, como se hace, por ejemplo, en el artículo 2 en sus párrafos 2 y 3 LOPJM. Sobre este punto también se ha pronunciado la Observación General núm. 14 (2013), entendiendo que estas listas sirven como orientación, no pueden ser exhaustivas, han de ser flexibles y deben permitir la toma en consideración de las particulares circunstancias que rodean al niño o niña sobre el que se ha de tomar una determinada decisión[69].

III. ¿PARA QUE SIRVE EL INTERÉS DEL MENOR EN DERECHO ESPAÑOL?

En este epígrafe pretendo poner de relieve la utilidad que tanto la ley como, sobre todo, los tribunales, están obteniendo del recurso a la cláusula del "interés del menor", refiriéndome ahora en exclusiva al ordenamiento civil español. Advierto desde ya que mi pretensión es, simplemente, dibujar la situación fáctica, es decir, para qué está sirviendo en realidad y no para qué debería servir o cómo debería ser utilizado de la forma más correcta y adecuada a los citados de la Convención y el Comité. Mencionaré de modo muy superficial el reflejo general más evidente, el del Código civil, para detenerme un poco más en el que tiene en nuestra jurisprudencia

67 Para Fernández Pérez, A.: "Aproximación", cit., pp. 133 y 134, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del menor afectado, y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.

68 Dailey A.C., Rosenbury, L.A.: "The New Law", cit., p. 1478, en relación al Derecho norteamericano; en el italiano y desde una perspectiva diversa, Scalisi, V.: "Il superiore interesse", cit., p. 413, entiende que el interés del menor no es individualizable *a priori* sino *a posteriori*, sobre la base de una valoración del caso concreto, individualizada o, más propiamente, personalizada.

69 *Cfr.* los apartados 50 y 51 de la Observación.

1. En el Código civil español.

Puesto que este trabajo adopta casi en exclusiva la perspectiva civil del interés del menor, comenzaré mencionando para qué sirve dicho concepto en el texto legal más relevante en la materia: el Código civil español. Advierto que preceptos de similar naturaleza a los aquí mencionados, aparecen también en las leyes, compilaciones y códigos de civil propio en aquellas Comunidades Autónomas con competencias en materia de derecho civil.

Limitándome, como he dicho, al Código civil, la respuesta a la cuestión planteada es múltiple, si atendemos a la letra de los preceptos. Así, podemos mencionar que el interés del menor cumple en el Código, al menos, las siguientes funciones:

a) Es el criterio exclusivo de decisión en artículos como los siguientes: 20.2.a CC (declaración de opción por la nacionalidad española), 156 CC (atribución del ejercicio de la patria potestad), 161 (visitas de familiares y allegados a menores en situación de desamparo), 170, segundo apartado (recuperación de la patria potestad), 172.ter2 (acogimiento residencial), 178.4 (mantenimiento de la relación con la familia de origen en la adopción).

b) Es uno de los criterios de decisión en los artículos 94 CC (derecho de visitas del progenitor no custodio), 172 ter 3 in fine CC (protección de datos de los guardadores del menor acogido).

c) Se utiliza como vehículo para limitar determinados derechos en los preceptos siguientes: 149 CC (límite al derecho de elección en la alternativa del alimentante), 172, ter. 2 CC (límite al derecho a que el menor sea reintegrado en la familia de origen), 176 bis 2 CC (límite a la potestad de la Entidad Pública de suspender el régimen de visitas a la familia de origen del menor acogido, 304 CC (límite al derecho a impugnar los actos del guardador).

2. ¿Para qué sirve en los tribunales?

Probablemente por su naturaleza de cláusula general abierta, así como por la triple dimensión que posee y a la que se ha aludido más arriba, el mayor provecho de la cuestión que hemos planteado en este epígrafe está en dilucidar para qué está sirviendo el recurso al interés del menor en nuestros tribunales. Advierto que referiré la situación real, esto es, cómo se está utilizando en la jurisprudencia el recurso al interés del menor, pero no cómo debería hacerse o si se podría recurrir al interés del menor de otro modo.

La lectura de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en la materia me llevan a considerar que, en la práctica, el interés del menor está sirviendo (o no) a las funciones que a continuación se relatan.

A) No sirve para nada o sirve para muy poco.

Nuestro Tribunal Constitucional recurre con mucha frecuencia en sus decisiones al comodín "del interés del menor". Sin embargo, me parece que en gran número de ocasiones resulta que el citado principio le sirve de más bien poco, o incluso de nada. Pondré a continuación algunos ejemplos.

La STC 156/2013, de 23 de noviembre (RTC 2013, 156), consideró legítima la orden de expulsión de una ciudadana extranjera que había cometido un delito y que era madre de una niña española de corta edad. La decisión mayoritaria aprecia la proporcionalidad de la medida y la ausencia de violación de los derechos fundamentales aludidos por la madre recurrente (los reconocidos en los arts. 19 y 18 CE). En cambio, el voto particular discrepante[70], muy duro con la mayoría, estimó que en la interpretación del artículo 57.2 LO de Extranjería[71] debieron tenerse en cuenta, junto con los derechos fundamentales alegados, tanto los principios rectores de la política social recogidos en el artículo 39.1 CE como la regla del artículo 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los instrumentos internacionales y, en consecuencia, también de conformidad con la jurisprudencia del TEDH que considera que el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión de un ciudadano extranjero[72]. No debe extrañar que nuestra literatura académica se haya mostrado muy crítica con la decisión mayoritaria y mucho más partidaria del criterio y las razones del voto particular[73], más acordes con los criterios del Tribunal de Estrasburgo, e incluso del TJUE[74].

70 Formulado por los magistrados D. Fernando Valdés Dal-Ré y Dña. Adela Asúa Batarrita.

71 Norma sancionadora aplicable al caso que prevé la expulsión del territorio nacional del condenado "por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados".

72 El caso plantea, entre otras cuestiones interesantes, la del eventual déficit de protección que en nuestro sistema constitucional tendría el derecho al respeto de la vida familiar, reconocido en el art. 8 del CEDH, al estimar el tribunal que la vida familiar en el sentido de este precepto no se protege en nuestra Constitución por la vía del art. 18, sino por la del art. 39, y por consiguiente, su violación no puede ser motivo de recurso de amparo.

73 Así, Reyes López, Mª J.: "Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 23 de noviembre de 2013. Límites a la aplicación del art. 57.2 LOE: el derecho a la vida familiar de los menores", en AA.VV.: *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, (coords. L. Martínez Vázquez de Castro, P. Escribano Tortajada), Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 153-204, espec. p. 199, quien señala: "Fue precisamente el escaso interés y la poco afortunada justificación sobre el respeto a los derechos de la menor los puntos más vulnerables que ofrece esta sentencia, y en los que se ahonda más en el voto particular".

74 STJUE 8 marzo 2011, Asunto C 34/09, Gerardo Ruíz Zambrano y Office national d'émploi *(*ONEm*)*, que afirma que el art. 20 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se opone a que se deniegue a un nacional de un Estado tercero el permiso de residencia y trabajo en un Estado miembro, cuando este asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, «en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión". Con posterioridad también STJUE 10 mayo 2017, Asunto

Otra decisión en la que creo que el interés del menor no fue tomado en consideración de forma suficiente es la recogida en la STC 10/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 10). Se plantea en esta ocasión un interesante supuesto de niño con una discapacidad derivada de problemas del espectro autista, a quien la Administración ordena escolarizar en un centro de educación especial, contra el criterio de sus padres, partidarios de que su hijo recibiera una educación inclusiva en un centro ordinario. Atendidas las circunstancias del caso y los informes técnicos existentes, los tribunales dan la razón a la Administración, ante lo cual los padres acuden en amparo, alegando que la decisión supone la discriminación de su hijo por razones de discapacidad, con la consiguiente violación de los arts. 14 y 27 CE; alegan también la vulneración del derecho a la integridad moral de su hijo, reconocido en el art. 15.1 CE, en relación con el 10.1 CE. Es importante señalar que tanto los padres como el Ministerio Fiscal ponen el énfasis en los derechos de las personas con discapacidad consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en 2006 y de la que España es parte desde 2008 y, muy especialmente, en la necesidad de que se realicen ajustes razonables para atender a sus necesidades y se les suministre el apoyo que precisen para ejercer sus derechos, en este caso el de ser escolarizado en un centro ordinario.

Pues bien, en la citada STC 10/2014, el Tribunal Constitucional reconoce que, de la normativa existente, empezando por la CNUDPD y siguiendo con toda la regulación interna que la desarrolla, se desprende como principio general, que la educación debe ser inclusiva; es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionando los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. Sin embargo, atendiendo a las circunstancias del caso, a los informes psicopedagógicos emitidos y al procedimiento seguido por la Administración, respetuoso a su juicio con los derechos afectados, el Tribunal estima lo siguiente: "Acreditado lo anterior por la Administración educativa, es decir que en interés del menor resulta indicada su escolarización en un centro de educación especial, no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser o no prestados en un centro de educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades educativas estén mejor atendidas en un centro de educación especial más que en el marco de la educación general de los centros ordinarios". Considera también el máximo intérprete de la Constitución que tampoco hubo vulneración alguna

C-133/15, Chávez-Vílchez, en cuyos razonamientos se subraya se subraya la «obligación» de las autoridades nacionales de respetar el derecho a la vida familiar interpretada a la luz del interés superior del niño, y se aportan al juez nacional criterios adicionales con los que asegurar que este principio sea efectivamente aplicado. Cf. también la ya citada STJUE 13 septiembre 2016, Asunto C165/14, Alfredo Redón Marín y Administración del Estado.

de los derechos alegados por parte de las decisiones judiciales que avalaron la decisión administrativa, con lo que no atiende al amparo solicitado.

A mi juicio esta sentencia del constitucional, además de desacertada, tiene una argumentación muy pobre, tanto desde la perspectiva de los derechos del menor, como de la de los derechos de las personas con discapacidad. Desde la primera, es indudable que toma en cuenta exclusivamente la perspectiva del adulto y que su consideración del interés del menor es prácticamente inexistente pues, más allá de mencionarlo, ni se le otorga en realidad una relevancia concreta, ni se dan razones que permitan rastrear cómo se tuvo en cuenta ese interés, tal y como se ha explicado que exige el Comité de las Naciones Unidas. Desde la segunda, no puedo estar más de acuerdo con las alegaciones del Ministerio Fiscal sobre la violación flagrante de la CNUDPD y del derecho en ella establecido a que la persona con discapacidad no sea excluida.

B) Sirve para aplicar correctamente la norma.

A diferencia de lo que acabo de señalar, también pueden encontrarse resoluciones del Tribunal Constitucional donde se constata que el interés del menor cumple correctamente la función interpretativa de la norma escrita que forma parte de su triple dimensión.

En este sentido, es de gran interés la STC 16/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 16)[75]. Se trataba de un caso en el que la madre había venido con su hija a España desde Suiza, lugar de residencia de la pequeña, reteniéndola en nuestro país sin el consentimiento del padre. Existían entre ambos progenitores diversos y cruzados procedimientos penales y civiles, seguidos tanto en España como en Suiza; en España la mayor parte de las decisiones judiciales se tomaron en Juzgados de Violencia contra la Mujer. En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid objeto del recurso de amparo, se estimó la solicitud formulada por el padre y, en consecuencia, se ordenó la restitución inmediata de la menor a su residencia habitual suiza, que era el domicilio paterno, al no considerar probada la existencia de un peligro para la menor en los términos del artículo 13 del Convenio de la Haya. En el citado Auto "se significa que ha quedado acreditado el hecho de la retención ilícita, dado que el padre jamás consintió el traslado de la niña en calidad de cotitular de la patria potestad, y a la que no ha vuelto a ver desde hace varios meses, hecho incuestionable cuya modificación, ha de acordarse debiendo de estarse al interés superior de la menor, interés que constituye el principio base de todo el derecho relativo a los mismos, y que se ha conformado como uno de los principios esenciales del derecho moderno de la persona y de la familia".

75 También sobre traslado ilícito de menores, pero de inferior relevancia para lo que ahora nos ocupa es la STC 196/2013, de 2 de diciembre (RTC 2013, 196).

La madre recurre en amparo sobre la base del artículo 24 CE. Entre otras cosas alega la contravención por parte del cuestionado Auto del principio del interés superior del menor. Argumenta, entre otras cosas, que no se han tenido en cuenta las circunstancias actuales de la menor, su edad, el tiempo que lleva residiendo en España, el cuidado de su madre, arraigo, escolarización, el nacimiento de un hermano en España, que el padre lleva veinte meses sin ver a su hija y la imposibilidad que tendría la madre para ejercer sus derechos inherentes a la patria potestad y al régimen de visitas en Suiza; el Ministerio Fiscal interesa el amparo y también alude a la necesaria consideración del interés del menor.

Pues bien, la citada STC 16/2016 concluye estimando el amparo solicitado, basándose de modo muy principal en el interés del menor[76]. Recuerda que según su propia jurisprudencia[77] el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a realizar un "juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida"[78]. Por lo que aquí interesa, reconoce el alto Tribunal que el Auto recurrido reproduce textualmente el artículo 12 del Convenio, que otorga un valor determinado a la integración del menor en el nuevo medio como elemento de ponderación de la decisión sobre la restitución[79], a pesar de lo cual aprecia que, "confirmado el traslado ilícito y sin que

76 FJ 6) "cuando la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que «con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que "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" (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales…", añadiendo a continuación "De esta suerte, «el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable", afirmaciones que avala con cita de varias sentencias tanto del propio Tribunal Constitucional, como del TEDH.

77 STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176), FJ 6.

78 Alude el Constitucional a la STEDH (Gran Sala) 6 julio 2010, Asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza, que ya hemos citado y que requería un examen en profundidad del conjunto de la situación familiar (apartado 139; también a la STEDH (Sección Tercera) 6 diciembre 2007, Asunto Maumousseau y Washington c. Francia, apartado 74, que consideró que se puede conseguir una interpretación armónica del Convenio de La Haya de 1980 y del derecho al respeto a la vida privada y familiar, art. 8 CEDH, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: en primer lugar, que los factores que pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño en aplicación de los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya, en particular cuando son invocados por una de las partes, sean realmente tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional requerido, de modo este órgano jurisdiccional debe adoptar una decisión suficientemente motivada sobre este punto, que permita al Tribunal verificar que estas cuestiones se han examinado de manera eficaz. En segundo lugar, estos factores deben ser evaluados a la luz del art. 8 del Convenio Europeo SSTEDH (Gran Sala) de 6 de julio de 2010, Asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza; (Gran Sala) 26 noviembre 2013, Asunto X. c. Letonia, apartado 106.

79 En concreto, el art. 12.1 del Convenio establece que "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Art. 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor". Por su parte, según el párrafo 2 del mismo precepto "La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado

concurran las causas excepcionales para detenerlo previstas en el artículo 13 a) y b) el interés del menor se corresponde con el retorno", lo que a juicio del Tribunal Constitucional constituye la asunción de la valoración del interés del menor que subyace en el sistema del Convenio.

No obstante, el Tribunal Constitucional valora la excepcionalidad del caso examinado, en el que se produjo una notable dilación del procedimiento judicial; a pesar de reconocer que dicha dilación no se ha debido ni a la tardanza en su iniciación ni al comportamiento del promotor del incidente, sino a diversas vicisitudes procesales, considera que "En todo caso, este Tribunal, con la decisión que ahora adopta, se limita a constatar que la lamentable dilación del procedimiento tendente a la restitución, en las circunstancias excepcionales que presenta el caso enjuiciado, cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora, no puede menoscabar el interés superior de la menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio. Resulta obligada, por tanto, que esta valoración sea decisiva" (FJ 10). En consecuencia, realiza esta valoración y entiende que "la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, todo lo cual se omitió en la resolución impugnada, razón por la aprecia la insuficiencia de motivación del Auto, y estima el recurso de amparo por violación del artículo 24.1".

Se esté de acuerdo o no con la respuesta del Tribunal, que de manera evidente liga la integración de la menor en el ambiente español con el tiempo transcurrido desde su ilícito traslado, tiempo que se dilató por razones en ningún caso debidas al comportamiento del padre que solicitaba el retorno, lo que me interesa destacar aquí es que en este caso el Constitucional no está utilizando el interés del menor para eludir o dejar de aplicar una regla jurídica, en este caso el artículo 12 del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, sino precisamente apela a que ese interés no ha sido respetado porque no se ha aplicado correctamente ese precepto en su párrafo segundo, al no haberse tenido suficientemente en cuenta, o al menos no haberse expresado en la resolución de manera suficiente, si la menor estaba o no integrada en su nuevo ambiente.

Otro caso en el que a mi juicio el interés del menor se utiliza como criterio argumental, precisamente para aplicar correctamente la ley, es el de la STC

los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente". En el supuesto enjuiciado por el Tribunal Constitucional, la niña llevaba más de un año en nuestro país.

167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 167). Se trataba de un supuesto donde tras la reclamación del padre de un menor de corta edad se produjo la determinación judicial de la filiación paterna y, en aplicación de la legalidad vigente, se ordenó la inversión de los apellidos del menor. El padre había sido condenado previamente por violencia de género contra la madre y esta se había opuesto a la inversión de los apellidos; sin embargo, la autoridad judicial no acordó el mantenimiento de los apellidos maternos, como excepcionalmente la ley permitía. La madre, invocando el interés del menor en mantener los apellidos que ostentaba desde el nacimiento recurre en amparo; alega la vulneración de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas (derecho a la igualdad, derecho a la propia imagen y derecho a la tutela judicial efectiva reconocidos en los arts. 14, 18.1 y 24 CE respectivamente) y el amparo que solicita de este Tribunal. En concreto, la madre alegó que la preferencia en el orden de los apellidos otorgaba un tratamiento prioritario del varón y discriminatorio de la mujer en cuanto a la imposición de su apellido, tratamiento que carece actualmente de justificación constitucional y de fundamento razonable y suficiente; a ello añade la existencia de una posible colisión entre el derecho a la personalidad del menor, que aún no tiene capacidad de obrar, y el derecho de la madre a impedir que prevalezca el apellido del padre; también alude a la colisión entre el interés del menor que funciona en la vida social y oficial con unos apellidos y el interés paterno en que se imponga el suyo (art. 18.1 CE).

El Tribunal Constitucional reconoce el derecho al nombre como derecho de la personalidad y lo sitúa en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1. CE). Considera respetuoso con el sistema constitucional el régimen jurídico de los apellidos existente en el momento del pleito, según el cual a falta de acuerdo de los progenitores el primer apellido será el primero paterno y el segundo el primero materno, con la posibilidad de que el hijo invierta el orden, una vez alcanzada la mayoría de edad (FJ 6). No obstante, estima que en el caso planteado debió atenderse, entre otros, al hecho de que "El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar", por lo que "debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos". Atendiendo a esta razón, así como a la relevancia que el propio legislador otorgaba ya en ese momento a la violencia de género en la determinación del orden de los apellidos, el Tribunal Constitucional atiende al amparo solicitado.

Estoy totalmente de acuerdo esta decisión, en la que el interés del menor se alega precisamente para conservar los apellidos que el niño venía sustentando, lo cual era totalmente legítimo a la luz del art. 59.3 de la LRC que expresamente lo permitía. No se trata pues de que el interés del menor haya sido utilizado para evadir la norma general que establecía determinado orden de los apellidos, sino que, de conformidad con las circunstancias concurrentes, entre las que resultaba de particular importancia el derecho fundamental a la identidad del menor, así como los antecedentes por violencia de género del padre, el interés del menor propiciaba, precisamente, la aplicación de la posibilidad de mantenimiento del orden de apellidos que el 59.3 LRC otorgaba a la autoridad judicial.

C) Sirve para integrar lagunas normativas.

En el epígrafe II.2 *in fin*e, de este mismo trabajo me preguntaba si cabía plantear que, además de esta función interpretativa *stricto sensu,* el recurso a la cláusula del interés del menor pudiera también servir para cumplir una función integrativa o incluso correctora de reglas legales, hasta el punto, incluso, de llegar a justificar la inaplicación de alguna de ellas en el caso concreto. Personalmente no veo inconveniente en el primero de estos dos usos, el meramente integrativo de reglas no suficientemente completas o adecuadas para una concreta situación fáctica; también creo que puede encontrarse alguna huella jurisprudencial de en este sentido.

Así, la STS 10 mayo 2019[80], resuelve sobre el derecho a la legítima en la herencia del padre biológico por parte de un menor adoptado, cuando la sucesión se causa antes de que se hubiese consumado la adopción, momento en el que todavía no resulta aplicable el art. 178.1 CC, a cuyo tenor la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. El *ius delationis* fue adquirido por el niño antes de finalizar el proceso de adopción, y se mantiene tras este si no hubo renuncia anterior. Aunque en la argumentación de la sentencia no aparece expresado el recurso al interés del menor, en varios lugares subyace la tutela de los intereses del menor adoptado, tanto de la Administración pública (que actúo para y por el menor, sin llegar a aceptar la herencia) como de los padres adoptivos, representantes del menor, que finalmente fueron los aceptantes.

Esta función integradora del interés del menor aparece más claramente en algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que el aludido principio sirve, precisamente, para llenar de contenido la "justa causa" prevista en el art. 160.2 CC, que permite impedir las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes. Cito, por ser la más reciente, la STS 25 noviembre

80 STS 10 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2043).

2019[81], en las que ese niega a un abuelo especialmente conflictivo el derecho a relacionarse con sus nietos atendiendo a que "el interés del menor tiene carácter prevalente, tal como se expresa en las sentencias citadas por la parte recurrente; a lo que cabe añadir que no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así -por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor".

D) Sirve para modificar la norma escrita.

Sin lugar a dudas es mucho más cuestionable si el recurso al interés del menor puede servir para circunvalar, eludir o derrotar a una regla de Derecho escrita que, en el caso concreto, conduzca a un resultado contrario al interés del menor. Pienso que en esta función se ha utilizado a veces por nuestros tribunales y por algún órgano administrativo cuya misión es la de dictar actos que en algún caso pueden afectar a menores de edad. Para ilustrar tal misión de derrota del Derecho escrito voy a poner dos ejemplos, ambos ya citados en otras partes de este trabajo, que me sirven de muestra tanto para su utilización correcta, en el primer caso, como incorrecta, en el segundo.

De modo acertado creo que utiliza el interés del menor como instrumento para derribar una norma legal, la varias veces citada, STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99), por la que se aprecia la inconstitucionalidad del el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que exige la mayoría de edad para acceder a dicha rectificación. No obstante, conviene señalar que la inconstitucionalidad se declara "en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad", declaración que resulta un tanto confusa.

En cambio, creo que de modo incorrecto lo hace la también citada Instrucción DGRN 23 octubre 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, en la que se establecen dos directrices que son claramente ilegales; la segunda afecta a los menores de edad y dice lo siguiente: "Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre

81 STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972). En similar supuesto de hecho, STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4631).

solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez". Además de su evidente incorrección técnica, se trata de una disposición que claramente viola el principio de legalidad, por más que el preámbulo de la Instrucción pretenda ampararla en el interés del menor.

E) Sirve para no entrar en el fondo en el recurso de casación.

El interés del menor ha servido de argumento a numerosas decisiones recientes del Tribunal Supremo, de modo prioritario sobre guarda y custodia compartida[82], aunque también en otros temas relacionados con la modificación de medidas o con procedimientos de adopción, y en las que siempre aparece la coletilla relativa a la inadmisión del recurso por "carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2.4.º LEC al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de los menores". Así sucede, entre otras, en la STS 1 marzo 2019[83], donde se puede leer: "Cuando se trata, pues, de valorar el interés del menor, tiene sentado la sala[84] (…), sobre guarda y custodia compartida, pero extrapolable a cualquier medida personal que afecte a menores, que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia".

En esta línea creo que interés la cita de la STS 11 diciembre 2019[85], en un caso de presuntos abusos sexuales a la menor por su padre, con atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre, pero sin que se pronuncie la privación de la potestad al padre; se considera que en el caso no concurre interés casacional por " no atender (el recurso) a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, y resolver esta conforme al interés de la menor"; se estima, además, que con la atribución exclusiva del ejercicio "el interés de la menor está suficientemente protegido".

82 En materia de custodia compartida es interesante la STS 28 enero 2020 (RJ 2020, 111), aunque en un caso que más bien habría que ubicar en el de interpretación correcta de la norma. Se trataba de dilucidar, en un supuesto en el que las dos madres de la menor discutían sobre la idoneidad o no de un régimen de custodia compartida anual, cuando los domicilios de ambas estaban situados a mas de 400 km de distancia, y en la que el tribunal estima, también con recurso a precedentes, que tal régimen no es conforme con el interés del menor; este criterio le sirve asimismo para dilucidar a cual de las dos madres le debe ser atribuida la custodia exclusiva.

83 Reproduzco el intento de descripción del interés del menor que hace esta sentencia, con cita de otras precedentes: "Este interés, según doctrina de la sala (SSTS 19 octubre (RJ 2017, 4485) y 25 octubre (RJ 2017, 4677) , entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor".

84 Con cita de STS 23 julio 2018 (RJ 2018, 2966).

85 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5297).

3. Conclusión: el recurso del interés (superior sic) del menor o no sirve para nada, o sirve para casi todo.

Tengo para mi que cabría alargar el rimero de funciones que en la práctica está cumpliendo el interés del menor. Algunas muy claras y legítimas; otras no tanto. Pero me parece que las señaladas y los ejemplos incluidos nos ponen claramente de manifiesto que el mantra del "interés de menor" se viene utilizando "a la carta", con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione).

Lo que debería venir a continuación es otra pregunta: ¿Para que debería servir el interés del menor? Pero esa es otra historia que ha de ser contada en otro trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

Álvarez González, S.: "Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído", *La Ley. Unión Europea*, núm. 7578, 28 febrero 2011.

Bartolini, S.: "In name of the best interests of the child: the Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases", *Common Market Law Review,* vol. 56. núm. 1, February, 2019.

Castro y Bravo, F.: *Derecho civil de España,* t. I, Reproducción de la edición original de 1949, Madrid, Tecnos, 1984.

Cuena Casas, M.: "La doctrina del Tribunal Supremo sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero. ¿Justicia a costa de la legalidad?", *Hay Derecho, 9 diciembre de 2018*.

Dailey A.C., Rosenbury, L.A.: "The New Law of the Child", *The Yale Law Journal,* 2018 (127).

Eekelaar, J.: *Family Law and Personal Life,* 2.ª ed., Oxford University Press, 2017.

- "The emergence of children´s rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 6, Issue 2, *Summer* 1986.

- "The Role of the Best Interests Principle in Decision Affecting Children and Decisions about Children", *International Journal of Children's Rights,* núm. 23, 2015.

Ferguson, L.: "Not merely rights for children but children's rights: The theory gap and the assumption of the importance of children´s rights", *International Journal of Children's Rights,* núm. 21, 2013.

Fernández Pérez, A.: "Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español", *Boletín mexicano de derecho comparado,* 2018.

García Rubio, Mª.P.: "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor", en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020.

Gete-Alonso y Calera, M.ª C.: "Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana", *Indret,* 1/2005.

GILMORE S., GLENNON, L.: *Family Law*, 6ª ed., Oxford, 2018.

HERRING, J.: *Family Law***,** 9th. Ed., Pearson, 2019.

KILKELLY, U.: "The Best Interests of the Child: a Gateway to Children's Rights", en AA.VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being* (ed. E.E. SUTHERLAND, L.A. BARNES MACFARLANE), Cambridge University Press, 2016.

LENTI, L.: "Note crítiche in tema di interesse del minore", *Riv.dir.civ.*, 2016.

PARRA LUCÁN, M.ª A.: "Minoría de edad", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física,* (dir. M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, coord. J. SOLÉ RESINA), t. I, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2013.

REYES LÓPEZ, Mª J.: "Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 23 de noviembre de 2013. Límites a la aplicación del art. 57.2 LOE: el derecho a la vida familiar de los menores", en AA.VV.: *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil***,** (coords. L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, P. ESCRIBANO TORTAJADA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: "La refundición del reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *REDI,* 2017-1.

SCALISI, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, vol. 64, 2018-2.

SUTHERLAND, E.E., BARNES MACFARLANE, L.A.: (Eds.) *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being***,** Cambridge University Press, 2016.

VARELA CASTRO, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia***,** mayo 2016.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor,* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2019.

Legislación:

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

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.

Jurisprudencia nacional e internacional:

STS 19 octubre 2017 (RJ 2017, 4485).

STS 25 octubre 2017 (RJ 2017, 4677).

STS 23 julio 2018 (RJ 2018, 2966).

STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086).

STS 10 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2043).

STS 29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495).

STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4631).

STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972).

STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5297).

STS 28 enero 2020 (RJ 2020, 111).

STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 29).

STC 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154).

STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176).

STC 196/2013, de 2 de diciembre (RTC 2013, 196).

STC 16/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 16).

STC 23/2016, de 15 de febrero (RTC 2016, 23).

STC 99/2019, de 18 de julio de 2019 (RTC 2019, 99).

STJUE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-491/10, Joseba Andoni Aguirre Zagarra v. Simone Pelz.

STJUE de 8 de marzo de 2011, Asunto C 34/09, Gerardo Ruíz Zambrano y Office national d'émploi (ONEm).

STJUE de 13 de septiembre de 2016, Asunto C165/14, Alfredo Redón Marín y Administración del Estado.

STJUE de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15, Chávez-Vílchez.

STEDH (Sección Tercera) de 6 de diciembre de 2007, Asunto Maumousseau y Washington c. Francia.

SSTEDH (Gran Sala) de 6 de julio de 2010, Asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza.

SSTEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, Asunto X. c. Letonia.

STEDH de 7 de mayo de 2015, Asunto S L y J L. v. Croacia.

DERECHO A LA SALUD Y VIDA DE LA NIÑEZ, COMO LÍMITE A LOS DERECHOS A LA PRIVACIDAD Y LIBERTAD RELIGIOSA

RIGHT TO HEALTH AND LIFE OF CHILDREN AS A LIMIT TO THE RIGHTS TO PRIVACY AND RELIGIOUS FREEDOM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 50-77

Gisela María
PÉREZ
FUENTES

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: La ponderación de derechos fundamentales es necesaria para garantizar la salud de la infancia cuando se valora la libertad religiosa de los padres en la autonomía familiar, la forma en que la normativa y jurisprudencia mexicana aborda esta problemática jurídica será indispensable para determinar cómo se protege el interés superior de la niñez.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, interés superior de la niñez, derecho a la autonomía familiar, libertad religiosa.

ABSTRACT: *The weighting of fundamental rights is necessary to guarantee the health of children when the religious freedom of parents is valued in family autonomy, the way in which Mexican regulations and jurisprudence address this legal problem will be essential to determine how to protect themselves the best interest of childhood.*

KEY WORDS: *Right to health, best interests of children, right to family autonomy, religious freedom.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. El INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ COMO DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTAL. 1. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.- 2. El derecho a la salud en caso de la niñez.- III. ESTUDIO DE CASO: DERECHO A LA SALUD Y VIDA DE LA NIÑEZ FRENTE A LA PRIVACIDAD FAMILIAR Y LIBERTAD RELIGIOSA.- 1. Análisis jurídico doctrinal: derecho a la libertad de creencias y objeción de conciencia.- 2. El derecho a la vida privada y familiar.- 3. El derecho del niño a ser escuchado.- 4. ¿Cómo se pondera el interés superior del menor en cuanto a su salud, cuando los padres tienen una creencia religiosa que puede alterar este derecho del infante?.- 5. Caso de urgencia.- 6. Actuación de los médicos y personal sanitario ante riesgo de la vida de un menor: interés superior.- 7. ¿Es constitucional que el Estado asuma la facultad de decidir sobre la salud de un menor en sustitución de sus padres?.- 8. Segundo Momento.- IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El derecho a la familia y a la libertad de creencias, son derechos fundamentales y humanos protegidos tanto por la Constitución como por los Tratados Internaciones. Es por ello el espectro de elecciones autónomas que pueden tomar los padres con respecto a sus hijos, de acuerdo al ámbito de privacidad familiar en la formación y crianza de los niños, pero ello no es un derecho absoluto aunque sean los padres los que conozcan mejor la vida de los niños.

En la ponderación de derechos fundamentales el interés superior del menor tiene una primacía fundamental cuando se trata de la protección de la vida y salud de la infancia. Es objetivo de este trabajo por tanto el ponderar las circunstancias en las que la privacidad familiar debe ceder ante el asesoramiento médico para elegir lo que mejor protega la vida de los menores, lo anterior considerando que los padres ante todos los derechos, deben cuidar y garantizar que la vida de los menores no esté expuesta a algún riesgo.

Los médicos deben cumplimentar siempre la explicación a los padres del tratamiento a los que se someterá a los hijos menores. Pero puede ocurrir que los padres posean ciertas creencias religiosas que no permiten se aplique un tratamiento idóneo y más certero, en el trabajo se analiza entonces los procedimientos que deben aplicarse desde el contexto médico hasta el administrativo y judicial para garantizar ante todo el interés superior del menor. Los padres pueden someterse a un escenario complejo, la asesoría de los médicos que estén en contra de sus

• Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com

creencias religiosas. En esta encrucijada los padres deben velar ante todo por el bienestar de sus hijos.

En el texto se analizará si la situación es urgente o no, cómo intervenir en cada caso y cómo se debe acudir a una tutela de representación de los menores por la institución pública señalada por la ley, si en beneficio del menor es imprescindible intervenir la autonomía familiar, valorando en definitiva que debe existir una correspondencia entre la decisión médica y las medidas terapéuticas que mejor permitan mantener o recuperar la salud de los infantes, protegiendo el interés superior del menor.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ COMO DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTAL.

El principio del interés superior de la niñez, es un derecho subjetivo y un principio fundamental de los derechos de los cuales son titulares por su especial vulnearabilidad en cuanto a la necesaria progresividad que necesitan para dirigir su vida. Como principio jurídico interpretativo fundamental, tiene su explicación en cuanto ha de aplicarse a una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior.

Se ha señalado que el interés superior de la niñez es un concepto jurídico indeterminado, debido a la heterogeneidad de sus titulares, y las distintas circunstancias que lo rodean, como puede ser huérfano, indígena, refugiado, discapacitado, entre otras situaciones[1].

El art. 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

"En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir,

1 Torrecuadrada García-Lozano, S.: "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, vol. XVI, 2016, pp. 131-157.

investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley"[2].

Desde el título del capítulo I y de manera destacada, el primer párrafo del art. 1º, se confiere rango constitucional a nuestros derechos humanos y se establece una disposición para reconocer como tales no solo los contenidos en la propia Carta Magna, sino los provenientes de los tratados internacionales en que México sea parte.

Por su parte, en el art. 4º de la Constitución Federal de México, la primera mención que se hace sobre los derechos de las personas menores de edad es en la reforma publicada el 18 de marzo de 1980, como resultado del Año Internacional del Niño, proclamado por la Organización de las Naciones Unidas en 1979, en la que se mencionaba que era deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física mental.

En cuanto al art. 4º constitucional, los párrafos noveno, décimo y undécimo establecen:

"En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez".

La protección a los derechos humanos se amplía a partir de la reforma ya que todas las personas gozarán de los derechos humanos que sean reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Asimismo, se subraya la importancia de que todas las autoridades deben velar por el respeto a esos derechos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

2 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 6 de marzo de 2020.

La protección del derecho a la niñez aparece en los Tratados Internacionales, por ejemplo, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, menciona en su parte conducente:

"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"[3].

A partir de la Convención se cambia el paradigma de la protección de la niñez, pasa de ser una doctrina de "situación irregular" a una de "protección integral". La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas, por lo que es considerado un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño. No se trata solamente de una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia y de la adolescencia[4].

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la opinión consultiva 17, relativa a la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"[5] la cual resulta de gran relevancia ya que de acuerdo con Mary Beloff, es la primera vez que esta reconoce al niño como sujeto de derechos[6].

El interés superior del menor es el que rige todas las actuaciones en lo que estos se encuentren involucrados y cualquier autoridad tiene la obligación de hacerla valer. Asimismo, aquellos encargados de su guarda y custodia son los principales responsables de proteger y exigir que se cumpla con dicho principio.

Los art. 5 y 12 de la Convención del los Derechos del Niño reconocen a los menores como sujetos de derechos y partícipes activos en la toma de las decisiones que les conciernen, por eso se afirma que los menores ejercen sus derechos de manera progresiva en la medida en que van desarrollando un mayor nivel de autonomía, considerando ello como una evolución de la autonomía de

3 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, consultado en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx

4 Cillero Bruñol, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" en: *Justicia y Derechos del Niño,* UNICEF, 2007, p. 125, consultado en: http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justcia%20_y_derechos_9.pdf

5 Corte IDH, Opinión Consultiva 0c-17/2002 de 28 de agosto de 2002, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

6 Beloff, M.: Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 2019, pp. 45-50.

los menores[7]. El derecho a ser oído no implica obedecer o asumir lo que señalen los niños.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el interés superior del menor como un principio que permite resolver aquellas situaciones en las que es incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos cuando se trata de un mismo niño, con lo cual se otorga una protección integral a este y un pleno ejercicio de sus derechos[8], lo que se constituye en un deber para las autoridades estatales[9].

Así también, el máximo órgano de justicia de México ha señalado que el art. 4º constitucional implica, en relación con los derechos de los menores, un punto de convergencia entre los previstos en los instrumentos internacionales y un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez[10].

De esta manera, se sostiene que el interés superior del menor forma parte del "núcleo duro de derechos" tal y como ha sido denominado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que significa que no admite restricción alguna[11]. El interés superior del menor es un principio que permite resolver las controversias que se presenten y se actualiza como un deber que tienen todas las autoridades en aras de la protección de la niñez. El interés superior de los menores implica dar prioridad a su bienestar ante cualquier interés que vaya en su perjuicio, a tener una familia como espacio preferente para su desarrollo; a una vida digna e integral, a garantizar lo necesario para su subsistencia, alimentación y desarrollo.

El interés superior del menor es un concepto triple, al ser: un derecho sustantivo; un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento; ello implica que el interés superior del menor se observa en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño, lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. Las decisiones particulares adoptadas por las autoridades adminstrativas en la esfera de su desarrollo integral deben considerar todas las medidas que tengan efectos favorables sobre los menores[12].

7 *Cfr.* Amparo directo en revisión 354/2014.

8 *Cfr.* Tesis 1ª. CXXIII/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro IX, junio de 2012, p. 259.

9 *Cfr.* Tesis 1ª. CXXII/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro IX, junio de 2012, p. 260.

10 Tesis 1ª. LXXVI/2013, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro XVIII, marzo 2013, p. 887.

11 Pérez Fuentes, G., *et al.*: "El interés superior del menor como principio", *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 1, núm. 2, UJAT, México, enero-junio 2014, p. 318.

12 *Cfr.* Tesis: 2a./J. 113/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, p. 2328.

En México se han emitido diversas líneas jurisprudenciales en cuanto al interés superior de la niñez respecta. A continuación se enlistan las siguientes:

a) Cuando existe una situación de riesgo en la que estén involucrados menores[13], se considera así cuando no se adopte la medida más benéfica para los menores y no solo cuando se evite una que los pueda perjudicar y sus derechos se vean afectados, pues conforme a su interés superior, éstos deben protegerse con mayor intensidad.

b) Las dimensiones en que se proyecta el interés superior del menor[14]. El interés superior del menor cumple tres funciones: como derecho sustantivo, como principio interpretativo y como norma procedimental. Por lo que cuando en un caso concreto se encuentran varios derechos en conflicto, varias interpretaciones a considerar o bien, siempre que en un procedimiento se tenga que tomar una decisión que afecta los intereses de los menores se tendrá que analizar las repercusiones de esta siempre teniendo como eje rector el interés superior del menor.

c) El interés superior del menor en el ámbito jurisdiccional[15]. Este principio demanda que los órganos de impartición de justicia hagan un análisis muy cuidadoso en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, ya que el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor.

d) Derechos de los menores[16]. Los derechos previstos en el art. 4° de la Constitución Federal y en los instrumentos internacionales convergen y constituyen un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez.

e) Pruebas. En este tema, la doctrina de la Corte[17] establece que el juez está facultado para recabar, valorar y desahogar, incluso de oficio, todas las pruebas, cuando esté involucrado el interés superior del menor.

13 Tesis CVIII/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo I, libro 4, marzo de 2014, p. 538.

14 Tesis: 1a. CCCLXXIX/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 256.

15 Tesis 1a./J. 18/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo I, Libro 4, marzo de 2014, p. 406.

16 Tesis: 1a. LXXVI/2013, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo I, p. 887.

17 Tesis: 1a./J. 30/2013, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo I, p. 401.

1. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes[18].

Los principios de derechos humanos son aplicados a la niñez en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en adelante LGDNNA, al establecer en esta norma como objeto el de reconocer que los niños, niñas y adolescentes, son titulares de derechos, con capacidad de goce de acuerdo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, todo lo anterior con un enfoque transversal e integral y con perspectiva de derechos humanos.

Un principio fundamental que establece esta ley general, es que el interés superior de la infancia deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones, de ahí que se analizará qué ocurre cuando este principio entra en tensión con otros derechos como la salud y la libertad religiosa.

En el art. 2 de la LGDNNA se advierte que cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior.

Son obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, en razón de su responsabilidad y cuando sean instituciones públicas de garantizar atención médica y psicológicas preventivas integrada a la salud y asistencia médica, de igual forma, abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral. En este contexto debe considerarse la opinión y preferencia de la niñez para la toma de decisiones que les conciernen de manera directa conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

El Estado no obstante participa en caso que los padres o tutores que ejercen la patria potestad, si se les restringen o vulneran sus derechos, a través de las Procuradurías de Protección dentro de la estructura del Sistema Nacional del Desarrollo Integral de la Familia, conocido por sus siglas DIF, las que deben prestar una protección integral en la que de destaca una atención médica y psicológica y solicitar al Ministerio Público la imposición de medidas urgentes de protección especial idóneas cuando exista un riesgo inminente contra la vida o integridad. Destaca la atención médica inmediata por parte de alguna institución del Sistema Nacional de Salud[19].

18 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014., última reforma publicada el 17 de octubre de 2019.

19 *Cfr.* art. 122 de la LGDNNA.

2. El derecho a la salud en caso de la niñez.

En la interpretación teolológica de los art. 1° y 4° párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte el interés de promover y garantizar la salud de los seres humanos, procurando la protección a la salud sin distinción de género, raza o religión.

En la LGDNNA se establece un capítulo dedicado a la protección de la salud en la niñez, sancionando que los mismos tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible en consonancia con la normativa aplicable, acorde con la protección de los derechos humanos, con el fin de proteger y restaurar su salud.

Para lograr el objetivo de protección a la salud en la niñez se debe reducir la morbilidad y mortalidad, tema primordial que debe estar en correspondencian con el desarrollo de la atención sanitaria preventiva, así como la orientación a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia de la niñez. Para todo lo anterior es importante adoptar medidas tendentes a la eliminación las prácticas culturales, así como usos y costumbres que sean perjudiciales para la salud de la niñez[20].

III. ESTUDIO DE CASO: DERECHO A LA SALUD Y VIDA DE LA NIÑEZ FRENTE A LA PRIVACIDAD FAMILIAR Y LIBERTAD RELIGIOSA.

Luisa, madre de una niña que padece leucemia, se opone a que el Estado a través de la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial del Estado de Morelos en México, asuma la tutela de Clara, su menor hija, para que se le apliquen transfusiones sanguíneas, considerando que la madre profesa la religión de Testigos de Jehová y pertenece a la etnia rarámuri.

En el amparo en revisión se recurre la interpretación realizada por un Juez de Distrito en amparo indirecto, en relación con el alcance del derecho de los padres a tomar decisiones médicas por sus hijos menores de edad con base en sus creencias religiosas, en caso de urgencia médica cuando se encuentra en riesgo la salud e incluso la vida de un menor de edad.

La cuestión a determinar también es la constitucionalidad de la decisión del Estado al asumir la tutela de la niña cuando la menor ingresó en urgencia, y si el o los tratamientos siguientes deben excluir las transfusiones. La pregunta de análisis es ¿resulta constitucional esta intervención del Estado en la autonomía familiar?.

20 *Cfr.* art. 50 de la LGDNNA.

1. Análisis jurídico doctrinal: derecho a la libertad de creencias y objeción de conciencia.

En la Constitución mexicana se protege como derecho fundamental que toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohiban religión alguna[21].

La objeción de conciencia es un derecho humano del paciente o sus representantes, a rechazar un tratamiento médico motivado por sus convicciones religiosas, y por otra parte, el personal de salud puede excusarse de intervenir en el tratamiento de un paciente que se niegue a recibirlo en ejercicio de la objeción de conciencia.

En el caso del personal médico y de enfermería que forme parte del Sistema Nacional de Salud, podrán ejercer la objeción de conciencia y excusarse de participar en la prestación de servicios, siempre que no se ponga en riesgo la vida del paciente o se trate de una urgencia médica, pues en esos casos se incurrirá en responsabilidad profesional, en estos casos de urgencia o situación que peligre la vida de una paciente, mucho más si es una menor, no podrá hacerse valer la objeción de conciencia[22].

El Tribunal Constitucional español -sobre un caso con cierta analogía en el cual el niño manifestó su voluntad de no recibir transfusión de sangre y murió- expuso que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa el derecho constitucional, de modo que no puede convenirse que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser[23].

2. El derecho a la vida privada y familiar.

La familia es un concepto sociológico que nace o se origina con las relaciones humanas, que implican bases de procuración de cariño, ayuda, lealtad y solidaridad. La familia está protegida en la Constitución mexicana en el art. 4º primer párrafo[24]. De igual forma el art. 16 de la Constitución prohibe las injerencias arbitrarias en la familia. En el ámbito internacional se protege en el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

21 Art. 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

22 Art. 10 Bis de la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, última reforma publicada el 24 de enero de 2020.

23 Fundamento Jurídico 12º, STC 154/2002, de 18 de Julio.

24 Art. 4º. 1er párrafo de la Constitución Federal de México establece: "La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia."

La familia en sus diversas manifestaciones es el elemento fundamental de la sociedad y merece la más ámplia protección, en la que se prioriza y destaca el respeto a preservar las relaciones familiares del niño, sin injerencias ilícitas[25]. El respeto a la vida privada y familiar está expresamente entendida como derecho humano en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido en el art. 11.2 de la Convención Americana el derecho a toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de la familia[26].

El ejercicio de la vida privada y familiar debe tener como objetivo el procurar la mayor satisfacción de los derechos de los niños, razón por la cual, los derechos de los padres deben ser ejercidos de acuerdo con el interés prevalente de los hijos. Las relaciones entre hijos y padres no deben ser determinadas por los deseos personales de los padres, sino por el interés superior del menor.

Para García Rubio[27], en determinadas situaciones se cuestiona el punto de vista que debe ser adoptado para decidir de acuerdo con el interés del menor y, más en concreto, si ha de ser el de los adultos encargados de tomar la decisión o el del propio menor. La asunción de la primera perspectiva es fuertemente criticada, señala la autora, entre otras razones porque con mucha probabilidad, las motivaciones que van a integrar el interés del menor no serán las del niño implicado, sino las propias de los adultos, quienes, en el mejor de los casos, actuarán pensando, sobre todo, en el futuro de aquel; esta perspectiva conlleva el riesgo de que la decisión que finalmente se adopte en interés del menor" sea en realidad honesta con los propios criterios de moralidad social del encargado de tomarla pero no necesariamente con la de los niños o adolescentes.

En este contexto el derecho a la vida privada y familiar es una garantía frente al Estado y frente a terceros para que no puedan intervenir injustificadamente en decisiones que sólo corresponden al núcleo familiar, por ejemplo, el derecho de los padres a tomar decisiones concernientes a sus hijos[28].

El Poder Judicial de la Federación ha sancionado el derecho a la protección de la vida privada y familar, como un derecho humano[29]. Pero es importante ponderar

25 Art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño.

26 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 170.

27 *Cfr.* García Rubio, Mª P.: "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020, pp. 1075-1090.

28 *Vid.* Amparo en revisión 208/2016 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con fecha 19 de octubre de 2016.

29 En el amparo directo en revisión 3859/2014 de 23 de septiembre de 2015, se examinó si un padre que no había perdido la patria potestad sobre su hijo tenía el derecho a participar en el proceso de adopción del menor. La Primera Sala de la Corte determinó que el progenitor estaba amparado por el derecho a

la protección de la vida privada y familiar con la supremacía del interés superior de la niñez, el cual se erige como un deber de priorizar los derechos del niño, desde esta óptica deben ejercerse los poderes y responsabilidades de los padres, los derechos parentales en esta ponderación no constituyen un valor prevalente si se afecta la salud y por consiguiente, posible vida del infante. El derecho de los padres a tomar esas decisiones sobre sus hijos, encuentra su límite en la salud y la vida del menor, ha manifestado la Corte[30]. Ello no obsta para que los padres tengan derecho a recibir información acerca del estado de salud de sus hijos menores de edad.

Las decisiones médicas de los padres sobre sus hijos, inicialmente protegidas por un campo de autonomía, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud del menor, aún cuando esta no sea necesariamente la intención de los padres. La Constitución obliga al Estado a la vigilancia de que no se vulneren los derechos de los niños, en estos casos está justificado intervenir en la autonomía familiar con el objeto de impedir una afectación a la integridad del menor.

3. El derecho del niño a ser escuchado.

En el art. 71 de la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes, se establece que estos tienen derecho a ser escuchados y tomados en cuenta en los asuntos de su interés, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

En la protección del derecho a la salud de la niñez, se preve el derecho de niño o niña a ser escuchado sobre el tratamiento al que se someterá, siempre que se den las condiciones de madurez intelectuales y emocionales para comprender el alcance del acto médico sobre su salud. Esta hipótesis puede ocurrir con los hijos menores de edad frente a sus padres pues la intervención de los padres ha de ir encaminada a favorecer, en todo momento, la salud del representado[31].

En el Amparo 1049/2017, la menor tenía cinco años, por lo que no puede valorarse que se garantice el derecho de los menores previsto en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño[32] a ser escuchado en todos los procedimientos que le afectan, como se alegó en el voto disidente. En todos los países la progresividad de la capacidad de los menores de 18 años es un tema que viene estudiándose y protegiéndose cada vez con más fuerza, desde los países europeos hasta el entorno de América Latina, en el cual destaca México. Hasta

la protección de la vida privada y familiar como derecho humano. En el amparo en revisión 208/2016 se reiteró la protección constitucional de la familia.

30 Tesis: 1a. VI/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, p. 718.

31 *Vid.* Amparo directo en revisión 2162/2014, de 15 de junio 2016.

32 *Vid.* art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

que los menores resulten capaces de formular y articular sus propios valores, los de los padres son los que sostienen la unidad familiar y en este sentido se presume que los padres toman decisiones por sus menores hijos.

El ejercicio del derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación de los menores de 18 años la edad en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso[33].

Los padres y tutores pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional[34].

El menor, ha dicho la jurisprudencia latinoamericana en el caso de la Corte de Colombia "está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos"[35]. En ciertas determinaciones médicas de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, por cuanto ponen en peligro la vida del menor. Si se pone en peligro el derecho a la vida y a la salud de una menor, que requería ser urgentemente hospitalizada, pero sus padres se oponían al tratamiento por cuanto lo consideraban contrario a sus convicciones religiosas el Tribunal Constitucional ordenó entonces que el tratamiento se realizara, incluso en contra de la determinación de los padres, pues era obvio que debía primar el derecho a la vida y a la salud de la menor sobre la libertad religiosa de los padres. En este contexto se expresó en el mismo sentido la Corte Colombiana:

"No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que éstas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente

33 Observación General No. 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

34 *Cfr.* Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia. T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero.

35 *Cfr.* Sentencia de Colombia T-411 de 1994. MP Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 4.2.2.

de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad.

(…)

Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección..."[36].

4. ¿Cómo se pondera el interés superior del menor en cuanto a su salud, cuando los padres tienen una creencia religiosa que puede alterar este derecho del infante?

La solución del problema de la legitimidad del tratamiento médico no puede y no debe inspirarse exclusivamente en el aspecto subjetivo del consentimiento, el tratamiento puede justificarse no tanto por un criterio de oportunidad objetiva, sino por el estado de necesidad. El tratamiento sanitario conforme al ordenamiento jurídico en su conjunto debe ser respetuoso con la persona y sus particularidadess, está permitido intervenir coactivamente pero solo cuando estas últimas constituyan un peligro para la persona. En caso de menores y frente a una posible lesión de la salud es preciso reconocer una tutela cautelar de carácter urgente[37].

En la Constitución Mexicana se dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado, en igual sentido el Congreso de la Nación no puede dictar leyes que establezcan o prohiban religión alguna[38]. Para algunos autores la expresión "objeción de conciencia" es utilizada para referirse a las situaciones conflictivas que nacen de la colisión entre las convicciones fundamentales de una persona y el derecho en sentido amplio, en tanto el objetor de conciencia se niega a acatar un deber jurídico, por sus obligaciones morales, religiosas o éticas y deben ser tomadas en consideración en los ordenamientos político-jurídicos orientados a la protección de la autonomía individual, sin embargo no puede pasar inadvertido que la negativa de acatar un deber jurídico conlleva ciertos riesgos para la cooperación social[39].

36 *Cfr.* Sentencia de Colombia T-411 de 1994. MP Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 4.2.1 y 4.2.2.

37 *Cfr.* Perlingieri P.: *El Derecho Civil en la Legalidad Constitucional* (traducción con comentarios de la tercera edición italianacoordinada por Agustin Luna y Carlos Maluquer), Dykinson, Madrid, 2008, p 705, 712.

38 *Cfr.* art. 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

39 Capdevielle, P.: "Objeciones de conciencia en el ámbito sanitario: reflexiones en torno a su regulación", en Chan, S., Ibarra Palafox, F., *et al* (coord.): *Bioética y bioderecho, Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2018, pp. 31-51.

La objeción de conciencia a tratamientos médicos es la negativa por parte de determinadas confesiones, por ser contrarias a los textos sagrados de su religión, de transfusiones de sangre.

Hay dos confesiones principales que entran en conflicto con determinados tratamientos médicos: la Christian Science y los Testigos de Jehová, en este trabajo nos referiremos a la segunda confesión. En el caso de las personas que ejercen su objeción de conciencia en donaciones de sangre, su origen parece proceder de los capítulos 3 y 17 de Levítico:

"No comeréis grasa ni sangre. Si un hombre cualquiera de la casa de Israel, o de los forasteros que residen en medio de ellos, come cualquier clase de sangre, yo volveré mi rostro contra el que coma sangre y lo exterminaré de en medio de su pueblo…

17. Identificar comer sangre con una transfusión es forzar las cosas y basar en esa vinculación una objeción de conciencia, que no se opone a un deber correlativo, sino al derecho primario que es el derecho-deber a la vida.'"[40].

En atención al derecho español, la objeción queda vinculada con el art. 16 de la Constitución[41], y en cuanto a la salud en caso de menores, se considera el derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban formacion religiosa y moral acorde con la convicción de los primeros en el art. 27.3; por otra parte se dispone que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, en atención al art. 39.3 de la Constitución española.

En el ámbito médico los padres se enfrentan a un escenario complejo, si el ejercicio de la libertad del paciente no lesiona un interés general y sus excesos quedan dentro de su ámbito de intimidad, no existirían inconvenientes.

En atención a la asesoría de los médicos, deben ponderar cuidadosamente la eficacia y los riesgos de los tratamientos de acuerdo con la condición clínica que afecte a su hijo. En esa encrucijada, están llamados a velar en todo momento por el bienestar de sus hijos, por lo que debe existir una correspondencia entre la decisión médica que asuman y las medidas terapéuticas que mejor permitan al menor mantener su integridad y recuperar su salud. Como se estableció, su deber es proteger siempre el interés superior del menor; a esta consideración deben asignar un valor fundamental y prevalente en cualquier decisión que tomen.

40 Peces Barba Martínez, G.: "Desobediencia civil y objeción de conciencia", *Anuario de derechos humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, número 5, pp. 159-176.

41 Art. 16 de la Constitución Española de 1978: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley."

Si se pondera la vida y la salud de los menores hay que considerar que el derecho a la protección de la vida es un derecho fundamental implícito en la Constitución mexicana, que se refuerza por el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[42], así como los art. 13 y 50 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, entre los que se establece como derechos la vida, la supervivencia y el desarrollo.

En el ámbito internacional, el art. 12 del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales[43], así como el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[44], protegen el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; lo que implica que los menores tienen derecho a recibir los cuidados y asistencia que mayores probabilidades le otorgue para recuperar su salud.

Por otra parte, los art. 6 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen que todo menor tiene derecho intrínseco a la vida, así como al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación; posición que es reforzada con la Observación General 15[45], al establecer un enfoque integral en materia de salud para los menores.

En el derecho español, se aprobó la circular 1/2012[46] donde se analizan situaciones sobre el rechazo de la transfusión de sangre que se basa en un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del paciente, su vida y salud, ya que tal indicación médica se funda en la necesidad de reposición del contenido y función celular de la sangre que falta o se ha perdido. En los procesos sobre la capacidad de las personas, intervendrá el Ministerio Fiscal, velando durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada[47].

En relación con las intervenciones médicas, en la circular 1/2012 se establecen varias hipótesis en las que depende de la capacidad del menor a partir de los 16 años cumplidos para ejercer su voluntad y la aprobación o no de sus representantes. En la cuarta situación, nos encontramos precisamente con el caso de que los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de dicho consentimiento, un riesgo grave para su vida. En estos casos la norma especial dispone que el médico no puede aceptar la

42 Adoptada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

43 Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966.

44 Proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

45 Comité de los Derechos del Niño, Observación general no. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24), Organización de las Naciones Unidas, abril de 2013.

46 *Cfr.* Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, emitida por la Fiscalía General del Estado español.

47 Art. 749 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

voluntad de los representantes del menor, como garante respecto de su paciente, por lo que procede plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, a través del Fiscal de forma que se obtenga un pronunciamiento judicial. Sin embargo, en situaciones urgentes el médico puede aplicar directamente el tratamiento frente a la voluntad de los padres, justificando su conducta en base a dos causas: el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.

Por su parte, refiere el profesor De Verda[48], que los menores e incapaces deben poder otorgar el consentimiento, siempre y cuando se encuentren en condiciones de apreciar y querer sus consecuencias, lo que conduce sin duda a la apreciación judicial.

En México, el Poder Judicial se ha pronunciado porque que los menores tengan derecho a recibir el trato médico más efectivo y seguro para recuperar su salud y que el límite de los derechos parentales es el interés superior de la niñez, por lo que en este proceso de toma de decisiones los padres no pueden colocar en riesgo la vida de sus hijos. Pero la Primera Sala de la Corte también ha sancionado, que es el Juez quien debe especificar cuáles son los deberes de los médicos en cada caso concreto, valorando a la *lex artis* sólo como un elemento fáctico propio de la práctica médica y dejando al juzgador determinar por el material probatorio el diligente actuar del médico[49].

5. Caso de urgencia.

Cuando un paciente o su representante solicita recibir un tratamiento bajo determinadas características relacionadas con la religión que profesa, al amparo del art. 24 de la constitución mexicana, el derecho queda limitado por: la situación de urgencia del tratamiento paliativo y porque el personal de salud debe aplicarlos de acuerdo a su ética profesional, conocimientos científicos, protocolos y guías médicas[50].

El reglamento de la Ley General de Salud dispone que en todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma pero en caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en

48 De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad como categoría unitaria", en Pérez Fuentes, G. M. (coord.): *Temas actuales de Estudios Jurídicos*, Tirant lo Blanch, México, 2016, pp. 133-176.

49 Tesis: 1a. CCXXX/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 515.

50 Tesis: I.11o.A.13 A, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 71, Octubre de 2019, Tomo IV, p. 3537.

estado de incapacidad transitoria o permanente, el documento a que se refiere el numeral anterior, será suscrito por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado del carácter de la autorización[51].

El estado de urgencia es una excepción a la concurrencia de un consentimiento informado expreso para efectuar un acto médico que entrañe un alto riesgo para el paciente. El sistema jurídico mexicano trata de realizar una ponderación entre la voluntad del paciente y las obligaciones que tiene todo personal médico.

Si los padres se oponen a un tratamiento indicado medicamente a un paciente cuya vida se encuentra en riesgo, las autoridades tienen el deber de intervenir con objeto de proteger sus derechos a través de la institución de la tutela. A partir de la denuncia que realice el personal médico, las autoridades deberán indagar de manera inmediata sobre la veracidad de los hechos denunciados para determinar si existe la necesidad de un procedimiento administrativo de protección. Si la autoridad aprecia irregularidades, deberán tomarse medidas provisionales fundadas en el interés superior del menor con efecto inmediato, que implique salvar la vida del niño o niña.

En el caso del análisis previsto y estudiado en el amparo 1049/2017 de acuerdo con los médicos, la menor se encontraba en condiciones de urgencia por el riesgo sobre su vida que expresó la hematóloga al examinar a la niña, indicó que si no se tomaba una decisión pronta para autorizar las transfusiones sanguíneas la menor no tenía posibilidades de sobrevivir esa noche.

La urgencia está vinculada con un caso de riesgo o desamparo, en el cual la Procuraduría de Protección a la menor en este caso, se atendrá a los elementos de convicción derivados de investigaciones y dictámenes o prácticas de exámenes médicos,y en general los que considere necesarios para constatar la gravedad de las conductas. No obstante es deber de la Procuraduría el proporcionar el derecho de audiencia a quienes ejerzan la patria potestad.

En el derecho español la circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, si la situación es urgente, el médico puede directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante. Sin embargo, no existe una norma específica que regule el procedimiento a seguir en los casos que

51 Art. 80 y 81 de Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, publicado en el Diario Oficial de la federación el 14 de mayo de 1986, última reforma publicada el 17 de julio de 2018.

el médico, como responsable de la salud e integridad del paciente menor de edad, ponga los hechos en conocimiento de la autoridad judicial[52].

6. Actuación de los médicos y personal sanitario ante riesgo de la vida de un menor: interés superior.

Si los médicos advierten un riesgo para la vida del menor porque los padres pretenden impedir que se aplique al niño o niña, un tratamiento idóneo cientificamente para salvar la vida de la persona jurídicamente más protegida, en función de la *lex artis* médica, tienen la obligación de hacerlo del conocimiento de las autoridades de protección de menores. Si los padres objetan un tratamiento indicado médicamente a un paciente cuya vida se encuentra en riesgo, las autoridades tienen a su cargo el deber de intervenir con objeto de proteger sus derechos a través de la institución de la tutela.

Si los médicos reciben una negativa definitiva de los padres, y si consideran que el retraso en la toma de decisiones puede afectar la integridad o salud de la niña o niño, están obligados a dar cuenta a la agencia estatal de protección de menores para que la misma evalúe la necesidad de intervenir de inmediato a fin de examinar el caso y autorizar el tratamiento.

7. ¿Es constitucional que el Estado asuma la facultad de decidir sobre la salud de un menor en sustitución de sus padres?

La notificación del personal médico a las autoridades marca el inicio de la actuación del Estado para determinar si se encuentra en un caso en el que debe intervenir en la autonomía familiar para tutelar los derechos de un menor. Como es conocido, el Estado protege provisionalmente los derechos de los menores a través de la institución pública de la tutela. La Suprema Corte ha establecido que el interés superior del menor protegido en el art. 4º Constitucional, es el que encomienda a los poderes públicos la protección integral del menor, por lo cual se ha potenciado el protagonismo de la administración pública en este actuar. Cuando aquellos a quienes la ley encomienda de manera primordial el ejercicio de las funciones tuitivas, no quieren o no pueden actuar en defensa del interés de un menor, lo deben hacer las respectivas entidades públicas de protección, con la finalidad de adoptar las medidas que permitan librar a un menor en situación de riesgo o desamparo[53].

52 El art. 158 del Código Civil Español en relación a las pretensiones que afectan a intereses esenciales de menores, declara que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

53 Tesis: 1a. CXXIII/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, p. 561.

Por otra parte, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su art. 4º fracción XVII[54], define a las Procuradurías de Protección, como la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y las procuradurías de protección de niñas, niños y adolescentes de cada entidad federativa. Los propios infantes afectados, considerando su edad, grado de desarrollo cognoscitivo y madurez, solicitarán la intervención de las Procuradurías de Protección, de acuerdo al art. 80 de la mencionada ley.

Las Procuradurías de Protección deberán establecer contacto y trabajar conjuntamente con las autoridades administrativas, entre ellas las de salud, para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes; y es que las Procuradurías de Protección de menores, deben solicitar al Ministerio Público competente la imposición de medidas urgentes de protección especial idóneas, cuando exista un riesgo inminente contra la vida, entre ellas, la atención médica inmediata por parte de alguna institución del Sistema Nacional de Salud.

En caso de conflicto de intereses, entre quienes ejerzan la representación originaria o de éstos con niñas, niños y adolescentes o por una representación deficiente o dolosa, las autoridades federales, estatales, municipales y demarcaciones de la Ciudad de México, garantizarán el procedimiento administrativo, así como la intervención a la Procuraduría de Protección competente, que deberá sustanciarse por vía incidental, un procedimiento sumario de restricción, suspensión o revocación de la representación originaria.

La tutela que ejercen las entidades públicas se configura de manera provisional o transitoria mientras que se evite poner en riesgo los derechos de los menores. Lo anterior significa que la tutela asumida por el Estado está limitada a la toma de decisiones médicas relativas a la recuperación de la salud del niño durante el período del tratamiento y recuperación, pero no reemplaza los demás derechos que tienen los padres en el núcleo familiar.

La ley mexicana en materia de menores, establece que las Procuradurías de Protección tienen la atribución de solicitar al Ministerio Público competente la imposición de medidas urgentes de protección especial idóneas, cuando exista un riesgo inminente que atente contra la vida, integridad o libertad de niñas, niños y adolescentes, quien deberá decretarlas a más tardar, durante las siguientes 3 horas a la recepción de la solicitud, dando aviso de inmediato a la autoridad jurisdiccional competente[55].

54 *Vid.* art. 4º de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

55 *Cfr.* art. 122 fracción VI de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La decisión que tome el Estado puede ser recurrida a través de los medios de impugnación, entre los que se considera el Juicio de Amparo, por lo que corresponderá a los Tribunales en última instancia decidir si en el caso procede el estándar de intervención estatal cuando los padres hayan rechazado que se aplique a su hijo el tratamiento idóneo para salvar su vida de un padecimiento médico letal.

Si en un primer momento se advierte que un niño o niña está en un estado crítico y en riesgo de perder la vida, y se considera que lo más adecuado por su gravedad es la transfusión de sangre, y los padres se oponen a esa trasfusión, debe estimarse adecuada la intervención del Estado de manera que por el procedimiento indicado intervenga la autoridad competente y otorgue el consentimiento a fin de autorizar las transfusiones, en este proceder hubo un criterio de unanimidad en la Sentencia.

Para la intervención del Estado deben darse una serie de circunstancias que tipifiquen un riesgo, la normativa local y nacional aplicable define riesgo, como una situación en la cual el menor se ve afectado por cualquier circunstancia que perjudique su adecuado desarrollo personal, familiar o social y que permita razonablemente temer que en el futuro pueda estar incluso en una situación de desamparo[56].

Las circunstancias a valorar son las siguientes:

a) El carácter de urgencia o no urgencia de la situación para establecer estándares y lineamientos adecuados.

b) El estándar para determinar la intervención del Estado, debe tener lineamientos precisos.

c) Para poder establecer los elementos del estándar que justificaría la intervención estatal debe seguirse una metodología en la que se obtengan formalmente conocimientos médicos; y

d) Debe tomarse en cuenta los derechos de los menores, como su autonomía progresiva y el derecho a que se escuche su opinión.

8. Segundo Momento.

Clara ha sido diagnosticada con una leucemia linfoblástica aguda, una condición que provoca una reducción importante de eritrocios, plaquetas y leucocitos

56 *Cfr.* art. 170 de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Chihuahua, publicada en el Periódico Oficial del Estado el 3 de junio de 2015, última reforma publicada el 1 de febrero de 2020.

todo ello asociado con la función inmunológica. El tratamiento indicado para esta circunstancia médica, es el uso de quimioterapia, lo que supone administrar regularmente a la niña una sustancia tóxica que elimina los linfocitos enfermos pero los efectos tóxicos de la quimioterapia también alcanza a las células sanguíneas saludables afectando la capacidad de la médula ósea para reproducirlas, por lo que un tratamiento completo a criterio de los doctores incluye transfusiones de sangre. El uso particular de la eritropoyetina en sustitución de las transfusiones es controversial[57].

El tratamiento antes indicado en esta etapa continúa siendo que los padres de la niña se han opuesto a las transfusiones, piden que se excluyan y que se apliquen ciertas sustancias que puedan estimular la capacidad de la médula ósea para producir nuevamente células sanguíneas sanas. Pero la propuesta de los padres no debe resultar inferior (menos segura, confiable o efectiva) que el tratamiento acreditado para recuperar la salud del menor.

En la sentencia, por mayoría de votos se determinó que las transfusiones sanguíneas eran el tratamiento estándar para acompañar la quimioterapia, dichas transfusiones tienen un efecto benéfico, subrayó la sentencia, para reestablecer los niveles de sangre. La Sala consideró ser sensible a los devastadores efectos de la leucemia y que la niña tenía que resistir una gran cantidad de quimioterapia para sentenciar que no se puede aceptar un tratamiento alternativo para proteger el interés superior de la menor.

En este sentido, la resolución concluyó que el Estado puede intervenir en la autonomía familiar cuando advierta que existe riesgo de la vida o la salud de una menor de edad, como es el caso que por sus creencias religiosas los padres pretenden impedir que se le aplique a la menor el tratamiento idóneo de acuerdo con la ciencia médica para preservar su vida.

En este segundo momento de recuperación de la menor, existen posiciones judiciales y doctrinales encontradas, veremos las coincidencias con la primera parte del tratamiento, pero no con la segunda, en la que se valora que pasado el momento de urgencia, si se logra una estabilidad en la menor, se podría dar la posibilidad de un tratamiento alternativo, en tanto con independencia de las creencias religiosas, ello no atenta contra el derecho a la salud de la menor. El mismo tratamiento en cuestión quedó avalado por la comunidad médica científica que en caso de la enfermedad de Leucemia Linfoblástica Aguda, puede usarse con la eritropoyetina, y ofrecer la posibilidad de un tratamiento alternativo. Si después

57 El Ministro Ponente analizó los criterios de la Sociedad Española de Hematología y Oncología Pediátrica, Tratamiento de la Leucemia Aguda Linfoblástica de Nuevo Diagnóstico (para mayores de 1 año y menores de 19 años), recomendaciones terapéuticas LAL/SEHOP-PETHEMA 2013. Versión 2.0.

de usar el tratamiento alternativo no se ve ninguna mejoría en el paciente, entonces si se tendrá que regresar de manera inmediata y definitiva a las transfusiones[58].

En el voto disidente se sostuvo que el estándar que desarrolló la sentencia para establecer en qué casos la negativa de los padres de autorizar un tratamiento justifica la intervención del Estado es demasiado, a opinión del Ministro Cossío, laxo. Ante este argumento sostuvo en su voto que se incorpora como estándar de valoración el del tratamiento idóneo de acuerdo con la lex artis médica, siempre que los padres se nieguen a autorizar el tratamiento que recomiendan los médicos. Cossío critica la posición de la sentencia en cuanto a adoptar un estándar de mayor beneficio, equivalente a tratamiento efectivo, considerando este como el recomendado por los médicos, y no por los padres que son los que están en mejor posición para establecer lo más benéfico para el menor.

La explicación del argumento anterior, generaría el peligro de que la intervención estatal no sea una medida excepcional, según el criterio del voto disidente; el aplicar a toda costa el tratamiento más efectivo, impide que los padres o, en su caso, el Estado consideren elementos que, en la integralidad conjuntamente con la salud, en caso de no urgencia, también son relevantes, como el buen vivir del menor y sus familiares, el dolor que el tratamiento puede causar al menor, la posibilidad de que el niño sea excluido de su comunidad por recibir un tratamiento lejos de sus propias creencias[59].

En esta ocasión, se considera que en la Sentencia se valoró el criterio científico tanto en el primer como el segundo momento, procediendo la intervención estatal a través de las Procuradurías para darle efectividad al tratamiento con transfusiones de sangre. Lo anterior permite, como se señaló en la resolución del amparo en revisión 1049/2017, que debe permanecer en proceso el procedimiento administrativo y la tutela provisional de la Procuraduría de Protección competente, con la finalidad de autorizar los tratamientos médicos que sean imprescindibles para garantizar las posibilidades de salvar la vida y la salud de la menor.

IV. CONCLUSIONES.

Los padres gozan de un ámbito de autonomía amplio para tomar numerosas decisiones por sus hijos y qué valores inculcar, así como enseñarle o no una religión. Los padres o sus representantes tienen autonomía para decidir lo que estimen mejor para los infantes, sin intervenciones externas y realmene son los

58 *Vid.* voto concurrente que formula el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en amparo en revisión 1049/2017.

59 Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con el amparo en revisión 1049/2017 (tutela pública para transfundir sangre a una menor Testigo de Jehová).

más aptos para decidir lo que resulte más favorable para las niñas y niños a su cargo y proteger el interés superior de la niñez.

El Estado puede interferir de manera válida en la autonomía familiar para tomar decisiones médicas respecto de menores, cuando las que toman los padres ponen en riesgo su vida.

El problema en cuestión no se limita a que la intervención aparezca justificada, lo definitivo y fundamental es determinar qué estándar debe cumplirse para que la intervención esté justificada y qué lineamientos deben seguirse al intervenir en la autonomía familiar.

Es imprescindible para definir la intervención del Estado que el caso sea de urgencia o no. En el primer caso -urgencia- el Estado debe intervenir de manera precautoria y provisional para salvaguardar los derechos del menor, sin que sea viable considerar un tratamiento alternativo. En cambio, cuando un menor se encuentra estable, significa ello que su vida no está en riesgo apremiante, puede valorarse el tratamiento alternativo propuesto por los padres si el mismo tiene una eficacia similar o comparable al tratamiento indicado por los médicos.

En aras de garantizar el derecho fundamental a la vida privada y familiar, en los casos de salud no urgentes, si se pretende privar a los padres del derecho a tomar decisiones médicas respecto de sus hijos, procedería en orden a la seguridad jurídica un procedimiento judicial sumario en el que se de oportunidad a los principios de contradicción y formalidades esenciales del procedimiento, lo anterior para evitar que se prive a los padres de un derecho respecto a sus hijos.

El derecho a la vida privada y familiar debe ser desvirtuado por las autoridades administrativas, ejerciendo éstas la carga de la prueba para demostrar que la aplicación del tratamiento propuesto por los padres implica un daño o riesgo a la salud que puede afectar la vida del niño en cuestión. La intervención estatal es una medida excepcional y no puede convertirse en una actuación estándar del Estado ante una negativa de personas que profesan un tipo de religión y se provoca un desacuerdo entre los médicos y los padres respecto al tratamiento a realizar.

A nivel federal, en México y en diversos ordenamientos de los Estados que conforman la República Mexicana, no existe un procedimiento específico para que las instancias públicas intervengan en el contexto médico con objeto de proteger a un menor. En su lugar, se advierte que se ha diseñado un procedimiento genérico a fin de que las entidades públicas ejerzan una tutela provisional o transitoria cuando adviertan que las niñas y niños se encuentran en alguna situación de riesgo.

Lo fundamental para justificar la intervención por la negativa de los padres ante un tratamiento no puede ser el que este sea el más benéfico o idóneo, sino que debe acreditarse que esa negativa generará un grave daño o riesgo a la salud o vida de los menores de edad. La Procuraduría de Protección de la infancia puede dictar medidas con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los derechos de los menores que se encuentren en situación de riesgo o desamparo. Dichas medidas deberán tener como base el interés superior de la niñez, ser provisionales, tener un efecto inmediato, todo ello para garantizar la vida y salud como mejor forma de proteger el interés superior del menor

BIBLIOGRAFÍA

BELOFF, M.: *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 2019.

CAPDEVIELLE, P.: "Objeciones de conciencia en el ámbito sanitario: reflexiones en torno a su regulación", en CHAN, S., IBARRA PALAFOX, F., *et al* (Coord.): *Bioética y bioderecho, Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2018.

CILLERO BRUÑOL, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en *Justicia y Derechos del Niño,* UNICEF, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad como categoría unitaria", en PÉREZ FUENTES, G. M. (Coord.): *Temas actuales de Estudios Jurídicos*, Tirant lo Blanch, México, 2016.

GARCÍA RUBIO, Mª P.: "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020.

PECES BARBA MARTÍNEZ, G.: "Desobediencia civil y objeción de conciencia", *Anuario de derechos humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, número 5.

PÉREZ FUENTES, G., *et al*.: "El interés superior del menor como principio", *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 1, núm. 2, UJAT, México, enero-junio 2014.

PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la Legalidad Constitucional* (traducción con comentarios de la tercera edición italianacoordinada por Agustin Luna y Carlos Maluquer), Dykinson, Madrid, 2008.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, vol. XVI, 2016.

AUDIENCIAS INFANTILES EN TELEVISIÓN ABIERTA

CHILDREN VIEWERS IN FREE-TO-AIR TV

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 78-101

Clara LUZ ÁLVAREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: A pesar de la existencia de múltiples plataformas tecnológicas para acceder a contenidos audiovisuales, la televisión abierta continúa teniendo una fuerte presencia en los hogares y es consumida diariamente por la niñez. Las audiencias infantiles en televisión abierta necesitan ser protegidas a través del establecimiento de franjas de horarios en los cuales sólo deben permitirse contenidos apropiados a los diferentes grupos etarios. Las franjas de horarios deben permanecer mientras no existan controles parentales para la televisión abierta que estén generalmente disponibles para la población. Casos judiciales mexicanos muestran la dificultad de reivindicar los derechos de las audiencias infantiles y de que se observe el principio del interés superior de la niñez.

PALABRAS CLAVE: Televisión; niñez; contenidos audiovisuales; clasificación; control parental.

ABSTRACT: *Notwithstanding the existence of diverse technological platforms to access audiovisual contents, free-to-air television continues to be significant in households and is consumed daily by children. Children audiences in free-to-air television needs to be protected through schedules during which only suitable contents for children of different ages is allowed. The schedules must remain as long as there is no parental control for free-to-air television, and which is generally available to the people. Mexican judicial cases evidence the difficulty to assert the children´s audience rights and to respect the principle of the child´s best interest.*

KEY WORDS: *Television; childhood; audiovisual contents; rating; parental control.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PLATAFORMAS, DISPOSITIVOS Y CONTENIDOS.- 1. ¿Qué son las plataformas y los dispositivos?.- 2. Contenidos Audiovisuales.- 3. ¿Por qué es importante la televisión abierta para la niñez?.- II. AUDIENCIAS INFANTILES Y SU PROTECCIÓN.- 1. Necesidad de protección.- 2. Publicidad y niñez.- III. SISTEMA DE CLASIFICACIÓN.- 1. Categorías.- 2. Clasificaciones.- 3. Horarios.- 4. Controles Parentales.- IV. CASOS JUDICIALES EN MÉXICO.- 1. Demandas y estrategias dilatorias.- 2. Formalidad sobre la Justicia.- 3. (in)Cumplimiento de Sentencia.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las plataformas tecnológicas para acceder a contenidos audiovisuales han incorporado tanto a la radio y a la televisión abierta como a nuevos medios de comunicación que incluyen las redes sociales, los servicios de intercambio de videos y aquellos de videos en línea o streaming, entre mucho otros. Los dispositivos para hacer uso de las plataformas tecnológicas incluyen los televisores, la radio, las computadoras, las tabletas y los teléfonos móviles, algunos servicios son gratuitos otros no.

Aun cuando la televisión abierta parece palidecer con la presencia de las nuevas plataformas tecnológicas y disponibles gracias al internet, los responsables de la política pública deben reconocer la importancia que aún tiene la televisión abierta en muchos países como México y la necesidad de que prevalezca el interés superior de la niñez.

El objetivo de este trabajo es demostrar la necesidad de proteger a las audiencias infantiles de televisión abierta de contenidos impropios o que puedan afectar su libre y armónico desarrollo de la personalidad, a través de franjas horarias y en tanto no exista algún tipo de control parental generalmente disponible para la población.

Para ello se presentará el marco teórico y la experiencia comparada de la protección otorgada por los marcos jurídicos, el sistema de clasificación y las franjas de horarios para la televisión con énfasis en España, Reino Unido y México. Posteriormente se presentará una revisión de los casos judiciales llevados a cabo en la República Mexicana con motivo de la reducción de los horarios de protección para niñas, niños y adolescentes que son audiencia de la televisión abierta, para finalizar con las conclusiones.

• Clara Luz Álvarez
Profesora-Investigadora de la Universidad Panamericana, campus Ciudad de México. Correo electrónico: claraluzalvarez@gmail.com

II. PLATAFORMAS, DISPOSITIVOS Y CONTENIDOS.

La convergencia tecnológica ha permitido que a través de un mismo dispositivo se presten varios servicios con que se ha transformado el entorno de los medios electrónicos de comunicación. Un mismo contenido audiovisual puede disfrutarse en diferentes plataformas y a través de dispositivos diversos. De ahí la importancia de comenzar por referirnos a plataformas, dispositivos y contenidos en este apartado.

1. ¿Qué son las plataformas y los dispositivos?

La radio y la televisión abierta son los medios de comunicación electrónicos masivos tradicionales a los cuales se les suma la televisión de paga por cable o satelital[1]. Antes, a estas plataformas tradicionales se accedían únicamente a través de radios y televisores. Sin embargo, la evolución tecnológica ha permitido sumar nuevas plataformas tecnológicas y también acceder a las plataformas tradicionales a través de nuevos dispositivos (p. ej. teléfonos móviles[2]).

Las nuevas plataformas tecnológicas utilizan internet e incluyen las redes sociales (p. ej. Facebook, Twitter, Instagram), las de servicios de intercambio de videos (p. ej. YouTube), los servicios de video en línea o streaming (p. ej. Netflix, Claro Video, MXPlay), los sitios web o blogs que pueden dar acceso a diferentes contenidos audiovisuales (p. ej. Televisa, IMER, Aristegui Noticias, Luisito Comunica), los de videojuegos (p. ej. Fortnite), entre otros.

Los dispositivos pueden ser una radio o un televisor, una computadora, una laptop, una tableta o un teléfono móvil. Con excepción de la radio, el resto de los dispositivos se pueden utilizar para acceder a las nuevas plataformas tecnológicas[3]. Adicionalmente, muchos radiodifusores y empresas de televisión de paga cuentan ya con acceso a sus contenidos audiovisuales a través de sus sitios web o de aplicaciones para acceder a través de tabletas o teléfonos móviles.

1 La televisión de paga por cable o vía satélite en México se le denomina jurídicamente televisión restringida.

2 Existen teléfonos móviles que pueden actuar como una radio, recibiendo la señal de FM (frecuencia modulada) y sin consumir datos. En México existe la obligación por parte de los fabricantes de teléfonos móviles que tienen la funcionalidad de recibir señal de FM a que esté habilitada y activada por los usuarios. *Cfr.* Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT): "Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones expide la Disposición Técnica IFT-011-2017: Especificaciones de los equipos terminales móviles que puedan hacer uso del espectro radioeléctrico o ser conectados a redes de telecomunicaciones. Parte 1. Código de Identidad de Fabricación del Equipo (IMEI) y funcionalidad de receptor de radiodifusión sonora en Frecuencia Modulada (FM)", publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 2017.

3 En el caso de los televisores, los que pueden acceder a las nuevas plataformas son aquellos que se les conoce como smart TV o televisores inteligentes. Los televisores que no son de los denominados inteligentes, pueden conectarse a internet y otras aplicaciones a través de convertidores o equipos especiales.

Para completar el contexto de plataformas y dispositivos es importante señalar que los servicios provistos por las plataformas pueden ser gratuitos (p. ej. televisión abierta, YouTube), de acceso mediante pago (p. ej. una suscripción de video en línea como Netflix o de audio con Spotify) o de pago por evento (p. ej. descargar una película o video sobre demanda).

Para efectos de este trabajo es relevante distinguir las plataformas y dispositivos con base en la facilidad o no de su acceso, lo cual está condicionado principalmente por aspectos técnicos (p. ej. cobertura de las redes de telecomunicaciones) y económicos (p. ej. precio).

Para ilustrar lo anterior, se tomará como ejemplo la República Mexicana.

Servicio	% de hogares
Televisión abierta	92.5%[4]
Televisión restringida	58%[5]
Acceso a Internet	56.5%[6]

Los hogares que sí tienen computadora que no cuentan con acceso a internet expresaron en un 50.7% que se debía a falta de recursos económicos y un 15.9% la razón fue que no hay servicio en su localidad por falta de infraestructura[7].

De las cifras anteriores destaca que la televisión abierta tiene presencia en la gran mayoría de los hogares de la República Mexicana, mientras que sólo poco más de la mitad tiene acceso a internet. A ello debe agregarse que la televisión abierta es un servicio gratuito en contraposición con el pago que exige el tener servicio de televisión de paga o el de acceso a internet.

4 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI): "Hogares con equipamiento de tecnología de información y comunicaciones, según tipo de equipo, 2001 a 2019", en *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información* en los Hogares (*ENDUTIH)*, México, 2019.

5 *Cfr.* Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT): "Resumen de indicadores económicos y de evolución de los sectores de las telecomunicaciones y la radiodifusión a nivel nacional, así como tasas de crecimiento con respecto de periodos anteriores, con actualización trimestral", en *BIT Banco de Información de* Telecomunicaciones, consultado el 15 de abril de 2020.

6 *Cfr.* Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI): "Hogares con equipamiento de tecnología de información y comunicaciones, según tipo de equipo, 2001 a 2019", en *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*, México, 2019.
Existen entidades federativas que tienen una penetración más elevada que el promedio nacional como Sonora con un 81.40%, mientras que otras están muy por debajo del promedio nacional como Chiapas con un 24.60%. *Cfr.* Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT): "Evaluación de las TIC en los hogares por entidad federativa", en *BIT Banco de Información de Telecomunicaciones*, consultado el 15 de abril de 2020.

7 *Cfr.* Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI): "Hogares que disponen de computadora que no cuentan con conexión a Internet por estrato socioeconómico, según principales razones, 2019", en *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*, México, 2019.

Además, para utilizar el televisor se requiere simplemente oprimir un botón en tanto que para utilizar las demás plataformas tecnológicas que utilizan internet se precisa contar con cierta alfabetización digital[8]. Esta circunstancia facilita enormemente que niñas y niños desde edad muy temprana puedan solos encender un televisor y ver sus programas, mientras que acceder a contenidos en internet implica muchas más acciones y de mayor complejidad.

2. Contenidos Audiovisuales.

Los contenidos audiovisuales son aquellos sonoros (audio) y/o visuales (p. ej. video, textos, imágenes) que se difunden a través de plataformas tecnológicas. Los contenidos audiovisuales comprenden programas de diferentes géneros, la publicidad o comunicaciones comerciales y los promocionales de la plataforma también conocidos como autopromocionales, entre otros.

Los programas -normalmente de televisión- pueden distinguirse por géneros tales como las telenovelas, las dramatizaciones unitarias, los reality shows, las series, las películas, las caricaturas, los noticieros, los talk shows, los de concursos, los de revista o magazine, deportivos, religiosos, entre otros[9]. No obstante que estos géneros han sido reconocidos y utilizados en televisión, en las nuevas plataformas tecnológicas están surgiendo muchos otros tipos de contenidos audiovisuales (p. ej. videos breves de TikTok) y ciertamente continuarán apareciendo más variedades.

3. ¿Por qué es importante la televisión abierta para la niñez?

Independientemente de la elevadísima penetración de la televisión en los hogares mexicanos, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) ha identificado que "la televisión ocupa gran parte de la vida cotidiana en la infancia mexicana (…) Es importante señalar que las diferencias por nivel socioeconómico no son tan evidentes, pues, aunque en el hogar se tenga acceso a la televisión de paga o sistemas de video *streaming*, niñas y niños terminan por ver contenidos de televisión abierta"[10].

El IFT en un estudio sobre jóvenes identificó que una pantalla (televisor) es más que "ver tele", puesto que les permite también acceder a internet, videos en línea, videojuegos, etcétera. Además, la televisión abierta es vista como el conjunto de un

8 La alfabetización digital comprende el aprendizaje sobre cómo usar dispositivos de acceso a internet (p. ej. computadora, tableta, teléfono móvil) y adquirir las habilidades para navegar y para aprovechar los diferentes servicios de internet y de cómputo.

9 *Cfr.* Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT): Estudios sobre Oferta y Consumo de programación para público infantil en radio, televisión radiodifundida y televisión restringida, México, abril de 2018, pp. 57-60.

10 *Cfr.* Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT): Estudio Cualitativo sobre la Inclusión y Representación de Género en los Medios y Contenidos Audiovisuales desde la Perspectiva de Niñas y Niños, México, pp. 114 y 128.

televisor (dispositivo), el servicio de televisión abierta (plataforma) y el contenido, convirtiéndose en lo que el estudio del IFT refiere como "televisión tradicional" que es una de varias alternativas para acceder a contenidos audiovisuales, dependiendo de la conectividad que tengan en sus hogares. El Estudio General de Medios del IFT refiere a que los niños entre 12 y 17 años (jóvenes) dedican diario 4 horas con 37 minutos, aunque en su estudio sobre jóvenes, los grupos focales arrojaron que consumen diario 1 hora con 48 minutos de televisión abierta[11].

Si a lo anterior se agrega el rol e influencia de la televisión en la niñez, la investigación y análisis de consumo de medios deben necesariamente considerar a la televisión abierta como una plataforma tecnológica que por más presencia que exista del internet en la sociedad, todavía goza de un lugar preponderante.

Dávila, Revilla y Fernández-Villanueva afirman que: "(…) es evidente que los contenidos emitidos por la televisión contribuyen a construir la realidad. La televisión es un importante agente socializador que se incluye entre los llamados "agentes impersonales", es decir, fuerzas o influencias que actúan sobre los sujetos presentando una noción de la sociedad y también unos modelos de conducta. En este sentido, por ejemplo, los protagonistas de las series y las películas infantiles se convierten en referentes o modelos de conducta para los menores. (…) los niños y jóvenes pueden verse más influidos por la televisión en la construcción que hacen de esa realidad. Con independencia del discurso sobre si la televisión ejerce una influencia positiva o negativa, directa o indirecta, mayor o menor, lo que está claro es que transmite a la audiencia una estructura de significados y valores que contribuye a dar sentido y a interpretar lo percibido"[12].

II. AUDIENCIAS INFANTILES Y SU PROTECCIÓN.

"La audiencia está integrada por un conjunto de usuarios de los medios de comunicación"[13]. "[D]entro del mismo concepto de "audiencia" se distingue la existencia de ciertos sub grupos, que atendiendo a la vulnerabilidad en que se

11 El estudio sobre jóvenes muestra las tendencias, cambios y percepeciones de jóvenes de entre 12 y 17 años, entre quienes domina la presencia del uso de dispositivos móviles y que utilizan más frecuentemente cuando están solos. Lo anterior contrasta con la percepción que tienen los jóvenes de que la "televisión tradicional" se asocia con actividades colectivas.
Cfr. Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT): Estudio Cualitativo de Consumo de Contenidos de Radio y Televisión por Adolescentes, México, Abril 2018, pp. 34-96.

12 Dávila, M.C., Revilla, J.C., y Fernández-Villanueva, C.: "Más allá de la mera exposición: Violencia en televisión en horario protegido" en *Revista Latina de Comunicación Social,* volumen 73, 2018, pp. 352-368, http://www.revistalatinacs.org/073paper/1259/18es.html.

13 Villanueva, E.: "Derechos de las Audiencias", en *Diccionario Enciclopédico de Derecho de la Información,* 5ª edición, Posgrado en Derecho de la UNAM y Ius Literatus, México, volumen I, 2019, p. 622.

ubican frente a la sociedad en general, exigen una protección específica. Así, se habla de audiencias infantiles, audiencias con discapacidad y audiencias indígenas"[14].

Adicionalmente, a los diferentes tipos o sub grupos de audiencias, debe precisarse que al hablar de audiencias se encuentran todas las personas que acceden a contenidos audiovisuales independientemente de la plataforma tecnológica a través de la cual los reciban. Esto es, una persona es audiencia tanto si es televidente de televisión abierta como si está recibiendo contenidos audiovisuales a través de una plataforma de servicio de videos en línea o de video sobre demanda[15]. La calidad de audiencia no debe estar limitada por el tipo de servicio a través del cual se accede a contenidos audiovisuales, sino que la diferencia debe estribar en el interés público para proteger a las audiencias que puede ser de mayor o menor intensidad, según la plataforma tecnológica y la existencia o no de controles parentales, por ejemplo.

Para definir el colectivo de personas que comprenden las audiencias infantiles se tomará en cuenta lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de México. La Convención considera niño a toda persona menor de 18 años[16], en tanto que la Ley General mencionada refiere que las niñas y niños son las personas menores de 12 años y los adolescentes son las personas mayores de 12 y menores de 18 años[17]. Por lo que en este texto se tendrán por audiencias infantiles las formadas por las personas menores de 18 años, a menos que se indique lo contrario.

1. Necesidad de protección.

Existe un reconocimiento generalizado de que la niñez debe protegerse de contenidos audiovisuales que puedan ser impropios para su edad y madurez. La Unión Europea ordena a sus Estados miembro a adoptar medidas para que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual garanticen que los menores no verán ni oirán contenidos que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral[18].

14 Juzgado Segundo de Distrito en materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusion y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República. *Juicio de Amparo 9/2016*. Sentencia de 28 de junio de 2016, p. 29.

15 En México la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión reconoce como audiencia únicamente en relación con los servicios de televisión y radio abierta, y televisión restringida (televisión por cable y televisión satelital de paga).

16 Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989. Debe señalarse que en dicho art. se prevé que existan supuestos de mayoría de edad diferente a los 18 años conforme a la ley aplicable.

17 Art. 5 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, última reforma publicada el 17 de octubre de 2019.

18 Art. 6 bis de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia afirma: "La existencia en televisión de contenidos que pueden perjudicar el desarrollo físico, mental y moral de los menores han convertido su protección en uno de los elementos centrales sobre los que pivota tanto la regulación audiovisual comunitaria como la española"[19].

En España la Ley General de la Comunicación Audiovisual determina que "Está prohibida la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y, en particular, la de aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita"[20].

En Reino Unido bajo el principio de asegurar que las personas menores de 18 años sean protegidos, prohibe la transmisión de material que "pueda afectar seriamente [su] desarrollo físico, mental o moral" y obliga a los radiodifusores a "tomar todos los pasos razonables para proteger a las personas menores de dieciocho [años]"[21]. Daño a la niñez también incluye "afectar el desarrollo social y moral, distorsionar el sentido del bien y el mal en el televidente, y limitar su capacidad para la compasión"[22]. Durante la pandemia del COVID-19, Ofcom el regulador de comunicaciones de Reino Unido alertó a los radiodifusores para que tomaran en cuenta que durante el día los niños estarían escuchando o viendo contenido radiodifundido (televisión y radio abierta) derivado de la suspensión de clases[23].

En México todas las autoridades deben promover "mecanismos para la protección de los intereses de niñas, niños y adolescentes respecto de los riesgos derivados del acceso a medios de comunicación y uso de sistemas de información que afecten o impidan objetivamente su desarrollo integral"[24]. Adicionalmente, la programación que esté dirigida a niñas, niños y adolescentes debe abstenerse de difundir aquello que afecte o impida su desarrollo o haga apología del delito[25]. Para los programas en televisión y radio abierta además existen una serie de preceptos a observar como que promuevan los valores nacionales, una cultura ambiental, la

comunicación audiovisual), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, L 95/1, de 15 de abril de 2010, última reforma publicada el 28 de noviembre de 2018.

19 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Resolución por la que aprueban los Criterios Orientadores para la Calificación de Contenidos Audiovisuales, Criterios/DTSA/001/15, Madrid, 9 de julio de 2015, p. 1.

20 Art. 7 numeral 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (España) publicada en el Boletín Oficial del Estado el 1 de abril de 2010, última reforma de 1 de mayo de 2015.

21 Ofcom (Reino Unido): The Ofcom Broadcasting Code, Londres, enero de 2019, Reglas 1.1 y 1.2.

22 British Board of Film Classification (BBFC): Classification Guidelines, Londres, 2019, p. 7.

23 *Cfr.* Ofcom: Ofcom Broadcast and On Demand Bulletin, 23 de marzo de 2020 https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0025/193075/Note-to-broadcasters-Coronavirus.pdf.

24 Art. 66 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

25 Art. 68 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

tolerancia y una vida libre de violencia, y que eviten transmisiones contrarias a la paz y la no discriminacion, entre otros[26].

2. Publicidad y niñez.

La publicidad en medios de comunicación electrónicos también es foco de atención de la normatividad para la protección de niñas, niños y adolescentes. España y México comparten diversas prohibiciones como las que promuevan la desigualdad del hombre y la mujer o como las que inciten directamente a la compra de algún producto. En España también se prohíbe la publicidad dirigida a la niñez que haga culto al cuerpo y fomente el rechazo a la autoimagen, mientras que en México se prohíbe presentar o incitar el acoso escolar[27].

Un tipo de publicidad es la de posicionamiento o emplazamiento de producto, mejor conocida por su término en inglés de product placement. Este tipo de publicidad, inserta productos, servicios o marcas dentro de la trama de un programa (p. ej. en la película Forrest Gump, los tenis Nike)[28]. En Reino Unido se prohíbe el product placement en programas para niñas, niños y adolescentes menores de 16 años[29]. En México el Consejo Consultivo del IFT desde 2016 propuso al IFT que se prohibiera este tipo de publicidad en programación de niñas, niños y adolescentes, sin que a la fecha se haya concretado[30].

Es interesante mencionar ciertas reglas que existen en EUA en cuanto a publicidad y niñez. La publicidad debe estar claramente separada de lo que son los programas infantiles para que la niñez pueda distinguir entre el programa y la publicidad. La host selling policy prohíbe que en programas para la niñez se usen los personajes o características del programa para publicidad, so pena de que todo el programa sea contado como publicidad para efectos del cómputo de publicidad máxima autorizada al prestador del servicio[31].

26 Art. 226 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2014, edición vespertina, última reforma publicada el 24 de enero de 2020.

27 Art. 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, y art. 246 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

28 Para mayor información sobre posicionamiento de producto y otros tipos de publicidad, ver Álvarez, C.L.: Telecomunicaciones y Radiodifusión en México, Posgrado en Derecho UNAM, México, 2018, pp. 163-168.

29 *Cfr.* Ofcom (Reino Unido): The Ofcom Broadcasting Code, Londres, enero de 2019, regla 9.7.

30 Consejo Consultivo del Instituto Federal de Telecomunicaciones: Recomendación que emite el Consejo Consultivo del Instituto Federal de Telecomunicaciones respecto a audiencias de telecomunicaciones y radiodifusión, 28 de noviembre de 2016, numeral 1.b, p. 3.

31 Federal Communications Commission (EUA): The Public and Broadcasting, https://www.fcc.gov/media/radio/public-and-broadcasting#HOSTSELLING, última consulta el 16 de abril de 2020.

III. SISTEMA DE CLASIFICACIÓN.

"La calificación de los contenidos audiovisuales por rangos de edad se revela como una herramienta fundamental para proteger a los menores frente a contenidos audiovisuales perjudiciales, pues con ella se busca que los padres, tutores, los propios menores y la sociedad en su conjunto, dispongan de una información adecuada sobre el contenido potencialmente perjudicial que puede tener un determinado programa televisivo"[32].

Uno de los instrumentos que se ocupan para la protección a la infancia en cuanto a contenidos audiovisuales y videojuegos es el sistema de clasificación. Los sistemas de clasificación buscan identificar con base en diferentes categorías, los contenidos que pueden ser impropios para los diferentes grupos etarios de los menores de 18 años.

Dependiendo del país, los sistemas de clasificación pueden ser establecidos por las autoridades (p. ej. México a través de la Secretaría de Gobernación[33]), por organizaciones no gubernamentales (p. ej. Reino Unido a través de la British Board of Film Classification conocida como la BBFC[34]) o por los prestadores de servicios audiovisuales (p. ej. España a través del Código de Autorregulación que posteriormente fue validado y publicado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia[35]).

1. Categorías.

Los sistemas de clasificación señalan distintas categorías o temáticas con base en las cuales se van a analizar los programas para darles una clasificación, lo que permite que se le identifique con su idoneidad o ausencia de ella para cada grupo etario.

España tiene las categorías violencia, sexo, miedo o angustia, drogas y sustancias tóxicas, discriminación, conductas imitables y lenguaje (escrito, verbal o gestual), al tiempo que establece moduladores (p. ej. el realismo, la explicitud, el detalle, la frecuencia) e identifica criterios positivos para la infancia (p. ej. educación y

32 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (España): Resolución por la que aprueban los Criterios Orientadores para la Calificación de Contenidos Audiovisuales, Criterios/DTSA/001/15, Madrid, 9 de julio de 2015, p. 2.

33 Secretaría de Gobernación (México): Lineamientos de clasificación de contenidos audiovisuales de las transmisiones radiodifundidas y del servicio de televisión y audio restringidos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 2018.

34 British Board of Film Classification (BBFC): Classification Guidelines, Londres, 2019, p. 7.

35 Art. 12 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (España): Resolución por la que aprueban los Criterios Orientadores para la Calificación de Contenidos Audiovisuales, Criterios/DTSA/001/15, Madrid, 9 de julio de 2015, pp. 2-3.

pedagogía, prevención, denuncia o concienciación sobre drogas, alcohol y sustancias tóxicas)[36].

En Reino Unido la BBFC[37] clasifica películas, videos y otros con base en las categorías de conducta peligrosa, discriminación, drogas, lenguaje, desnudez, sexo, violencia sexual y amenaza sexual, amenaza, horror y violencia. Además, toma en consideración el contexto, la tonalidad y también el formato en que se va a difundir (p. ej. una película que va a difundirse en cine puede clasificarse para audiencia de menor edad porque puede controlarse la entrada al cine, en contraposición de una película que se distribuirá en videos con poca posibilidad de controlar si la verán menores de edad).

En el caso mexicano las categorías únicamente son violencia, adicciones, sexualidad y lenguaje[38].

2. Clasificaciones.

La clasificación de un programa estará referida a las edades para las cuales es adecuado o no.

En España se establecen 7 clasificaciones con base en la edad, a saber, "Especialmente recomendado para la infancia", "Apto para todos los públicos", "No recomendado para menores de 7 años", "No recomendado para menores de 12 años", "No recomendado para menores de 16 años", "No recomendado para menores de 18 años" y "Contenidos X" (p. ej. dedicados al culto a la violencia extrema, la pornografía, presencia explícita de connotación sexual)[39].

En Reino Unido las clasificaciones son: U, para todas las personas; PG, todas las personas pueden verlo, pero se recomienda el acompañamiento de padres pues algunas escenas pueden ser inapropiadas para los más pequeños; 12A/12, para personas de 12 años o más; 15, para personas de 15 años o más; 18, para adultos; y R18, que es una clasificación que limita los lugares en que pueden exhibirse (p. ej. cines con permiso especial, tiendas de sexo o sex shops)[40].

36 *Cfr.* Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (España): Resolución por la que aprueban los Criterios Orientadores para la Calificación de Contenidos Audiovisuales, Criterios/DTSA/001/15, Madrid, 9 de julio de 2015, p. 7.

37 British Board of Film Classification (BBFC): Classification Guidelines, Londres, 2019.

38 Secretaría de Gobernación (México): Lineamientos de clasificación de contenidos audiovisuales de las transmisiones radiodifundidas y del servicio de televisión y audio restringidos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 2018.

39 *Cfr.* Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (España): Resolución por la que aprueban los Criterios Orientadores para la Calificación de Contenidos Audiovisuales, Criterios/DTSA/001/15, Madrid, 9 de julio de 2015, pp. 8-21.

40 British Board of Film Classification (BBFC): Classification Guidelines, Londres, 2019.

En México las clasificaciones son: AA relativa a contenido dirigido al público infantil; A sobre contenido apto para todo público; B de contenido para adolescentes y adultos; B15 respecto a contenido para adolescentes mayores de 15 años y adultos; C relativa a contenido para adultos, y D sobre contenido dirigido exclusivamente para adultos[41].

3. Horarios.

En el caso de la televisión abierta, se asocian las clasificaciones a ciertos horarios con la finalidad de proteger a la infancia de contenidos no adecuados para su desarrollo[42], en los horarios en que hay presencia de audiencias infantiles.

En España sólo pueden emitirse contenidos "que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores" entre las 22 horas y las 6 horas, estableciendo horarios de protección reforzada de lunes a viernes de 8 a 9 horas y de 17 a 20 horas y de las 9 a las 12 horas los sábados, domingos y días feriados. Los programas para mayores de 13 años pueden transmitirse fuera de esos horarios. Además, para los juegos de azar y apuestas sólo se permiten transmitir programas de la 1 a las 5 horas, mientras que tratándose de esoterismo y paraciencias sólo se podrán difundir de las 22 horas a las 7 horas en televisión abierta[43].

En Reino Unido entre las 21 y las 5:30 horas no pueden mostrarse en televisión abierta contenidos que no sean adecuados para niños, considerados para este efecto como menores de 15 años[44].

En México los horarios reflejaban en términos generales las franjas de protección de España y Reino Unido, hasta que en 2015 la Secretaría de Gobernación (Segob) emitió unos lineamientos de criterios de clasificación con nuevos horarios que redujeron las franjas de protección como se muestra en la siguiente tabla:

41 *Cfr.* Secretaría de Gobernación (México): Lineamientos de clasificación de contenidos audiovisuales de las transmisiones radiodifundidas y del servicio de televisión y audio restringidos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 2018.

42 Ofcom (Reino Unido): The Ofcom Broadcasting Code, Londres, enero de 2019, regla 1.3.

43 Art. 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

44 Ofcom (Reino Unido): The Ofcom Broadcasting Code, Londres, enero de 2019, reglas 1.3 y 1.4.

HORARIOS		
Clasificación	Criterios 2007[45] Permitido transmitir:	Lineamientos 2015[46] Permitido transmitir:
AA (audiencia infantil)	No existía este tipo de clasificación.	Las 24 horas del día.
A (todo público)	Las 24 horas del día.	Las 24 horas del día.
B (adolescentes y adultos)	De 20 a 5 hrs.	De 16 a 5:59 hrs.
B15 (mayores de 15 años)	De 21 a 5 hrs.	De 19 a 5:59 hrs.
C (Inapropiado para menores de 18 años)	De 22 a 5 hrs.	De 21 a 5:59 hrs.
D (Exclusivamente adultos)	De 0 a 5 hrs.	De 0 a 5 hrs.

4. Controles parentales.

Debe señalarse que existe la posibilidad de establecer controles parentales en computadoras (p. ej. claves de acceso), tabletas (p. ej. limitar las aplicaciones a las cuales se accede, establecer horarios de uso de la tableta), teléfonos móviles (p. ej. claves de acceso, restricción en uso de aplicaciones y horarios), el servicio de televisión restringida (p. ej. una clave para acceder a canales que no sean apropiados para los niños que viven en un hogar) e incluso en los servicios de video en línea (p. ej. establecer perfiles para cada miembro de la familia, distinguiendo los diferentes grupos etarios e incluyendo claves de acceso para programas no apropiados a las diferentes edades).

Por el contrario, al día de hoy, el servicio de televisión abierta carece de un control parental como los indicados que pudiera ser una alternativa para poder proteger a la niñez de contenidos no apropiados, independientemente del horario

45 Secretaría de Gobernación (México): Acuerdo mediante el cual se emiten los criterios generales de clasificación de películas, telenovelas, series filmadas y teleteatros grabados, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 2 de marzo de 2007.

46 Secretaría de Gobernación (México): Lineamientos de clasificación de contenidos audiovisuales de las transmisiones radiodifundidas y del servicio de televisión y audio restringidos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 4 de noviembre de 2015. Los horarios establecidos en los lineamientos publicados en 2015, se reiteraron en los Lineamientos de clasificación de contenidos audiovisuales de las transmisiones radiodifundidas y del servicio de televisión y audio restringidos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 15 de febrero de 2017, y en los Lineamientos de clasificación de contenidos audiovisuales de las transmisiones radiodifundidas y del servicio de televisión y audio restringidos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 2018.

de transmisión. Es probable que en un futuro no lejano pueda desarrollarse la funcionalidad necesaria para controles parentales en televisión abierta a través del propio televisor, por ejemplo. Mientras eso no sea posible o no se encuentre de manera generalizada al alcance de la mayor parte de la población, deberá protegerse a las audiencias infantiles de televisión abierta con franjas de horarios.

IV. CASOS JUDICIALES EN MÉXICO.

México tiene un gravísimo problema de sobrepeso, obesidad y diabetes, especialmente en niñas, niños y adolescentes. El 5% de las niñas/niños menores de 5 años tienen obesidad[47], mientras que 1 de cada 3 niñas/niños mayores de 5 años tiene sobrepeso u obesidad[48]. La Secretaría de Salud ha dicho expresamente dentro de la Estrategia Nacional para la Prevención y Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes (Estrategia Nacional contra la Obesidad y Diabetes) que es una "emergencia sanitaria" y una "situación crítica que, de no ser atendida en el corto y mediano plazo, puede comprometer nuestra viabilidad como nación" [49].

La propia Estrategia Nacional contra la Obesidad y Diabetes señaló que "Ante la urgencia de proteger a los niños mexicanos en riesgo de desarrollar enfermedades no transmisibles relacionadas con el sobrepeso y la obesidad [se hicieron] las modificaciones al marco jurídico vigente en materia de publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas" conforme a las cuales en horario para menores de 12 años está prohibido anunciar alimentos y bebidas que no cumplan con el valor nutrimental. Los horarios definidos por la Estrategia referida son de lunes a viernes de 14:30 a 19:30 horas y sábados y domingos de 7:00 a 19:30 horas[50].

En este contexto de la epidemia del sobrepeso, obesidad y diabetes de la niñez mexicana, en octubre de 2015 en un oscuro proceso de consulta pública de sólo 2 días, la Segob expidió unos lineamientos para la clasificación de criterios audiovisuales[51]. Éstos además de tener diversas deficiencias, contaban con una regresión en cuanto a la protección de las audiencias infantiles en televisión abierta: se redujeron significativamente los horarios de protección de los diversos grupos etarios, sin justificación alguna. Además, esos horarios ignoraron por completo los

47 UNICEF: Encuesta Nacional de Niños, Niñas y Mujeres (ENIM 2015), https://www.unicef.org/mexico/media/1001/file/UNICEF_ENIM2015.pdf, última consulta el 15 de abril de 2020, p. xliv.

48 UNICEF: Sobrepeso y obesidad en niños, niñas y adolescentes, https://www.unicef.org/mexico/sobrepeso-y-obesidad-en-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes, última consulta el 15 de abril de 2020.

49 Secretaría de Salud (México): Estrategia Nacional para la Prevención y Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes, México, 2013.

50 Secretaría de Salud (México): Estrategia Nacional para la Prevención y Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes, México, 2013.

51 Levy, I.: "Sexo a las 7pm", *El Universal,* 9 de noviembre de 2015; Sosa Plata, G.: "Más "comida chatarra" en TV" en *SinEmbargo.mx,* 10 de noviembre de 2015; y Álvarez, C.L.: "Contra nuestros hijos, ¡no!" en *Revista Proceso,* 19 de diciembre de 2015.

horarios de audiencias infantiles identificados en la Estrategia Nacional contra la Obesidad y Diabetes del Estado mexicano.

Esto fue el inicio de una serie de litigios en defensa de los derechos de las audiencias infantiles por parte de particulares y organizaciones de la sociedad civil, así como de estrategias por parte de la Segob para la dilación procesal y para dificultar el acceso a la justicia.

1. Demandas y estrategias dilatorias.

Primer Juicio. El primer juicio de amparo fue interpuesto por la autora de este trabajo en nombre de las niñas y niños que habitan la República Mexicana, incluyendo a mis hijos[52]. La reclamación principal fue que la franja de horarios establecida en los Lineamientos 2015, reducía los horarios de protección de la niñez sin razón y contrario al interés superior de la niñez.

La Jueza de primera instancia otorgó el amparo al comprobar la ausencia de una justificación para la reducción de las franjas horarios e incluso señaló que esa disminución no coincidía con las acciones emprendidas por el Estado mexicano en cuanto a medios de contenidos audiovisuales e infancia, entre otros.

En contra del amparo concedido, la Segob interpuso un recurso de revisión[53]. Un día antes de que sesionara el Tribunal Colegiado para resolver en definitiva éste[54], la Segob expidió unos "nuevos" lineamientos de criterios de clasificación (los Lineamientos 2017[55]) y abrogó los Lineamientos de 2015, dejando inalterados los horarios. Esto buscaba crear artificialmente una causa de improcedencia del juicio de amparo, por cesación de efectos del acto reclamado.

Juicios Sucesivos. En contra de los Lineamientos 2017 se interpusieron diversos amparos tanto por madres de familia en nombre de sus hijos menores de edad como por organizaciones de la sociedad civil de defensa de derechos de la niñez y de audiencias[56]. Todos los juicios de amparo fueron ganados en primera instancia

52 *Cfr.* Juzgado Segundo de Distrito en materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusion y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República. *Juicio de Amparo 9/2016.* Sentencia de 28 de junio de 2016.

53 *Cfr.* Primer Tribunal Colegiado de Circuito en materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusion y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República. *Recurso de Revisión R.A. 92/2016.*

54 El viernes previo a la sesión de los jueves, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusion y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República, publicaba el listado de los asuntos que resolvería. De ahí que era un hecho notorio que el 14 de febrero de 2017 se emitiría la sentencia definitiva.

55 Secretaría de Gobernación (México): Lineamientos de clasificación de contenidos audiovisuales de las transmisiones radiodifundidas y del servicio de televisión y audio restringidos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 15 de febrero de 2017.

56 *Cfr.* Juzgado Segundo de Distrito en materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusion y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la

para proteger a niñas, niños y adolescentes de la reducción de los horarios de protección en televisión abierta, toda vez que Segob no logró demostrar la justificación de dicha disminución.

La Segob combatió todos los amparos otorgados mediante sendos recursos de revisión. Estando dentro del plazo para resolverse éstos en distintos Tribunales Colegiados Administrativos del Primer Circuito[57], la Segob expidió por tercera vez unos "nuevos" lineamientos de criterios de clasificación (los Lineamientos 2018) y abrogó los Lineamientos de 2017 de la misma manera que había abrogado los Lineamientos 2015, dejando inalterados los horarios a pesar de que todos los amparos de diferentes juzgadores llegaron a la misma conclusión: los horarios son inconstitucionales por quebrantar los derechos de la niñez mexicana[58].

2. Formalidad sobre la Justicia.

Excepto un juicio en el que se confirmó el amparo otorgado y que será expuesto en la sección siguiente, todos los demás fueron sobreseídos al estimar los diversos tribunales del Poder Judicial Federal e incluso la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que habían cesado los efectos del acto reclamado.

Difiero de dichas decisiones con base en los siguientes argumentos jurídicos.

(1) A pesar de que formalmente los Lineamientos 2015 y después los Lineamientos 2017 fueron abrogados, siguen con plena vigencia en el texto mismo de los Lineamientos 2018 y en especial en lo que respecta a los horarios previstos, cuyo texto quedó intacto y precisamente son los horarios de protección o desprotección los que más agravian a la niñez mexicana cuando de televisión abierta se trata.

República. *Juicio de Amparo 1152/2017 y su acumulado 1153/2017*; Juzgado Primero de Distrito en materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusion y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República. *Juicio de Amparo 1204/2017*; Juzgado Primero de Distrito en materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusion y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República. *Juicio de Amparo 1202/2017*.

57 Los juicios de amparo promovidos por los quejosos en contra de los Lineamientos 2017 fueron resueltos inicialmente por los Juzgados de Distrito Especializados en Competencia Económica, Radiodifusion y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República, otorgándose todos los amparos. En contra de esas decisiones Segob interpuso recursos de revisión ante los propios tribunales especializados. Sin embargo, la SCJN al resolver una contradicción de tesis determinó que los juzgados competentes eran los juzgados de distrito en materia administativa (Contradicción de Tesis 348/2017, Segunda Sala, 21 de febrero de 2018). Por lo que los juicios fueron turnados a éstos, quienes nuevamente concedieron todos los amparos a los quejosos.

58 *Cfr.* Juzgado Quinto en materia Administrativa en la Ciudad de México. *Juicio de Amparo 451/2018*. Sentencia de 29 de junio de 2018; Juzgado Sexto en materia Administrativa en la Ciudad de México. *Juicio de Amparo 558/2018*. Sentencia de 12 de julio de 2018; Juzgado Décimo Primero en materia Administrativa en la Ciudad de México. *Juicio de Amparo 601/2018*. Sentencia de 30 de mayo de 2018.

Por tanto, los Lineamientos 2015, 2017 y 2018 son en realidad el mismo acto, un acto continuado, un acto que representa violaciones permanentes a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes que habitan en la República Mexicana, que son audiencias de los servicios de televisión abierta.

Por técnica jurídica, cuando el cambio en una norma es menor y esa norma ha sido consentida por todos los concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones (excepto por uno que promovió un amparo en relación a las clasificaciones C y D), lo que buscaría una autoridad sería únicamente modificar el numeral en específico en lugar de abrogar en su integridad la norma. Sin embargo, al abrogar los Lineamientos 2015 y después los Lineamientos 2017 lo que Segob buscaba era que se declarare la causal de improcedencia por cesación de efectos u otra causal y de esa manera eliminar la muy probable concesión de amparo contra los horarios de los Lineamientos, que fue lo que a la postre sucedió.

La táctica de abrogar los Lineamientos de los criterios de clasificación fue una estrategia equiparable a cuando en el mundo corporativo se crean esquemas para "realizar conductas abusivas de los derechos o constitutivas de fraude o de simulación ante la ley, que denotan un aprovechamiento indebido de la personalidad de los entes morales generando afectación a los derechos de los acreedores, de terceros, del erario público o de la sociedad"[59]. En esos supuestos se aplica la técnica del levantamiento del velo corporativo para llegar a "conocer realmente si el origen y fin de los actos que aquéllas realicen son lícitos"[60].

Lo que se buscó con las abrogaciones fue negar el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes, complicarles la reivindicación de sus derechos humanos y negarles por parte del Estado mexicano el respeto al interés superior de la niñez.

(2) Los cambios realizados a los Lineamientos 2015 y 2017 de ninguna manera justificaban la emisión de los "nuevos" Lineamientos 2018 porque ignoraron las razones por las que fueron otorgados los amparos y que ordenaron que se dejaran insubsistentes los horarios por agraviar a la niñez mexicana.

La jurisprudencia firme de la SCJN establece que para tener un acto legislativo por nuevo debe: (1) haberse llevado a cabo un proceso legislativo (criterio formal), y (2) ser una modificación sustantiva o material. Incluso la SCJN refiere a que deban existir "verdaderos cambios normativos que modifiquen la trascendencia,

59 *Cfr.* "Técnica del "Levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo". Su sustento doctrinal y la justificación de su aplicación en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas" Tesis I.4o.A. J/70, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, noviembre de 2008, p. 1271, Registro No. 168410.

60 *Cfr.* "Técnica del "Levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo". Su sustento doctrinal y la justificación de su aplicación en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas" Tesis I.4o.A. J/70, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, noviembre de 2008, p. 1271, Registro No. 168410.

el contenido o el alcance del precepto" para que se considere un nuevo acto legislativo suceptible de promover una acción de inconstitucionalidad. Añadiendo la SCJN que es insuficiente la nueva publicación de la norma para que se considere un nuevo acto legislativo[61].

La jurisprudencia en los casos de audiencias infantiles obligaban a que la sola publicación de los "nuevos" Lineamientos se estimara insuficiente para que se considerara que hubieren cesado los efectos o que se tratase de un nuevo acto que debía reclamarse en diverso juicio de amparo, atentos al principio del interés superior de la niñez, de acceso a la justicia pronta y expedita, de la tutela judicial efectiva, y porque de otra manera, se sobrepondría un criterio rigorista a este caso para cumplir con la ley aunque se cometiera una injusticia en perjuicio de la niñez mexicana.

Si el Poder Judicial Federal hubiera aplicado la jurisprudencia de la SCJN en lo que era conducente para el caso concreto, debió determinar que los "nuevos" Lineamientos 2017 y los de 2018 a pesar de formalmente señalar que abrogaban los anteriores Lineamientos, en realidad sólo eran cambios no sustanciales, preservaban la franja reducida de protección y seguían siendo reales, vigentes y sus efectos continuaban. Lo anterior hubiere sido congruente con las jurisprudencias de la SCJN que obligaban a (1) realizar una "interpretación conforme en sentido amplio, interpretación conforme en sentido estricto y, en su caso, inaplicación [de la norma que se pretendía aplicar y que despierte sospechas como violatorias de derechos humanos]" [62], y (2) se resolvieran los amparos, analizando el fondo del asunto y de los agravios correspondientes[63].

(3) Adicionalmente la jurisprudencia de la SCJN obligaba a que en el recurso de revisión se entrara a resolver el fondo del asunto, toda vez que no bastaba con que la Segob abrogara los Lineamientos sino que sus efectos debían quedar destruidos de manera absoluta[64].

61 *Cfr.* "Acción de inconstitucionalidad. Lineamientos mínimos requeridos para considerar que la nueva norma general impugnada constituye un nuevo acto legislativo" Tesis P./J. 25/2016, Décima Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 35, tomo I, octubre de 2016, p. 65, Registro No. 2012802.

62 *Cfr.* "Control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio. No es una cuestión de subsidiariedad, por lo que debe llevarse a cabo aun cuando el derecho humano de que se trate esté contenido en la Constitución Federal." Tesis 1a./J. 38/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 18, tomo I, mayo de 2015, p. 186, Registro No. 2009179.

63 *Cfr.* "Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos." Tesis P. LXIX/2011, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, tomo I, diciembre de 2011, p. 552, Registro No. 160525.

64 *Cfr.* "Arraigo. La orden relativa no actualiza la causa de improcedencia por cesación de efectos (abandono de la tesis aislada 1ª LXXXIII/2001)." Tesis 1a./J. 33/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 18, tomo I, mayo de 2015, p. 168, Registro No. 2009004; "Improcedencia del juicio de amparo por cesación de efectos del acto reclamado. Interpretación conforme del art. 61, fracción XXI, de la Ley de Amparo." Tesis 1a. CCCLXX/2014, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 11, tomo I, octubre de 2014, p. 605, Registro No. 2007799; "Sobreseimiento por cesación de efectos en el amparo directo. Interpretación conforme del art. 73, fracción XVI, de la Ley de Amparo (vigente hasta el 2 de abril de 2013)." Tesis 1a. CCXLII/2013, Décima Época, Primera Sala,

Los "nuevos" Lineamientos (2017 y 2018) dejaron los mismos horarios, por lo que los efectos que se buscaban combatir a través de los juicios de amparos seguían (y siguen) presentes, son constantes y continuos en todas las niñas, niños y adolescentes que habitan la República Mexicana y que son audiencias de los servicios de televisión abierta pues los horarios siguen siendo exactamente los mismos.

En los juicios de amparo y más por tratarse de los derechos de niñas, niños y adolescentes donde el principio del interés superior de la niñez debió prevalecer y ser rector en el actuar del Estado mexicano, se debió considerar que la insubsistencia formal de los Lineamientos de ninguna manera dejaba sin materia los juicios de amparo y debieron entrar al fondo para analizar las violaciones a los derechos de la niñez.

3. (in)Cumplimiento de Sentencia.

El amparo promovido por una madre de familia en nombre propio y de su hijo menor de edad fue resuelto en definitiva por el Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa del Primer Circuito confirmando el amparo otorgado para el efecto de que se dejaran insubsistentes los horarios previstos en los Lineamientos 2017.

Dicho Tribunal resolvió que los "nuevos" Lineamientos 2018 "reiteran el contenido de los abrogados, siendo evidente que las cosas no han vuelto al estado que tenían antes de las violaciones constitucionales y a derechos humanos expuestos por la parte quejosa, sino por el contrario, persisten. (…) no han destruido los efectos jurídicos de los anteriores lineamientos en forma total e incondicional, pues actualmente continúan rigiendo las franjas horarias establecidas en el lineamiento noveno y por tanto, como más adelante se precisará, las audiencias menores de edad, están expuestas a contenidos no aptos para su edad a partir de las 16:00 horas (…) los lineamientos reclamados siguen surtiendo parte sustancial de los efectos de los Lineamientos reclamados, en tanto que su contenido es reiterado por los nuevos Lineamientos"[65].

Adicionalmente, el Tribunal confirmó el amparo de primera instancia que ordenó dejar insubsistentes los horarios y emitir unos nuevos "cuyo contenido sea adecuado a la política que en materia de protección de menores ha implementado

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XXIII, tomo I, agosto de 2013, p. 746, Registro No. 2004331; y "Cesación de efectos en materias de amparo y de controversia constitucional. Sus diferencias." Tesis P./J. 54/2001, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIII, abril de 2001, p. 882, Registro No. 190021.

65 *Cfr.* Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito. *Recurso de Revisión R.A. 227/2018*. Sentencia de 28 de febrero de 2019, párrafos 71 y 76.

el Estado Mexicano y al análisis técnico de veintisiete de enero de dos mil diecisiete, realizado por SIPINNA"[66].

Secretaría de Gobernación después de casi un año de la sentencia modificó los Lineamientos 2018, (i) manteniendo los mismos horarios, (ii) realizando "cambios" a las categorías o criterios de clasificación B (para mayores de 12 años) y B15 (para mayores de 15 años), que consistieron en modificaciones cosméticas, de redacción, puntuación y que en nada abonan a la protección a la infancia, (iii) comprometiéndose a emitir una guía de supervisión parental de consumo de contenidos, y (iv) señalando que se realizarán evaluaciones semestrales[67].

Al momento de escribir este trabajo, existe la petición al Poder Judicial Federal de que se tenga por incumplida la sentencia de amparo porque: (1) los horarios permanecen intocados y no se ajustan a la política del Estado mexicano de protección a la niñez, y (2) la guía parental y las evaluaciones semestrales no sustituyen la necesidad en la actualidad de las franjas horarias en televisión abierta que protejan a las niñas, niños y adolescentes. En cuanto a esto último, se puede hacer una analogía con un paciente que va con el dentista por una muela picada y el dentista sólo le entregara una guía de higiene bucal y le dijera que regresara cada 6 meses a consulta sin remediar lo de su muela. En el caso que se expone y por analogía sería como si Segob fuera el dentista y pretendiera que con una guía de control parental y evaluaciones semestrales se remediara la "muela picada" que son las franjas de horarios reducidas de protección a la niñez en televisión abierta.

El interés superior de la niñez impone un deber al Estado mexicano que va más allá de la retórica, de la relatoría de lo que es el interés superior de la niñez y de sus derechos. Ningún estudio, ni investigación fue aportada por la Segob para demostrar que los mismos horarios reducidos que fueron motivo de la concesión de amparo, con cambios a los criterios de clasificación hubieren cumplido con su deber de proteger a la niñez mexicana. Mucho menos pudo la Segob desvirtuar la política del Estado Mexicano en cuanto a los horarios de audiencias infantiles de la Estrategia Nacional contra la Obesidad y Diabetes y los Estudios del IFT.

Se han cumplido más de cuatro años en tribunales buscando defender los derechos de las audiencias infantiles, lo que evidencia que la niñez merecedora de la mayor protección por parte de las autoridades y de la sociedad, es la más desprotegida y vulnerable. Y mientras no exista la disponibilidad de controles parentales para que padres y tutores los empleen en la televisión abierta, las

66 *Cfr.* Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito. *Recurso de Revisión R.A. 227/2018*. Sentencia de 28 de febrero de 2019, párrafo 255.

67 Secretaría de Gobernación (México): Modificación a los Lineamientos de clasificación de contenidos audiovisuales de las transmisiones radiodifundidas y del servicio de televisión y audio restringidos publicados en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 2018, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 14 de febrero de 2020.

franjas de horarios deben ser tales que protejan a las audiencias infantiles cuando consumen contenidos de televisión abierta.

V. CONCLUSIONES.

La existencia de múltiples y novedosas plataformas tecnológicas por medio de las cuales la niñez accede a contenidos audiovisuales, no excluye la necesidad de protegerla de aquellos impropios difundidos en televisión abierta. Ello en atención a que en la República Mexicana la televisión abierta tiene una presencia significativamente mayor en los hogares (92.5%) que otros servicios como la televisión restringida y los disponibles vía internet.

La televisión tiene una influencia significativa en las niñas, niños y adolescentes, convirtiéndose en referente, construyendo realidades, modas y modelos de conducta. A pesar de la existencia de nuevas plataformas tecnológicas utilizadas por las niñas, niños y adolescentes, todos consumen a diario contenidos audiovisuales a través de la televisión abierta.

La necesidad de proteger a la niñez de contenidos audiovisuales está reconocida ampliamente en diferentes países tanto para los programas como para la publicidad. Si bien cada país puede tener un catálogo de prohibiciones específicas (p. ej. violencia de género, la discriminación), la protección se enfoca en prohibir contenidos que puedan afectar el desarrollo físico, mental o moral, el desarrollo armónico de su personalidad y el distorsionar el sentido del bien y el mal.

Para identificar qué contenidos audiovisuales pueden ser impropios para los diferentes grupos etarios de la niñez, se acostumbra clasificarlos. La clasificación es un instrumento básico pues provee información a padres, tutores y cuidadores para que decidan sobre la pertinencia de que las niñas, niños y adolescentes a su cargo accedan a cierto contenido. Las clasificaciones se realizan por la autoridad, por organizaciones no gubernamentales, por los prestadores de servicios, entre otros, según la legislación de cada país.

Las clasificaciones se hacen revisando ciertas categorías o temáticas en el contenido audiovisual (p. ej. violencia, drogas, lenguaje), algunos países incluyen moduladores (p. ej. contexto, frecuencia), criterios positivos para la infancia y el formato a través del cual se va a difundir.

El mecanismo para proteger a las audiencias de niñas, niños y adolescentes de televisión abierta de contenidos inapropiados ha sido establecer franjas de horarios, basadas en cuando existe mayor audiencia infantil frente al televisor. En la actualidad no se cuenta con la posibilidad de establecer controles parentales en

la televisión abierta como sí es posible en otras plataformas tecnológicas (p. ej. limitar las aplicaciones y establecer horarios en una tableta, claves de acceso para canales de televisión de paga), por lo cual sigue siendo imperiosa la existencia de franjas de protección en televisión abierta en los horarios donde hay audiencia infantil.

En el futuro -quizá no lejano- que exista disponibilidad de controles parentales para la televisión abierta y que estén disponibles para la mayoría de la población, es probable que lo indispensable de las franjas horarias en televisión abierta se diluya o elimine.

Los casos judiciales en México respecto a audiencias infantiles y en contra de la reducción de los horarios de protección en televisión abierta muestran la dificultad para hacer respetar los derechos de la niñez y hacer realidad que las autoridades observen en su actuación la prevalencia del interés superior de la niñez. Las tácticas realizadas por la Segob muestran la falta de argumentos y justificaciones para sustentar las franjas de horarios reducidos, y la determinación de generar causas artificiales para el cierre de expedientes judiciales. El cumplimiento del amparo otorgado en definitiva lleva más de 1 año al tiempo de escribir este trabajo, sin que pueda asegurarse que algún día prevalecerá el interés superior de la niñez en televisión abierta, de continuar la actitud de la autoridad mexicana desplegada desde 2015.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, C.L.: "Contra nuestros hijos, ¡no!" en *Revista Proceso,* 19 de diciembre de 2015, https://www.proceso.com.mx/424010/contra-nuestros-hijos-no.

Álvarez, C.L.: Telecomunicaciones y Radiodifusión en México, Posgrado en Derecho UNAM, México, 2018.

Dávila, M.C., Revilla, J.C., y Fernández-Villanueva, C.: "Más allá de la mera exposición: Violencia en televisión en horario protegido", *Revista Latina de Comunicación Social,* vol. 73, 2018, pp. 352-368, http://www.revistalatinacs.org/073paper/1259/18es.html.

Levy, I.: "Sexo a las 7pm" en *El Universal,* 9 de noviembre de 2015, https://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/columna/irene-levy/cartera/telecom/2015/11/9/sexo-las-7-pm.

Sosa Plata, G.: "Más 'comida chatarra' en TV", *SinEmbargo.mx,* 10 de noviembre de 2015, https://www.sinembargo.mx/10-11-2015/3041336.

Villanueva, E.: "Derechos de las Audiencias", en *Diccionario Enciclopédico de Derecho de la Información,* 5ª ed., Posgrado en Derecho de la UNAM y Ius Literatus, México, volumen I, 2019, p. 622-624.

EL PIN PARENTAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

THE PARENTAL VETO AND THE ECHR'S CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 102-121

Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: A través de este artículo, se analiza cuál es la posición del TEDH acerca de esta figura que, con oros nombres, ya ha sido objeto de diferentes sentencias en el pasado. Se comprueba, por tanto, si el derecho recogido en el punto segundo del artículo 2 del Protocolo I puede amparar el pin parental.

PALABRAS CLAVE: Pin parental; derecho a la educación; derecho a la libertad religiosa; derecho a la protección de la vida familiar; interés superior del menor.

ABSTRACT: *In this paper, the position of the ECHR regarding this legal figure that, with other names, has already been the subject of different judgments in the past, is analyzed. Therefore, it is checked whether the right contained in the second point of Article 2 of Protocol I can protect the parental veto.*

KEY WORDS: *Parental veto; right to education; right to religious freedom; right to protection of family life; best interests of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿QUÉ ES EL PIN PARENTAL?.- III. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LOS PADRES A QUE SUS HIJOS RECIBAN EDUCACIÓN DE ACUERDO CON SUS PROPIAS CONVICCIONES.- IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.- V. POSICIÓN DEL TEDH.- 1. Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Petersen c. Dinamarca.- 2. Caso Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España.- 3. Caso Dojan y otros c. Alemania.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

A lo largo del presente artículo vamos a analizar esta figura del pin (o también llamado veto) parental. Eso sí, lo vamos a hacer única y exclusivamente desde la perspectiva del TEDH, dado que, sobre esta cuestión, la Corte Europea ya se ha pronunciado en diversas ocasiones. Así mismo, nos vamos a centrar en las peticiones de dispensa de asistencia a las clases de educación sexual, pues es la causa fundamental por la que se ha introducido en el debate público la cuestión del pin parental.

Comenzaremos con una breve explicación de lo que se entiende por pin parental. A continuación, analizaremos cómo viene regulado internacionalmente el derecho que tienen los padres a que sus hijos reciban una formación que esté de acuerdo con sus propias convicciones religiosas y morales. Así mismo, haremos referencia a la normativa que recoge el interés superior del menor como límite a los derechos parentales.

Posteriormente, dado que los defensores del pin parental entienden que esta figura es una manifestación más del derecho que tienen los padres a que sus hijos reciban una formación que esté de acuerdo con sus propias convicciones religiosas y morales, veremos cuál es la posición del TEDH sobre este derecho.

Por último, concluiremos exponiendo la doctrina que se puede extraer de una lectura conjunta de la legislación internacional y de la jurisprudencia del TEDH al respecto.

• Jorge Antonio Climent Gallart
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público, Universidad de Valencia. Correo electrónico: Jorge.climent@uv.es

II. ¿QUÉ ES EL PIN PARENTAL?

El tema que vamos a tratar, aunque no es nuevo, sí que ha sido objeto de mucha atención mediática últimamente en España, dada cuenta que un partido político, VOX, lo ha incorporado a la agenda pública: Se trata del pin parental.

Para saber de lo que hablamos, cuando hacemos referencia al pin parental, lo más riguroso que podemos hacer es acudir a la fuente originaria, es decir, a la propuesta llevada a cabo por VOX. Dado que esta cuestión ha sido planteada por el partido en diferentes parlamentos autonómicos, nosotros tomaremos como ejemplo la propuesta planteada en la Comunidad Valenciana. Así pues, en el Boletín Oficial de las Cortes Valencianas número 35, de 6 de noviembre de 2019, viene recogida la proposición no de ley sobre la implantación del pin parental, presentada por este grupo político. En ella se indica literalmente que el pin parental es "una solicitud que va dirigida a los directores de los centros educativos. Con tal instancia se solicita a la dirección que informe previamente a los padres o tutores, a través de una autorización expresa, sobre cualquier materia, charla, taller o actividad que afecte a cuestiones morales socialmente controvertidas o sobre la sexualidad, que puedan resultar intrusivas para la conciencia y la intimidad de sus hijos, de tal modo que como padre o madre pueda conocerlas y analizarlas de antemano, reflexionar sobre ellas y, en base a ello, dar consentimiento —o no— para que su hijo asista a dicha formación"[1].

Por tanto, cuando hablamos de pin parental estamos haciendo referencia a la potestad de los padres de vetar la asistencia de sus hijos a cualesquiera actividades escolares que puedan afectar a la sexualidad o a la moral, y que resulten intrusivas para la conciencia y la intimidad de los menores.

Los defensores del pin parental entienden que dicha posibilidad de veto es una manifestación más del derecho que tienen los padres a que sus hijos reciban la formación que esté de acuerdo con sus propias convicciones morales y religiosas.

III. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LOS PADRES A QUE SUS HIJOS RECIBAN EDUCACIÓN DE ACUERDO CON SUS PROPIAS CONVICCIONES.

A nivel mundial, este derecho viene recogido en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Así, su artículo 26.3 establece que

1 Boletín Oficial de las Cortes Valencianas, núm. 35, 6 noviembre 2019, pp. 3754 a 3756. Disponible en: https://www.cortsvalencianes.es/es/consulta_boc#boc/iniciativa/clau/1898712937618822

"los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos"[2].

También se hace referencia al mismo en los dos grandes tratados de Derechos Humanos. Así, en el artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se indica que "los estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"[3]. Así mismo, en el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se recoge que "los estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"[4].

En la misma línea, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en su artículo 12.4 establece que "los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"[5].

En el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) se aprobó el Convenio relativo a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, en cuyo artículo 5.1 b) 2º se establece que los Estados deben respetar la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales "de dar a sus hijos, según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones". En este mismo artículo se recuerda que "no debe

2 Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Disponible en: https://undocs.org/es/A/RES/217(III)

3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx

5 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 45/158, el 18 de diciembre de 1990. Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx

obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones"[6].

La Convención de los Derechos del Niño (CDN), en relación con el papel de los padres en el desarrollo de los hijos, establece en su artículo 18.1 CDN que "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"[7]. En su artículo 5 se recoge, de un modo más genérico, el deber de los Estados de respetar los derechos y deberes parentales. Así, literalmente establece que "los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los 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 impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"[8].

A nivel regional europeo, este derecho ha sido reconocido tanto por la Unión Europea, como por el Consejo de Europa. Así, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 14, apartado tercero, señala que "se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas"[9].

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[10], nacido en el seno del Consejo de Europa, no hace referencia al derecho a la educación. Deberemos acudir a su Protocolo I, artículo 2, en el cual se indica que "a nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que

6 Convenio relativo a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada en el seno de la UNESCO, el 14 de diciembre de 1960.

7 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989. Disponible: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx

8 Ibídem.

9 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en Niza, como Declaración Común de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, el 7 de diciembre de 2000. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
Cabe señalar que la Carta fue adaptada en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007. Disponible en: https://www.boe.es/doue/2007/303/Z00001-00016.pdf

10 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), aprobado en el seno del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950. Disponible (la versión actualizada del mismo, junto con sus protocolos) en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas"[11].

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.

Como a continuación comprobaremos, en la legislación internacional el interés superior del menor es el límite principal al derecho de los padres a que sus hijos reciban formación conforme a sus propias convicciones.

Este concepto, el del interés superior del menor, viene reconocido, de manera genérica, en el artículo 3 CDN, que literalmente reza como sigue:

"1. 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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

El Comité de Derechos del Niño, órgano encargado de controlar el cumplimiento del convenio por parte de los Estados firmantes del tratado y, a su vez, máximo intérprete del mismo, en su Observación General número 14, hizo referencia a esta figura del siguiente modo:

"El interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una

11 Protocolo Adicional (después conocido como Protocolo número 1) al CEDH, aprobado en el seno del Consejo de Europa, el 20 de marzo de 1952. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/1991/01/12/pdfs/A01087-01088.pdf

decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos"[12].

En todo caso, y como se encarga de recordarnos el propio Comité de Derechos del Niño en esa misma Observación General número 14, nos encontramos ante una figura compleja, debiendo su contenido determinarse caso por caso. Como muy bien señala, "el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales"[13].

12 Observación General número 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 6. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en

13 Ibídem, párrafo 32.

La importancia de este concepto trasciende al artículo 3, encontrándose múltiples referencias al mismo a lo largo de la propia CDN[14], e incluso en distintos textos internacionales[15].

En el ámbito educativo, ese interés superior del menor se entenderá que se protege siempre y cuando dicha enseñanza atienda a los fines previstos en el artículo 29.1 CDN:

"Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural."

Cabe destacar que el punto segundo de dicho artículo 29, tras reconocer la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, se condiciona la misma a que se respeten los principios enunciados en el punto primero, que acabamos de citar.

14 Ibídem, párrafo 3: "La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación delos padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia delos padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3)."

15 A título de ejemplo, podemos citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)).

El Comité de Derechos del Niño dictó la Observación General número 1[16], que trataba precisamente sobre los propósitos de la educación. Así pues, de manera genérica, y haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 29.1 CDN, señala que los objetivos de la educación de los menores deben ser "el desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades, lo que incluye inculcarle del respeto de los derechos humanos, potenciar su sensación de identidad y pertenencia y su integración en la sociedad e interacción con otros y con el medio ambiente"[17]. La importancia de atender a dichos fines se constata en esta Observación General, cuando el Comité señala que "la capacidad del niño para participar plena y responsablemente en una sociedad libre puede verse dificultada o debilitada no sólo porque se le deniegue simple y llanamente el acceso a la educación, sino también porque no se promueva la comprensión de los valores reconocidos en este artículo"[18].

Los objetivos antedichos, que también vienen recogidos en otros textos internacionales de Derechos Humanos[19], suponen la piedra angular del derecho a la educación de los menores. Deberán ser respetados siempre y en todo caso, a la hora de instruir a los niños. En consecuencia, solo podremos considerar protegido el interés superior del menor, si se ha atendido a dichos fines en su educación.

V. POSICIÓN DEL TEDH.

Llegados a este punto, parece incuestionable que los padres tienen derecho a que sus hijos reciban formación conforme con sus convicciones. Del mismo modo, resulta indiscutible que la educación que reciban los menores debe tener como finalidad principal su pleno y libre desarrollo de la personalidad, así como el que los mismos aprendan a vivir en una sociedad plural, libre y democrática, con la transmisión y asunción, como propios, de los valores que ello presupone.

16 Observación General número 1 (2001) del Comité de los Derechos del Niño. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2001%2f1&Lang=en

17 Ibídem, párrafo 1.

18 Ibídem, párrafo 14.

19 Art. 26.2 DUDH: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".
Art. 13.1 PIDESC: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz".

En consecuencia, la pregunta que en estos momentos nos debemos plantear es si ese derecho paterno alcanza tal grado como para poder impedir a sus hijos recibir una educación integral sobre determinados temas que les ayuden a desarrollar plena y libremente su personalidad, así como a saber vivir en una sociedad plural, libre y democrática, cuando dicha formación pueda entrar en contradicción, o al menos cuestionar en parte, las convicciones de sus padres. Esta es la verdadera cuestión de fondo a la que vamos a intentar contestar a través del estudio de la jurisprudencia del TEDH. Ya adelantamos que, en consonancia con la legislación internacional, la respuesta va a ser negativa.

1. Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Petersen c. Dinamarca.

El TEDH se enfrentó a esta cuestión, por primera vez, el pasado 7 de diciembre de 1976, al resolver el asunto Kjeldsen y otros contra Dinamarca[20].

Los hechos, fundamento de la STEDH, se pueden resumir del siguiente modo: Un grupo de padres, todos ellos creyentes y practicantes, algunos incluso clérigos, se negaban a que sus hijos acudiesen a las clases de educación sexual que se impartían en las escuelas públicas, por resultar contrarias a sus creencias religiosas. Ello les llevó a solicitar a las autoridades que sus vástagos se vieran exentos de acudir a dichas clases. La respuesta del Estado danés fue negativa, recordando a los padres que en Dinamarca también se permite la educación a través de las escuelas privadas (incluso subvencionadas) o del llamado homeschooling, es decir, la enseñanza en casa. Por tanto, podrían haber elegido estas otras fórmulas para educar a sus hijos, quizás más acordes con sus creencias religiosas.

A la vista de que sus reclamaciones no fueron atendidas internamente, los padres decidieron acudir al TEDH, alegando que la educación sexual obligatoria (sin posibilidad de exención) les había vulnerado sus derechos reconocidos en los artículos 8, 9 CEDH y 2 del Protocolo número 1 CEDH. También alegaron haber sido víctimas de discriminación (art. 14 CEDH), pero ello no será analizado en el presente estudio, por sobrepasar el objeto del mismo. En todo caso, debemos dejar claro que el TEDH tampoco estimó esta queja.

La STEDH pronunciada al respecto de este asunto tiene una importancia mayúscula, puesto que sentó las bases doctrinales sobre las que luego la propia Corte Europea irá resolviendo los diferentes casos que le lleguen.

El TEDH comienza reconociendo que el derecho parental recogido en la segunda oración del artículo 2 del Protocolo 1 es un complemento del derecho

20 STEDH 7 diciembre 1976 (ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000509571). Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57509

fundamental a la educación[21]. Al ser los padres los principales responsables de la educación y enseñanza de sus hijos, pueden exigir al Estado que respete sus convicciones religiosas y filosóficas. Además, y relacionándolo con lo anterior, el TEDH nos recuerda que las disposiciones del CEDH y sus Protocolos deben ser interpretadas conjuntamente, como un todo. En consecuencia, las dos oraciones del artículo 2 del Protocolo 1 no deben ser leídas solo de manera individual, sino también conjunta con lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10 de del CEDH, que proclaman respectivamente los derechos de toda persona, incluidos padres e hijos, al respeto por su vida privada y familiar, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y a libertad de comunicar y recibir informaciones e ideas.

Posteriormente pasa a analizar si la restricción a este derecho es compatible con el CEDH. Para ello, el TEDH parte de una serie de premisas que resultan fundamentales:

Primera. El establecimiento del plan de estudios es competencia de los Estados, y ello podrá variar legítimamente según el país y la época. El TEDH, en principio, no va a entrar sobre esta cuestión interna.

Segunda. Consecuencia de la anterior, el TEDH concluye el derecho de los padres a asegurar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones no impide que los Estados puedan impartir, a través de la enseñanza, información o conocimientos de tipo religioso o filosófico, directa o indirectamente. Ni siquiera permite que los padres se opongan a la integración de dicha enseñanza en el currículo escolar, puesto que, de lo contrario, todo sistema institucionalizado de educación correría el riesgo de resultar impracticable. De hecho, parece muy difícil que muchas asignaturas que se imparten en la escuela no tengan, en mayor o menor medida, alguna implicación filosófica o religiosa.

Tercera. Ahora bien, en el cumplimiento de las funciones que asume en materia de educación y enseñanza, el Estado debe cuidar que la información o el conocimiento se transmita de manera objetiva, crítica y pluralista. El Estado tiene prohibido perseguir un objetivo de adoctrinamiento, pues podría considerarse que no respeta las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Ese es el límite que no debe superarse.

Aplicando las anteriores premisas al caso concreto, el TEDH consideró que el establecimiento de la educación sexual como una materia obligatoria a impartir en las escuelas públicas resultaba legítimo, necesario y proporcional. Así pues, el

21 Artículo 2 Protocolo número 1 CEDH: "A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas".

legislador danés entendió que dicha materia era el remedio preventivo adecuado al elevado número de embarazos no deseados que se daba en las adolescentes, así como a los abortos y a la transmisión de enfermedades venéreas. Se entendió que proveer a los niños de una información sexual objetiva, precisa y científica era el mejor antídoto para evitar ese desafortunado escenario. Por tanto, existía un evidente interés público en que se impartiese esta asignatura obligatoria en las escuelas públicas. Además, la Corte Europea consideró que, tanto el contenido como el modo en que se impartía esta materia no suponían adoctrinamiento alguno. Así pues, ni se recomendaba un tipo específico de comportamiento sexual, ni se exaltaba el sexo, ni se incitaba a los alumnos a disfrutar precozmente de prácticas que pudieran ser peligrosas para su estabilidad, su salud o su futuro, o que muchos padres pudieron considerar reprobables.

Además, el TEDH entiende que la existencia de esta asignatura es totalmente compatible con la posibilidad de que los padres puedan guiar y aconsejar a sus hijos (ya fuera del horario escolar) conforme a sus propias convicciones religiosas. Y, por último, el TEDH nos recuerda que en Dinamarca los padres siempre tuvieron la opción de poder matricular a sus hijos en una escuela privada que fuese más acorde con sus creencias, o, incluso, educarlos ellos directamente en su hogar.

Por todo lo anterior, la Corte Europea considera que no hubo violación ni del artículo 2 del Protocolo 1 CEDH, ni de los artículos 8 y 9 CEDH, leídos conjuntamente con aquel.

2. Caso Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España.

En fecha 25 de mayo de 2000, la Sección Cuarta del TEDH[22], se pronunció sobre la demanda interpuesta por un padre y su hija al respecto del tema que nos ocupa, declarándola inadmisible, dada cuenta que en el caso Kjeldsen ya había establecido claramente cuál era su doctrina al respecto.

En este asunto, nos encontramos con un padre que se negaba a que su hija asistiera a las clases sobre sexualidad humana que se impartían en un colegio público de Cantabria, por considerarlas contrarias a sus convicciones morales y religiosas. De dicha docencia se encargaba el profesor de Ciencias Naturales. Como material de apoyo contaba con una publicación de 42 páginas, editada por el Departamento de Educación del Gobierno Autónomo Canario, en la que se trataban las siguientes cuestiones: el concepto de sexualidad; el ser humano como ser sexual; la conciencia corporal y el desarrollo sexual; la fertilización, el embarazo y el parto; la anticoncepción y el aborto y las enfermedades de transmisión sexual.

22 Decisión de inadmisibilidad TEDH (Sección Cuarta) 25 mayo 2000 (ECLI:CE:ECHR:2000:0525DEC005118899). Disponible: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5973

Como consecuencia de no asistir a las clases, y de negarse a responder las preguntas en el examen sobre este tema, la menor suspendió y tuvo que repetir curso. Ello fue objeto de impugnación, tanto administrativa como, cuando esta fue desestimada, judicial. El tribunal también rechazó las pretensiones del recurrente, por considerar que el derecho de los padres a proporcionar a sus hijos una educación conforme a sus propias convicciones no presupone, ni puede presuponer, el derecho a imponerlas a los demás, ni a solicitar un trato diferente de acuerdo con tales convicciones. Para el magistrado español, el derecho a una educación de los menores conforme a sus propias creencias se puede articular a través del derecho a elegir una escuela diferente de la establecida por las autoridades públicas. Estas escuelas privadas sí que ofrecen, muy probablemente, una instrucción más acorde con sus convicciones.

Tras agotar la vía interna infructuosamente, incluido el TC, padre e hija decidieron acudir al TEDH alegando vulneración del artículo 2 del Protocolo 1 CEDH y de los artículos 14 y 6.1 CEDH. Nosotros nos vamos a centrar exclusivamente en el primero, por ser el objeto del presente estudio, siendo además que, en todo caso, el Tribunal de Estrasburgo tampoco admitió las otras alegaciones.

Los magistrados europeos, tras tomar como base la doctrina ya establecida en el caso Kjeldsen, decide centrarse en la cuestión nuclear, como es la educación sexual. Así pues, para el TEDH resulta patente que la misma fue diseñada para proporcionar a los alumnos información objetiva y científica sobre la vida sexual de los seres humanos, las enfermedades venéreas en general y el SIDA en particular. La publicación que servía como material de apoyo intentaba alertar a los menores sobre el riesgo de embarazos no deseados, que se daban incluso a una edad cada vez más temprana. También ilustraba sobre el uso de los anticonceptivos, así como sobre los métodos para evitar el contagio de enfermedades de transmisión sexual. Esa información podía interpretarse como de interés general y de ninguna manera equivalía a un intento de adoctrinamiento dirigido a defender un comportamiento sexual particular. Además, esa información no afectó el derecho de los padres a guiar y a aconsejar a sus hijos, de conformidad con sus propias convicciones religiosas o filosóficas.

Por otra parte, como en España coexiste un sistema privado de enseñanza, junto al público, el TEDH considera que el padre tuvo la oportunidad de inscribir a su hija en un colegio privado que proporcionara una educación más acorde a sus creencias.

Lo que para los magistrados de Estrasburgo es evidente es que el artículo 2 del Protocolo 1 CEDH no puede interpretarse como un derecho del padre a exigir un tratamiento diferente en la educación de su hija de acuerdo con sus propias convicciones.

3. Caso Dojan y otros c. Alemania.

El pasado 13 de septiembre de 2011, la Sección Quinta del TEDH[23] se volvió a pronunciar al respecto de esta cuestión, siguiendo la doctrina fijada en los casos que acabamos de analizar. En esta ocasión, también resolvió declarar la demanda como inadmisible.

De nuevo, nos encontramos ante varias familias con fuertes creencias morales como parte de su fe religiosa, perteneciendo todas ellas a la Iglesia Cristiana Evangélica Bautista. Los menores de estas familias acuden a una escuela pública alemana. El conflicto se da cuando convergen tres tipos de actividades que los padres consideran que atentan a su fe religiosa:

Primera. La realización de un taller en el colegio con los menores para evitar que los mismos sean víctimas de abusos. Dicha actividad consiste fundamentalmente en un juego de roles, en el que a los niños se les representan diferentes situaciones en las que podrían estar siendo víctimas de distintos tipos de abusos y se les enseña a identificarlas, así como a resistirlas y a informar de ellas a una persona de confianza.

Segunda. Las clases de educación sexual, que tienen como finalidad enseñar a los menores temas como la procreación, el embarazo, el parto y los métodos anticonceptivos.

Tercera. Durante un día, se celebra en el colegio el carnaval, una fiesta a la que los niños pueden ir disfrazados. Para aquellos que no quieran participar en la misma, se les ofrecen clases de natación o de educación física en el gimnasio escolar.

Cabe destacar que, durante la realización de estas actividades, los padres se negaron a llevar a sus hijos al colegio, dado que consideraban que las mismas atentaban contra su fe religiosa. Estos son los argumentos que expusieron:

En relación con el taller contra los abusos, según los padres, este tendría el efecto contrario al esperado, y es que, de conformidad con su tesis, con esta actividad los menores perderían el sentido de la vergüenza y se verían animados a participar en actos sexuales con adultos. Para los progenitores, la doctrina bíblica de la castidad, que limitaba la sexualidad al matrimonio, constituía una protección suficiente contra el abuso sexual.

23 Decisión de inadmisibilidad TEDH (Sección Quinta) 13 septiembre 2011 (ECLI:CE:ECHR:2011:0913DEC000031908). Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106382

Respecto de la educación sexual, los padres afirmaron que en el hogar, su comportamiento sexual era recatado y casto, entendían que sus hijos no tenían la madurez suficiente como para recibir este tipo de clases. Además, se opusieron en particular al contenido del manual pues, en su opinión, era contrario a la ética sexual cristiana que requería que el sexo se limitara al matrimonio. Así, entendían que se establecía una imagen liberal y emancipadora de la sexualidad que no casaba con sus creencias religiosas y morales y que conducía a una "sexualización" prematura de los niños.

Por último, en relación con el carnaval, los padres consideraron que era una fiesta dirigida por el deseo carnal, que venía acompañada de un comportamiento inmoral y desinhibido, y que ello no casaba con sus creencias religiosas y morales. Además, alegaron que se trataba de una festividad de origen católico, siendo ellos protestantes.

La inasistencia de sus hijos al colegio durante la celebración de estas actividades, supuso el inicio de una contienda con el Estado alemán. Así, las autoridades públicas sancionaron dicha falta, sanciones que, a su vez, fueron recurridas ante los tribunales, basándose en una presunta vulneración de su derecho a la formación de sus hijos conforme a sus creencias. Ninguna instancia judicial germana estimó tal argumento de las familias. Todas dieron la razón al Estado alemán.

Los argumentos de los tribunales alemanes fueron contundentes:

Respecto de los talleres contra los abusos, las autoridades judiciales consideraron que proporcionar a los niños herramientas para identificar situaciones de abusos y ayudarles, además, a saber, cómo encontrar asistencia en estas circunstancias tan difíciles entraba dentro del mandato educativo del Estado, el cual no solo tiene el derecho, sino también el deber de proteger a los menores. Por otro lado, el evento escolar no cuestionó la educación sexual que los niños hubieran podido recibir de los padres basada en sus propias convicciones religiosas.

En relación con las clases de educación sexual, los magistrados alemanes consideraron que las lecciones se habían impartido de conformidad con los estándares científicos y educativos. Lo mismo ocurrió con los materiales didácticos utilizados, que introducían delicadamente el tema de la sexualidad al lector, ayudando así a contrarrestar cualquier posible sentimiento de vergüenza. La educación sexual para menores resultaba necesaria con el fin de permitir a los niños tratar críticamente las influencias de la sociedad, en lugar de evitarlas y aislarse. La transmisión neutral de conocimientos sobre reproducción, anticoncepción, etc. en la escuela no impidió a los padres transmitir sus valores morales y religiosos a sus hijos en su casa.

Por lo que respecta al carnaval, las autoridades judiciales consideraron que, dado que no había estado acompañado de ninguna actividad religiosa y que su único propósito había sido que los alumnos pudieran celebrar una fiesta de disfraces, el deber de neutralidad del Estado se había respetado. Además, insisten en que los niños habían tenido la oportunidad de asistir a actividades alternativas (natación o gimnasia), siendo los padres los que decidieron no llevarlos.

La desestimación de sus pretensiones llevó a los demandantes a solicitar el amparo del TEDH, basándolo de nuevo en la presunta vulneración del artículo 2 del Protocolo 1ª al CEDH, pero también de los artículos 8, 9 y 14 CEDH. Sin embargo, tal y como señalábamos en el análisis del caso Kjeldsen, la referencia a la discriminación (art. 14 CEDH) queda fuera del objeto de estudio del presente artículo. En cualquier caso, esta pretensión tampoco fue atendida por el TEDH.

A la hora de afrontar esta cuestión, los magistrados europeos comprobarán si las razones alegadas por el Estado para justificar la restricción del derecho paterno son conformes con las finalidades propias del CEDH.

En este sentido, la Corte Europea parte de las mismas premisas que ya vimos en el caso Kjeldsen, añadiendo otra muy importante, y es que para el TEDH, la educación tiene como objetivos principales, más allá de la pura transmisión de conocimientos, el desarrollo y la formación del carácter y de las habilidades mentales de los alumnos, así como su autonomía personal e integración social. De hecho, la asistencia obligatoria a clase persigue garantizar la integración de los niños en la sociedad con el fin de evitar la aparición de sociedades paralelas motivadas por la religión o la ideología, todo ello en consonancia con la importancia que el propio tribunal da al pluralismo como fundamento básico de cualquier sociedad democrática.

Aplicando dichas premisas al caso concreto, el TEDH llega a las siguientes conclusiones:

En relación con el taller, considera que su finalidad era la de concienciar sobre el peligro de los abusos a los menores, con miras a su prevención, lo cual resulta totalmente legítimo.

Por lo que respecta a las celebraciones de carnaval, el TEDH señala que no fueron acompañadas de ninguna actividad religiosa y que, en cualquier caso, los niños tenían la posibilidad de asistir a eventos alternativos.

En relación con las clases de educación sexual, entiende que las mismas tenían como objetivo principal la transmisión neutral de conocimientos sobre la procreación, la anticoncepción, el embarazo y el parto de conformidad con los

estándares científicos y educativos. Dado que los niños de hoy en día descubren, sin dificultad, información sobre sexo a través de diferentes fuentes, no siendo todas ellas fiables, la educación sexual impartida en las escuelas vendría justificada precisamente por ser el instrumento adecuado para transmitir el conocimiento sobre esta materia de manera más exacta, precisa, objetiva y científica. Ese es el fin último que justifica la asignatura de educación sexual en los colegios, el que los menores puedan acceder a una mayor y, sobre todo, mejor información sobre la vida sexual. Ello les permitirá desarrollar un enfoque autónomo hacia la sexualidad propia y ajena, fomentándose así, además, la tolerancia hacia los otros, independientemente de su orientación e identidad sexual.

Para el TEDH, el modo en que se transmitieron, de ninguna manera puede ser considerado como adoctrinador. En este sentido, entiende que la educación impartida en el colegio no cuestionó la formación sexual que pudieran haber recibido los menores por parte de sus padres basada en sus propias convicciones religiosas. Tampoco considera que los niños fueran influenciados para aprobar o rechazar comportamientos sexuales específicos contrarios a las creencias religiosas de sus padres. Es decir, el Estado siempre mantuvo una actitud neutral en la transmisión de conocimientos.

El TEDH considera que los padres eran libres para educar a sus hijos conforme sus convicciones religiosas, después del colegio y los fines de semana. La asistencia obligatoria a las actividades no les privó de este derecho en ningún momento. Además, la Corte Europea insiste en que los maestros alemanes jamás manifestaron una preferencia por una religión o creencia particular.

El TEDH termina recordándonos que el CEDH no garantiza el derecho a no ser confrontado con opiniones que se oponen a nuestras propias convicciones, pues precisamente ello es el fundamento básico de cualquier sociedad libre, plural y democrática.

VI. CONCLUSIONES.

1. En la legislación internacional, el derecho parental a que los hijos reciban la educación de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas se encuentra limitado por el interés superior del menor.

2. De conformidad con el Derecho Internacional, el interés superior del menor en materia educativa se manifiesta en los objetivos que debe perseguir dicha formación. Tales fines se podrían resumir en el pleno y libre desarrollo de la personalidad del niño, así como en su integración social, a través de la transmisión y asunción, como propios, de todos aquellos valores característicos de una sociedad

plural, libre y democrática, como son, entre otros, la paz, la tolerancia, la igualdad de los sexos y la amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos.

3. El TEDH, siguiendo la pauta marcada por la legislación internacional, también ha situado el interés superior del menor como límite al derecho parental a que los hijos reciban una formación de acuerdo con sus convicciones religiosas o morales.

4. Para el TEDH, el diseño del plan de estudios es competencia de los Estados, formando parte de su margen de apreciación nacional. Ahora bien, dicha educación deberá tener como objetivos principales, más allá de la pura transmisión de conocimientos, el desarrollo y la formación del carácter y de las habilidades mentales de los alumnos, así como su autonomía personal e integración social. De hecho, con la asistencia obligatoria a clase se persigue garantizar la integración de los niños en la sociedad con el fin de evitar la aparición de sociedades paralelas motivadas por la religión o la ideología, todo ello en consonancia con la importancia que el propio TEDH da al pluralismo como fundamento básico de cualquier sociedad democrática.

5. Para el TEDH, el derecho parental a que los hijos reciban una educación de acuerdo con sus propias convicciones no impide que los Estados puedan impartir, a través de la enseñanza, información o conocimientos que, de modo directo o indirecto, puedan tener un reflejo religioso o filosófico. Ni siquiera permite que los padres se opongan a la integración de dicha enseñanza en el currículo escolar, puesto que, de lo contrario, todo sistema institucionalizado de educación correría el riesgo de resultar impracticable. De hecho, parece muy difícil que muchas asignaturas que se imparten en la escuela no tengan, en mayor o menor medida, alguna implicación filosófica o religiosa. El Estado no puede estar pendiente de los deseos de todos los progenitores para diseñar y ejecutar el plan de estudios.

6. Ahora bien, en el cumplimiento de las funciones que asume en materia de educación y enseñanza, el Estado debe cuidar que la información y el conocimiento se transmitan de manera objetiva, crítica y pluralista. El Estado tiene prohibido perseguir un objetivo de adoctrinamiento, pues ello sí que podría considerarse que no respeta las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Ese es el límite que no debe superarse.

7. En relación con la educación sexual, en todos los casos analizados, las demandas ante el TEDH tuvieron un nexo común, y es considerar que la obligatoriedad de la asistencia a las clases suponía un atentado al derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme con sus propias convicciones religiosas.

Sin embargo, el TEDH ha entendido que dicha asistencia obligatoria venía perfectamente justificada por los Estados. Para considerar la misma legítima, necesaria y proporcional, el TEDH ha tenido en cuenta que se daban las siguientes circunstancias:

Las clases tenían como objetivo principal hacer llegar a los menores una información precisa, objetiva y científica sobre el sexo, para intentar evitar tanto los embarazos no deseados, como la transmisión de enfermedades venéreas. Además, a través de las mismas, se pretendía conseguir que los menores fueran capaces de desarrollar un enfoque autónomo, tanto hacia su propia sexualidad, como hacia la ajena. De ese modo, se fomenta no solo el pleno y libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los menores, sino también un espíritu de tolerancia para con los demás, independientemente de su orientación e identidad sexual.

El modo en que se hizo, respetando los estándares científicos y educativos, no puede considerarse como adoctrinador. Los niños tampoco fueron influenciados para posicionarse sobre comportamientos sexuales específicos. El deber de neutralidad del Estado también quedó garantizado, por cuanto la educación impartida en el colegio no cuestionó la formación sexual que pudieran haber recibido los menores por parte de sus padres basada en sus convicciones religiosas. En este sentido, el TEDH nos recuerda que los progenitores eran libres para educar a sus hijos conforme sus propias creencias, después del colegio y los fines de semana. La asistencia obligatoria a estas clases no les privó de este derecho en ningún momento.

8. Como última y más relevante conclusión, cabe señalar que, para la Corte de Estrasburgo, el CEDH no garantiza el derecho a no ser confrontado con opiniones que se oponen a nuestras propias convicciones. Al fin y al cabo, ese es el fundamento básico de cualquier sociedad libre, plural y democrática.

UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS SOBRE LAS PRÁCTICAS DE TATUAJE, MICROPIGMENTACIÓN, PIERCING Y SIMILARES: LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES Y SU INTERÉS SUPERIOR

A PANORAMIC VISION OF AUTONOMIC LAWS ON TATTOO, MICROPIGMENTATION, PIERCING AND SIMILAR PRACTICES: THE PROTECTION OF MINORS AND THEIR TOP INTEREST

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 122-141

Manuel ORTIZ
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: En la materia referida a las prácticas de tatuaje, micropigmentación, piercing y similares nos encontramos ante una situación de disparidad normativa. La misma puede salvarse acudiendo a la aplicación analógica de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Además, hay que anudar la especial consideración que merece el principio de interés superior de los menores, que exige que la interpretación que se ofrezca procure el mayor beneficio de éstos.

PALABRAS CLAVE: Competencias; *piercing*; disparidad; interés superior del menor; analogía.

ABSTRACT: *In the matter of tattooing, micro-pigmentation, piercing and the like we are faced with a situation of normative disparity. It can be saved by going to the analogue application of Law 41/2002 of 14 November. In addition, the special consideration which deserves the principle of best interests of minors, which requires that the interpretation offered, be given to seeking the greatest benefit from children.*

KEY WORDS: *Competencies; piercing; disparity; best interests of the child; analogy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE LAS PRÁCTICAS DE TATUAJE, MICROPIGMENTACIÓN, PIERCING U OTRAS SIMILARES: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES.- III. CUESTIONES COMPETENCIALES: LA SANIDAD Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE Y DE LA NORMATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.- IV. BREVE APUNTE ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD: EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR.- V. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente estudio vamos a analizar la regulación existente en España sobre las prácticas de tatuaje, micropigmentación, *piercing* u otras similares y sus implicaciones en los menores de edad[1]. Con ánimo clarificador, conviene advertir que se llevará a cabo desde dos prismas –que, no obstante, y como se tendrá ocasión de comprobar, se encuentran íntimamente vinculados–. De un lado, nos referiremos a aquellas cuestiones formales, esto es, que afectan al ámbito competencial y a las relaciones entre Estado y comunidades autónomas. En este sentido, interesa señalar que nos encontramos ante una competencia compartida, de tal suerte que las distintas regiones, aludiendo a la materia referida a la sanidad recogida en el art. 43 CE, han aprobado y desarrollado distintas normativas en este sector.

A pesar de ello, no encontramos una ley nacional básica y específica[2] que establezca los contornos mínimos que las disposiciones sectoriales deben cumplir.

1 Hay que tener en cuenta que la determinación de la minoría de edad debemos llevarla a cabo con una interpretación a *sensu contrario,* pues ni la Constitución ni el Código Civil definen tal situación. Estos preceptos señalan el momento en el que se adquiere la mayoría de edad, a saber, cuando se cumplen los dieciocho años. Así, destaca el art. 12 CE que "Los españoles son mayores de edad a los 18 años" y, por su parte, el art. 315 CC indica que "La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento".
Por lo tanto, la minoría de edad "se define formalmente en contraposición a la mayoría de edad". En este sentido, *vid.* Parra Lucán, M. Á. y Arenas García, R.: "Minoría de edad", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física* (coord. por M. C. Gete-Alonso Calera y J. Solé Resina), Aranzadi, Navarra, 2013, p. 583.

2 En este sentido, nada se dispone en el Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, que recoge la regulación de los productos cosméticos, en el Real Decreto 209/2005, de 25 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos, en el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, ni en la Orden SSI/771/2013, del 6 de mayo, sobre productos cosméticos. Tampoco encontramos referencias en el ámbito europeo, pues no

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor ayudante del Área de Derecho Civil de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es.

Si se acometiera esta tarea, entendemos que se armonizaría el ordenamiento jurídico y se evitaría la actual situación de disparidad, inseguridad y desigualdad territorial. Sea como fuere, las únicas normas que se pueden invocar en este campo, con ciertos matices, son la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y 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. Estas disposiciones se refieren a los derechos de los pacientes que se enfrentan a una intervención médica y, por tanto, cabe preguntarse si la realización de las anteriores actividades puede encuadrarse en este tipo de actuaciones. Asimismo, las relaciones que surgen pueden quedar bajo la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios, de tal forma que debemos determinar si las comunidades podrían estar vulnerando una competencia del Estado o si, por el contrario, disponen de facultad para realizarlo.

De otro lado, nos ocuparemos de una serie de disquisiciones que se refieren al Derecho material, es decir, a la propia valoración del contenido de las distintas normativas. Para ello, trataremos de dilucidar si el ordenamiento reconoce a los menores capacidad para consentir el ejercicio de estas actividades sobre su cuerpo[3] o si se precisa de la intervención de sus padres o tutores legales. No se puede perder de vista que dichas intervenciones pueden conllevar ciertos peligros para la salud y se hace necesario ponderar los distintos factores que influyen. Al aproximarnos a cualquier tema relativo a los menores de edad, debemos tener presente que el ordenamiento jurídico ofrece una especial protección a este colectivo. De esta forma, cuando se presente un posible conflicto de intereses, la interpretación que se ofrezca ha de dar prioridad, como fin último, al mayor beneficio de los menores de edad.

II. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE LAS PRÁCTICAS DE TATUAJE, MICROPIGMENTACIÓN, *PIERCING* U OTRAS SIMILARES: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES.

En primer lugar, interesa poner de relieve que todas las comunidades han aprobado normas reguladoras de esta materia, de tal suerte que, en la actualidad, contamos con diecisiete legislaciones distintas[4]. Además, las pautas que se manejan

se incluyen estas cuestiones en la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios, en la Resolución ResAP(2008), sobre los requisitos y criterios de seguridad de tatuajes y maquillaje permanente, ni en el Reglamento (CE) núm. 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre los productos cosméticos.

3 Como se destaca en el estudio de Rodríguez-Pascual, I. y Morales-Marente, E.: "¿Cuántas veces dejamos de ser niños? Un análisis de la representación social de la autonomía infantil", *REIS*, núm. 143, 2013, p. 79, la edad media a partir de la cual un menor decide ponerse un tatuaje o un piercing se estima en unos 16'9 años.

4 No obstante, hay que tener en cuenta que la normativa de Castilla y León, esto es, el Decreto 44/2003, de 15 de abril, por el que se aprueban las condiciones higiénico–sanitarias que han de cumplir los establecimientos dedicados a la práctica del tatuaje, la micropigmentación, el anillado o perforado u otras

en cada territorio, lejos de ser uniformes, son variadas y con marcadas diferencias. En la Comunidad Valenciana disponemos del Decreto 83/2002, de 23 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se establecen las normas que rigen la práctica del tatuaje, la micropigmentación, el *piercing* u otras técnicas similares, así como los requisitos para la autorización y funcionamiento de los establecimientos donde se practican estas técnicas[5]. Como señala el art. 1 del citado Decreto, el mismo "tiene por objeto establecer las normas sanitarias que deben cumplir los establecimientos que se dedican a prácticas de tatuaje, micropigmentación, *piercing* u otras similares, así como las medidas higiénico-sanitarias básicas que deberán observar los profesionales que las realicen, cuyo trabajo se desarrolle en el ámbito de la Comunidad Valenciana y entrañe un contacto directo con los usuarios de sus servicios, con el fin de proteger la salud de los usuarios y trabajadores y específicamente del contagio de enfermedades de transmisión por vía sanguínea". En el ámbito de los menores de edad, indica su art. 9 que "El establecimiento que se dedique a aplicar las referidas técnicas dispondrá de un botiquín con material suficiente para garantizar los primeros auxilios a los usuarios en caso de accidente menor, así como los teléfonos necesarios por si se requieren los servicios sanitarios urgentes". Por su parte, el Capítulo VI de la misma norma recoge una serie de indicaciones tendentes a la protección del menor. A este respecto, el art. 18 destaca que para la realización de *piercing*, tatuajes, escarificaciones o similares a los menores de edad e incapacitados se requiere el consentimiento por escrito de su representante legal. De esta forma, entiende la disposición valenciana que corresponde a este último valorar si el menor posee el suficiente juicio y madurez y, en última instancia, decidir acerca de la realización de la intervención. Además, hace referencia a los menores sin especificar ninguna edad mínima, por lo que no discrimina en este punto. Desde nuestra perspectiva, este aspecto no es acertado, ya que, a pesar de que entendemos que la edad no es el criterio último y que debe conjugarse con otras cuestiones, ofrece cierta seguridad jurídica y permite diferenciar entre los que no poseen madurez suficiente para discernir y aquellos otros que sí la tienen. Sea como fuere, en otras comunidades algunos legisladores han optado por incorporar una regulación similar en este campo. Es el caso de

técnicas similares y la Orden SBS/778/2003, de 9 de junio, por la que se desarrolla el Decreto 44/2003, de 15 de abril, en materia de formación higiénico-sanitaria de los aplicadores de tatuajes, micropigmentación, anillado o perforado (*piercing*) u otras técnicas similares, no señalan nada sobre el consentimiento de los menores de edad. Por tanto, no serán analizadas en el estudio que realicemos.

5 Además, encontramos distintas disposiciones que complementan esta última. Así, *vid*. la Orden de 18 de noviembre de 2002, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula el contenido básico de los cursos de formación higiénico-sanitaria, dirigido a profesionales del cuidado y estética corporal, la Orden de 21 de octubre de 2002, del conseller de Sanidad, por la que se regula el procedimiento de homologación de los cursos de formación higiénico sanitaria destinados a los profesionales del cuidado y estética corporal, la Orden de 27 de noviembre de 2002, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula el contenido básico de los cursos de formación higiénico-sanitaria, dirigido a profesionales del cuidado y estética corporal y la Orden 1/2016, de 12 de abril, de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se regula el contenido básico de los cursos de formación higiénico-sanitaria, dirigido a profesionales que realizan actividades de tatuaje, *piercing* o micropigmentación que no posean el título de Técnico Medio o Superior en Estética y el procedimiento de homologación de cursos de formación.

Aragón[6], Baleares[7], Cantabria[8], Castilla- La Mancha[9], Extremadura[10], Galicia[11], Murcia[12] y Navarra[13].

Por su parte, otras regiones como Andalucía[14], Cataluña[15] o La Rioja[16] fijan la edad mínima para consentir la práctica de estas intervenciones en dieciséis años.

6 En este sentido, nada se dispone acerca de los menores en el Decreto 160/2002, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las normas sanitarias aplicables a los establecimientos de tatuaje o *piercing*. Por lo tanto, debemos acudir al art. 4.1 de la Orden de 12 de enero de 2005, del Departamento de Salud y Consumo, por la que se desarrollan requisitos mínimos que deben cumplir el personal y los establecimientos donde se llevan a cabo actividades de *piercing*, tatuaje y/o micropigmentación.

7 Art. 17 del Decreto 43/2003, de 2 de mayo, por el cual se establecen las normas higiénicas y sanitarias que regulan la práctica del tatuaje, del *piercing* y de otras técnicas similares, y los requisitos de los establecimientos en los cuales se realizan estas prácticas.

8 Hemos incluido esta comunidad en este ámbito porque a pesar de que el art. 12.1 del Decreto 72/2006, de 15 de junio, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias de los establecimientos donde se realizan prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea y otras técnicas similares de arte corporal señala que corresponde a los menores de edad con madurez suficiente, prestar por escrito el consentimiento informado, lo cierto es que más tarde condiciona la acreditación de tal madurez a la presentación de un escrito firmado por su padre, madre o tutor. En iguales términos se manifiesta la Orden San/1/2007, de 4 de enero, por la que se regula el documento del consentimiento informado previsto en el Decreto 72/2006, de 15 de junio, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias de los establecimientos donde se realizan prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea y otras técnicas similares de arte corporal.

9 Art. 12 del Decreto 5/2004 de 27/01/2004 de las condiciones higiénico-sanitarias de los establecimientos donde se realizan prácticas de tatuaje, Micropigmentación, perforación cutánea u otras técnicas similares de arte corporal.

10 Art. 9.2 del Decreto 181/2004, de 30 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos no sanitarios destinados a la práctica del tatuaje, micropigmentación, *piercing* u otras técnicas similares. Además, añade este precepto que, en caso de menores de edad mayores de doce años, sin perjuicio del consentimiento informado de su representante legal, se exigirá el consentimiento previo, vinculante y por escrito del menor.

11 Art. 7 del Decreto 13/2004, de 15 de enero, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones sanitarias mínimas aplicables a las prácticas de tatuajes, micropigmentaciones y *piercing*.

12 Art. 4.2 párrafo 2º del Decreto 17/2003, de 14 de marzo, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias de los establecimientos de tatuaje y de *piercing* de la Región de Murcia.

13 En este caso, no se prevé ningún extremo en el articulado del Decreto Foral 132/2002, de 17 de junio, por el que se establecen las condiciones higiénicosanitarias que han de cumplir los establecimientos no sanitarios en los que se realicen prácticas de tatuaje y/o *piercing*. Para extraer información al respecto, debemos acudir al Anexo II de la Corrección de errores del Decreto Foral 132/2002, de 17 de junio, por el que se establecen las condiciones higiénico-sanitarias que han de cumplir los establecimientos no sanitarios en los que se realicen prácticas de tatuaje y/o *piercing*.

14 Art. 22.1 del Decreto 71/2017, de 13 de junio, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias y técnicas de las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje, micropigmentación y perforación cutánea *piercing*.

15 Art. 6.2 del Decreto 90/2008, de 22 de abril, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micropigmentación y *piercing*, así como los requisitos higiénico-sanitarios que tienen que cumplir los establecimientos donde se realizan estas prácticas. En este sentido, a pesar de que hace referencia a que la madurez suficiente del menor para prestar este consentimiento se acreditará mediante escrito a este efecto del padre, la madre o el tutor o la tutora del mismo, posteriormente destaca que "este requisito de acreditación de la suficiencia de la madurez no será necesario para la aplicación de estas prácticas en adolescentes de más de dieciséis años".

16 Art. 10.3 del Decreto 18/2004, de 5 de marzo, por el que se establecen las condiciones higiénico-sanitarias que cumplir los establecimientos no sanitarios en los que se realizan prácticas de tatuaje, micropigmentación o perforación cutánea (*piercing*). Sin embargo, esta norma añade un matiz relevante, ya que exige que, en el caso los mayores de dieciséis años que sean menores de edad, los padres o tutores sean informados previamente y que conste tal extremo de forma expresa.

Por otro lado, en Asturias[17], Canarias[18] y Madrid[19] se escogió la emancipación como regla para decidir en este sector. En la actualidad, lo cierto es que nuestro ordenamiento requiere la citada edad (esto es, dieciséis años) para proceder a la emancipación y, por tanto, podría pensarse que la conclusión es equivalente a la que hemos mantenido en el supuesto anterior. No obstante, entendemos que es necesario hacer una mención separada porque es posible que un menor no se encuentre emancipado y, sin embargo, sea mayor de dieciséis años. Siguiendo la regla establecida en las comunidades de Asturias, Canarias y Madrid, estos menores de edad no podrían decidir en este ámbito y, sin embargo, en otras regiones como Andalucía, Cataluña o La Rioja sí tendrían capacidad.

En otro orden de cosas, la mayor diferenciación la encontramos en el Decreto 285/2005, de 11 de octubre, de requisitos técnicos y normas higiénico-sanitarias aplicables a los establecimientos en los que se realicen prácticas de tatuaje, micropigmentación y perforación corporal (*piercing*) u otras técnicas similares, del País Vasco. En este sentido, el art. 15.2 de la citada norma permite que los menores consientan sobre estas prácticas siempre que firmen el documento en presencia del aplicador y que presenten una fotocopia de un documento identificativo del representante legal. Quizás, esta regulación recoge una excesiva facultad de los menores de edad y reduce en demasía su protección. No puede perderse de vista que, como se ha tenido ocasión de señalar, estas intervenciones pueden producir ciertos daños y el principio de interés superior exige que se aplique la solución que mayor beneficio genere para los mismos.

III. CUESTIONES COMPETENCIALES: LA SANIDAD Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE Y DE LA NORMATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Para comenzar, hay que poner de relieve que las regiones se han amparado en el art. 148.1 regla 21ª CE para contemplar, en sus regímenes, normativas relativas a este tipo de prácticas[20]. Por su parte, el art. 149.1 regla 16ª CE recoge la

17 Arts. 2 *in fine* y 13 del Decreto 141/2010, de 27 de octubre, por el que aprueba el Reglamento por el que se establecen los requisitos higiénico-sanitarios de las actividades de tatuaje, micropigmentación, perforación u otras técnicas similares de decoración corporal.

18 Art. 4.2 *in fine* del Decreto 154/2004, de 9 de noviembre, que aprueba el Reglamento por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias de la actividad de tatuaje, micropigmentación o perforado corporal (*piercing*)

19 Art. 12 del Decreto 35/2005, de 10 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, Micropigmentación, perforación cutánea (*piercing*) u otras similares de adorno corporal.

20 No obstante, podría debatirse acerca de lo adecuado o no de incluir las cuestiones relativas a la salud en el ámbito de la sanidad. Desde esta perspectiva, surge la cuestión acerca de si estamos ante un derecho de la personalidad y, por tanto, esta materia se encuadra dentro del Derecho civil. Máxime porque, como se verá, nuestro Tribunal Constitucional destacó que el consentimiento informado aparece como una garantía del derecho a la integridad física y moral. En este sentido, *vid.* la STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37).

competencia estatal relativa a la "Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos". Sin embargo, como indicamos anteriormente, el legislador nacional no ha tenido a bien aprobar una ley básica que armonice el actual panorama de dispersión. De este modo, las comunidades disponen de competencia suficiente para desarrollar esta materia y no encuentran, en principio, límite alguno.

No obstante, cabe plantear si es posible aplicar, por analogía, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y 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. Nos vamos a referir únicamente a esta última porque la primera es demasiado escueta y no aporta ninguna cuestión relevante al objeto de estudio. Además, gran parte de su articulado se encuentra derogado. Dicho lo anterior, conviene destacar que la Ley 41/2002 tiene por objeto la "regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica". Como rápidamente se observa, el debate gira entorno a los conceptos de "centro sanitario", "intervención en el ámbito de la sanidad", "paciente" (o "usuario") y "servicio sanitario". En suma, se trata de discernir si, en los supuestos de realización de tatuajes, micropigmentaciones o perforaciones corporales, estamos o no ante una actividad encuadrable en el ámbito de aplicación de la Ley 41/2002. Pues bien, destaca el art. 3 de la citada norma que se entiende por:

"Centro sanitario: el conjunto organizado de profesionales, instalaciones y medios técnicos que realiza actividades y presta servicios para cuidar la salud de los pacientes y usuarios.

Intervención en el ámbito de la sanidad: toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación.

Paciente: la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud.

Servicio sanitario: la unidad asistencial con organización propia, dotada de los recursos técnicos y del personal cualificado para llevar a cabo actividades sanitarias.

Usuario: la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria".

Para mayor información, *vid.* Gómez Abeja, L.: "Consentimiento informado y derechos fundamentales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2011, pp. 275-306.

En una primera aproximación, parece que no es posible incluir las anteriores intervenciones en este campo, ya que la citada norma hace referencia a la curación o mejora de la salud. Sin embargo, tal interpretación también excluiría a la medicina voluntaria, cuestión que se presenta como incorrecta a todas luces. De hecho, las técnicas de tatuaje o de perforación de corporal bien pueden asimilarse a este último tipo de medicina, pues, en algunos casos, las primeras se llevan a cabo con una motivación y finalidad meramente estética. Todo lo anterior no hace más que poner de relieve que, a falta de una norma especial, la Ley 41/2002 se aplica, en todo el territorio, a todos aquellos sectores que afecten a la sanidad (como lo es el referido a las técnicas de tatuaje o de perforación de corporal). De esta suerte, sus mandatos operan como límite directo a las regulaciones autonómicas, debiendo estas últimas respetar lo dispuesto en ley estatal. Así, la función de las legislaciones sectoriales se reduce a complementar o desarrollar lo contemplado en la Ley 41/2002, sin que sea admisible que contradigan o reiteren su contenido -lo primero por constituir una causa de inconstitucionalidad y lo segundo por ser inútil e innecesario[21]-.

Con estas premisas, se hace necesario reparar, siquiera someramente, sobre la regulación contenida en citada la norma nacional. La misma contempla de forma diferenciada dos facultades que, no obstante, se encuentran íntimamente ligadas: de un lado, la información previa y, de otro, el posterior consentimiento. La primera se proyecta sobre la protección del conocimiento, esto es, el derecho todo paciente a saber su estado de salud y, en su caso, los riesgos, consecuencias y contraindicaciones de la operación a la que se le recomiende someterse. Por su parte, el consentimiento supone el reconocimiento del derecho de autodeterminación, es decir, que se permita que el usuario decida, tras ser informado adecuadamente, sobre todas las opciones clínicas posibles. A pesar de ello, como se ha señalado, ambas facultades se encuentran muy vinculadas, ya que no podrá ejercitar su voluntad de forma libre y consciente sin tener todos los datos necesarios. De hecho, la propia formulación del término "consentimiento informado" ya nos pone sobre la pista de que estamos ante un único derecho.

En el ámbito de los menores[22], de una forma muy resumida, podemos destacar que, con carácter general, el ordenamiento les reconoce las facultades de conocer

21 De hecho, podría incluso plantearse si este tipo de política legislativa es inconstitucional. En realidad, no respeta la finalidad última del ejercicio de las competencias, a saber, desarrollar un sistema propio cuando ello venga justificado por las peculiares características del territorio de que se trate.

22 Resulta de gran interés la Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre la asistencia médica al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento, aprobada por la Asamblea General (extraordinaria) los días 13 y 14 de mayo de 2016 (actualizada por la Comisión Permanente del CGCOM). https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/declaracion_ccd_asistencia_al_menor_maduro_situaciones_rechazo.pdf (fecha de última consulta 05.12.2019).
Asimismo, los anexos de la misma describen de una forma muy gráfica el procedimiento a seguir en determinados casos. Son el de Asistencia médica a hijos menores de matrimonios separados. https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/anexo_i_asistencia_medica_a_menores_de_matrimonios_separados.pdf; y el de Asistencia médica a menores en casos de cirugía plástica y/o estética.https://www.cgcom.es/

su estado de salud y de consentir[23], si bien el ejercicio de estos derechos se hace depender de la madurez de los mismos y de su estado intelectual y emocional. En todo caso, la capacidad para decidir se entiende adquirida a los dieciséis años o cuando se trate de un menor emancipado (salvo que se trate de una actuación de grave riesgo para su vida o salud, una vez oída y tenida en cuenta su opinión). Como se deduce de lo anterior, el legislador recurrió a una regla que refleja la capacidad real del menor y, quizás para ofrecer una mayor seguridad jurídica, optó por complementarla con un criterio más objetivo como es la propia edad.

Desde esta perspectiva, entendemos que todas aquellas disposiciones sectoriales que impidan, sin mayores especificidades, que este colectivo pueda decidir sobre estas actividades, estarían contrariando el orden establecido por la Ley 41/2002, así como el propio espíritu de la misma (y, por ende, el régimen constitucional). Tampoco parece que el Decreto del País Vasco sea totalmente respetuoso con estas previsiones, pues no contempla otras pautas a valorar. Por su parte, las comunidades que incorporan el requisito de haber procedido a la emancipación olvidan que la norma nacional permite la disyuntiva antes referida. Por todo ello, creemos que la opción más adecuada es la que incluye la edad de dieciséis años. No obstante, esta última tampoco es la mejor posible ni la más deseable, ya que la Ley 41/2002 faculta a aquellos que, a pesar de no cumplir este requisito, acrediten una madurez suficiente.

En otro orden de cosas, las relaciones que surgen entre los profesionales de este sector y los que demandan sus servicios pueden quedar circunscritas al ámbito de la normativa sobre protección de consumidores y usuarios, esto es, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. No puede obviarse que, en muchos casos, son personas jurídicas las que realizan este tipo de prestaciones. En una primera aproximación, lo cierto es que algunas previsiones de las legislaciones sectoriales pueden afectar a este campo. Por lo tanto, cabe plantearse si la materia referida a la protección de consumidores y usuarios representa una competencia exclusiva del Estado o si, por el contrario, nos movemos ante una competencia compartida. Pues bien, el art. 51 CE emplea el término "poderes públicos" lo que, en principio, invita a aplicar un criterio extensivo en cuanto a los encargados de acometer tal tarea. Además, esta interpretación se refuerza si atendemos a la reciente STC

sites/default/files/u183/anexo_ii_asistencia_medica_a_menores_cirugia_plastica_y_estetica.pdf (fecha de última consulta: 05.12.2019).

23 Asimismo, surgen otras cuestiones relacionadas con los menores de edad que precisan de un adecuado tratamiento. A modo de ejemplo, la legitimación de las los mismos para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre es uno de los desafíos que se presentan. En este sentido, cabe destacar la reciente STC 99/2019, de 18 de julio (EDJ 2019, 663065), ya que ha reconocido los derechos de los menores en este ámbito.

132/2019, de 13 de noviembre[24]. La misma nos recuerda que, a pesar de que el Estado cumpla con su mandato constitucional de protección de los consumidores, de ello no se deriva que estemos ante una competencia exclusiva, ni que "la Ley General estatal deba considerarse en su conjunto básica".

Muy al contrario, "La defensa del consumidor y del usuario nos sitúa (…) ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes". De esta forma, estamos ante una materia de carácter pluridisciplinar que es compartida entre el Estado y las comunidades autónomas[25]. En este sentido, el derecho de consumo no puede encajarse por completo en el Derecho privado, ya que "constituye per se un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos jurídicos cuya finalidad es garantizar al consumidor frente al empresario una posición de equilibrio en el mercado en todas aquellas relaciones jurídicas y negociales en la que sea destinatario final de los bienes y servicios".

Sea como fuere, a pesar de la autonomía que ha adquirido este derecho de consumo, parte de su contenido es de naturaleza civil. Por lo tanto, desde el punto de vista del Derecho civil y foral, debemos analizar si la comunidad concreta posee una tradición jurídica sobre el consumo y la defensa de los usuarios para determinar, en el caso, si tal regulación está habilitada constitucionalmente. No obstante todo lo anterior, la posible aplicación de esta normativa dependerá, en última instancia, de la condición de persona jurídica del profesional.

IV. BREVE APUNTE ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD: EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR.

En primer lugar, tenemos que poner de manifiesto que nuestro ordenamiento prevé, como primera medida tuitiva de los menores de edad, una limitación de capacidad para evitar que estos puedan ver dañados sus legítimos intereses. Sin embargo, esta regla se ha visto excepcionada en múltiples ámbitos. De esta suerte, hemos acudido a una progresiva atribución de derechos y facultades en favor de

24 STC 132/2019, de 13 de noviembre (EDJ 2019, 731336).

25 En cualquier caso, se trata de una materia que las comunidades pueden ejercitar con ciertos límites. En este sentido, en la Providencia de 10 de diciembre (EDL 2019, 39185) el Pleno del Tribunal Constitucional, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 6835-2019, promovido por el Presidente del Gobierno representado por el Abogado del Estado, contra los arts. 13, letra d); 17.2; 28.6 y 29 de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura. Sin duda, se trata de una ocasión inmejorable para que el Tribunal Constitucional establezca los contornos de esta competencia y las limitaciones del legislador sectorial.

este colectivo, permitiéndoles intervenir en el mundo jurídico. Así lo ha puesto de relieve la doctrina[26] al señalar que se ha producido un reconocimiento de diversos campos de actuación de los menores que exige que se respete, salvo que demuestre lo contrario, su voluntad y autonomía. Dicho ello, conviene destacar que este fenómeno no ha ido siempre acompañado de la correlativa asunción de responsabilidad, ya que se ha entendido que los representantes del menor son los encargados de resarcir los perjuicios causados. A todo lo anterior hay que anudar que, como muy acertadamente destaca López Sánchez[27], el principio de la inmunidad familiar ha sido superado "tanto con el abandono del argumento que proclamaba la necesidad de mantener la paz familiar, como con el convencimiento de que las sanciones penales o las específicas del Derecho de familia no resultan suficientes en todos los casos". Por lo tanto, también cuando los menores de edad sufren algún tipo de daño es posible que los progenitores sean declarados culpables.

Por otro lado, en este ámbito merece especial consideración el principio del interés superior del menor[28] *–favor filii–*. El mismo viene a implicar, en definitiva, que a la hora de tomar una decisión se ha de adoptar aquella que conlleve un mayor respeto a la promoción y respeto de sus derechos. De esta forma, se trata de conseguir que el menor pueda desarrollarse adecuadamente, teniendo una vida digna y con el mayor bienestar posible[29]. Si nos adentramos en esta materia, encontramos distintos instrumentos que aluden a este principio[30]. En

26 En este sentido, *vid.* López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor,* Dykinson, Madrid, 2001, pp. 239-241; "Los menores y las dietas alimentícias. Posibles responsabilidades", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, vol. I, núm. 4, 2019, pp. 127-138.
Igualmente, en el ámbito de los menores resultan muy interesantes las reflexiones adoptadas en Moreno Martínez, J. A.: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996; "Acoso escolar: examen del fenómeno y su amparo legal: Especial consideración de la reparación del daño", en AA.VV.: *Sobre la responsabilidad civil y su prueba: Ponencias VII Congreso Nacional* (coord. por M. J. Herrador Guardia y L. F. Reglero Campos), 2007, p. 533.

27 En este sentido, *vid.* "La responsabilidad de los padres por daños a sus hijos menores en casos de alimentación inadecuada", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 10 *bis*, 2019, p. 88.

28 En puridad, aunque se hable de principio, dicha consideración debe entenderse como una mera licencia del lenguaje, pues el mismo tiene una triple perspectiva. Por un lado, es un derecho de los menores, de tal forma que, a la hora de tomar decisiones que les puedan afectar, siempre deberá primarse el mismo al valorar los intereses en juego. Por otro lado, supone un principio informador de todo el ordenamiento que obliga a interpretar las diferentes normas jurídicas optando, preferentemente, por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor. Por último, representa una verdadera norma de procedimiento en tanto en cuanto obliga a que el proceso incluya una estimación de las posibles repercusiones de la toma de decisión en los intereses de los niños. Para más información, *vid.* Oliva Blázquez, F.: "El menor maduro ante el Derecho", *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.

29 Estas cuestiones pueden estudiarse, de un modo mucho más completo, en Pérez Ureña, A. A.: "El interés del menor y la custodia compartida", *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación,* núm. 26, 2005, pp. 275-278; De Torres Perea, J. M.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.

30 En este sentido, encontramos varios instrumentos normativos de carácter internacional que aluden a este interés superior del menor como la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países) o la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre

nuestro ordenamiento, se ha destacado por parte de la doctrina que, a pesar de no incluirse de forma directa, puede entenderse reconocido en el art. 39.4 CE[31]. Asimismo, el Código civil también hace referencia a este interés superior en diversos preceptos (como, por ejemplo, el art. 92.8 CC).

Sin embargo, el reconocimiento expreso más relevante lo encontramos en 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. En efecto, el art. 2.1 de la citada norma destaca que "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". De esta forma, establece el interés del menor como valor primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan. A este respecto, prevé que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se deben interpretar de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en favor de su interés superior.

Como se observa, estamos ante un concepto jurídico indeterminado[32] que opera como una suerte de garantía general que ha de inspirar tanto la acción de los poderes públicos como la propia interpretación del ordenamiento jurídico. En este sentido, destacan Algarra Prats y Barceló Doménech[33] que "El interés del

de 1989. Por su parte, en el ámbito europeo también se ha recogido el interés del menor en algunos instrumentos como el Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia de 20 de mayo de 1980, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, o el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. De hecho, el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa recogía esta cuestión en su art. II-84.

31 En este sentido, Zaera Navarrete, J. I.: "La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 800, destaca que "La Convención de Derechos del Niño, declara en su art. 3.1 que "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 la que se atenderá será el interés superior del niño", y en la medida que nuestra Constitución reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos —de forma especial la referida Convención— el principio del interés superior del menor adquiere rango constitucional en su art. 39.4".
Igualmente, *vid.* De Palma Del Teso, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados,* Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006, pp. 77-134.

32 En este sentido, Quinzá Alegre, A.: "Ley valenciana de custodia compartida. Hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, fasc. 1, núm. 60, 2015, p. 153 pone de relieve que "No hay que olvidar que el interés superior del menor es un concepto jurídico de difícil delimitación, un tanto impreciso que no puede aplicarse de manera sistemática y que irá siempre en función de las circunstancias del caso concreto".

33 *Vid.* Algarra Prats, E. y Barceló Doménech, J.: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 2, 2015, p. 793.

menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado. El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Por ello, una vez planteado un determinado conflicto que afecte al menor, en primer lugar, procederá concretar cuál será el bien del niño en dicho supuesto concreto. El interés superior del menor prevalece sobre cualquier otro concurrente y, en consecuencia, constituye el centro de gravedad de la mediación familiar que se esté llevando a cabo".

No obstante, para tratar de salvar la indeterminación y el carácter abstracto del concepto la citada Ley Orgánica 1/1996 incluyó una serie de "criterios generales" (art. 2.2) para interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor y unos "elementos generales" (art. 2.3) para ponderar los anteriores criterios. En la aplicación de estos últimos, uno de los extremos fundamentales es la edad y la madurez del menor y la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. Por lo tanto, el dato de la edad –que puede resultar excesivamente relativo en ciertos casos– debe conjugarse con la real capacidad –madurez– del menor. Además, no se puede obviar que todas las medidas que afecten al menor tendrán que adoptarse respetando "Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente". Asimismo, tanto la doctrina constitucional[34] como la jurisprudencia[35] se han hecho eco de este extremo. En este sentido, el Tribunal Supremo ha tratado de establecer una serie de reglas para valorar el interés del menor, como se observa en la STS 8 octubre 2009[36] -pautas estas reiteradas en otras sentencias posteriores como la STS 10 enero 2012[37]-.

Todo lo visto hasta el momento, nos obliga a pivotar entre dos opuestos. Por un lado, aquella posición que aboga por respetar siempre y en todo caso las decisiones de los menores de edad, con independencia de las consecuencias que ello implique. Por otro, la que pretendiendo proteger en exceso los derechos de este colectivo, impone las opiniones de las personas o instituciones que los tengan a su cargo. Desde nuestra perspectiva, debe optarse por una vía intermedia en la que prevalezcan el "sentido común" y la lógica tan denostados como necesarios en el ámbito jurídico. En este sentido, tenemos que partir del respeto a la autonomía

34 En este sentido, *vid.,* entre otras, las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre (EDJ 2002, 53169), 71/2004, de 19 de abril (EDJ 2004, 23364), 176/2008, de 22 de diciembre (EDJ 2008, 253070) o 185/2012, de 17 de octubre (EDJ 2012, 224014). Asimismo, más recientemente también se han pronunciado en estos términos las SSTC 577/2018, de 5 de julio (EDJ 2018, 526198) y 64/2019, de 9 de mayo (EDJ 2019, 574535).

35 En este sentido, *vid.,* entre otras, las SSTS 27 marzo 2001 (EDJ 2001, 5525), 10 enero 2012 (EDJ 2012, 15742), 14 julio 2015 (EDJ 2015, 136051) o 15 diciembre 2017 (EDJ 2017, 262639).

36 STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009, 234619).

37 STS 10 enero 2012 (EDJ 2012, 15742).

de los menores, siendo los mismos los titulares de los derechos a la información y al posterior consentimiento. Sin embargo, habrá ocasiones en las que, como se verá, se deberá informar a los representantes de los menores y serán estos quienes otorguen o no el consentimiento. Así, hay que tener muy presente que, si bien la autonomía de la voluntad es un derecho fundamental y necesario, no lo es menos la propia vida e integridad del menor. Sin este último, ningún otro derecho habrá que proteger, pues, sencillamente, no existirá persona.

Conectando con lo anterior, consideramos que no es adecuado tratar a los mismos como personas con la capacidad judicialmente modificada, sino como sujetos potencialmente aptos a los que el ordenamiento limita su capacidad para protegerles. Por lo tanto, si bien no tienen capacidad de obrar plena[38] y, por su necesidad de tutela, se les nombra un representante legal –ya sean los padres en caso de patria potestad o un tutor en defecto de los primeros–, ello no impide que, atendiendo a su capacidad natural (de conocimiento y voluntad) y a su edad, se les reconozcan ciertas facultades. Asimismo, como es sabido, los menores mayores de 16 años pueden estar emancipados, lo que supone una salida irrevocable del hijo de la patria potestad[39]. Esta situación conlleva una etapa intermedia entre la minoría y la mayoría de edad, en la que su capacidad (art. 323 CC) es casi equivalente a la del mayor de edad, con algunas excepciones, pues en algunos casos se precisa el consentimiento de sus padres o curador[40] (como señala el art. 324 CC en relación con el menor emancipado casado).

En el campo de la práctica de tatuajes o perforaciones en el cuerpo, entendemos que este principio exige que apliquemos cierta prudencia. Desde

38 En este sentido, destaca la doctrina que el menor "no tiene una capacidad de obrar plena o, en otros términos, que tiene una capacidad de obrar limitada, que se irá ampliando de modo gradual (se trata, por tanto, de una capacidad dinámica). De esta suerte, las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se irán removiendo progresivamente en atención a alguno de los criterios que se siguen". *Vid.* Cadenas Osuna, D.: "El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el *common law*", *Anuario de Derecho Civil,* tomo LXXI, fasc. III, 2018, p. 794.
Asimismo, cabe señalar que, si bien los menores gozan de capacidad jurídica, esto es, de la "aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones", carecen de "la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos", en suma, de capacidad de obrar plena. *Vid.* Sánchez Hernández, C.: "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad" en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. Cabanillas Sánchez *et al.*), tomo I, Civitas, Madrid, 2003, p. 956.

39 Además, existen determinadas situaciones denominadas "mayorías de edad especiales". Como destaca la doctrina, en tales escenarios "a diferencia de lo que ocurre cuando el sujeto cumple los dieciocho años, no se produce en tales supuestos "especiales" la extinción de la patria potestad o tutela a la que estuviera sometido el menor, ni se le reconoce una plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico, sino que únicamente (aunque no es baladí) se le presume *iuris tantum* la capacidad para realizar ciertos actos jurídicos, consecuencia ésta que se deriva también cuando el sujeto cumple la edad fijada en los artículos 12 CE y 315 CC, si bien en este último caso la presunción *iuris tantum* de capacidad se extiende a la realización de cualquier acto jurídico". *Vid.* Sánchez Hernández, C.: "Capacidad natural", cit., p.793.

40 Lo que viene a suponer que, en caso de padres, su posición será similar a la de curador, pues complementan la capacidad del emancipado para ciertos actos. Así, la situación de patria potestad sería equivalente a la de tutor y tras la emancipación y, por tanto, la salida de la patria potestad, el contexto se asemejaría al de un curador, estando vinculadas las limitaciones de capacidad, básicamente, al ámbito patrimonial –como en la curaduría–.

nuestra perspectiva, no es adecuado que se precise siempre y en todo caso la intervención de los progenitores. Máxime porque la ya citada STC 37/2011, de 28 de marzo[41], señaló que las intervenciones en el ámbito de la salud pueden afectar al derecho a la integridad física y moral. De esta suerte, el ejercicio del consentimiento informado aparece como una garantía de este último y merece ser respetado y protegido. Además, pueden verse implicados otros derechos fundamentales igualmente relevantes. No obstante, tampoco debe obviarse que estas actividades pueden conllevar ciertos riesgos y daños[42] (derivados de la propia tinta o de infecciones) con unos efectos muy perjudiciales para los menores. Por tanto, sin ánimo de establecer conclusiones generales (ya que se debe atender *ad casum*), creemos que la solución pasa por conjugar varios criterios. De un lado, la capacidad real del menor y su madurez, atendiendo a sus posibilidades de discernimiento. De otro, la edad del mismo, ya que ofrece cierta seguridad jurídica. En este sentido, como prevé la Ley 41/2002, quizás los dieciséis años aparecen como una regla razonable y que representa, en la mayoría de supuestos, un escenario en el que el menor posee suficientes facultades intelectuales y psicológicas. Así, puede observarse cómo los dos prismas a los que hacíamos referencia se encuentran ligados.

V. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

Del análisis que hemos llevado a cabo podemos extraer varias ideas. En primer lugar, que las distintas normativas autonómicas recogen criterios dispares en el ámbito de la práctica de tatuajes, micropigmentaciones, perforaciones y técnicas similares. Desde esta perspectiva, nueve legislaciones sectoriales (entre las que se incluye la valenciana) optaron por la referencia genérica a la minoría de edad para prohibir el consentimiento. Por su parte, en tres territorios se aplica la regla de la emancipación y en otras tres por los dieciséis años. Asimismo, Castilla y León no incorpora esta problemática en su ordenamiento y el País Vasco aparece como la autonomía más particular. En este sentido, en esta última se prevé la posibilidad de que cualquier menor pueda decidir en este sentido siempre que firme el documento en presencia del aplicador y presente una fotocopia del DNI de su representante legal.

41 STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37).

42 Para más información sobre algunos de estos riesgos, *vid.* Fornes, B., Díez, P. y Sierra, C.: "Complicaciones y cuidados de los piercings y los tatuajes", *Enfermería dermatológica,* núm. 13-14, 2011, pp. 22-28; Onís González, E., Salmón Antón, F., Hilario Rodríguez, E. y Ratón Nieto, J. A.: "Sensibilización alérgica por tatuajes de henna; a propósito de tres casos", *Boletín de la Sociedad Vasco-Navarra de pediatría (Euskal Herriko Pediatria Elkartearen aldizkaria),* núm. 106, 2005, pp. 41-44; Ortiz Salvador, J. M. y Esteve Martínez, A.; Subiabre Ferrer, D., Victoria Martínez, A. M., De la Cuadra Ovanguren, J. y Zaragoza Ninet, V.: "Dermatitis alérgica de contacto a paranilendiamina por tatuajes con henna en población pedriática", *Anales de Pediatría,* vol. 86, núm. 3, 2017, pp. 122-126.
Además, los tatuajes tienen, en algunos casos, otras connotaciones negativas para los menores. Así, *vid.* Nateras Domínguez, A.: "Violencia simbólica y significación de los cuerpos: tatuajes en jóvenes", *Revista Temas Sociológicos,* núm. 11, 2006, pp. 71-101.

Figura 1: Sector circular donde se muestran los distintos criterios escogidos por los legisladores autonómicos

En cuanto a los títulos competenciales, nos encontramos ante una materia compartida. En este sentido, el 148.1 regla 21ª CE incluye la sanidad entre los temas que pueden asumir las comunidades autónomas. Por su parte, a pesar de que el art. 149.1 regla 16ª CE recoge la competencia estatal relativa al establecimiento de unas bases en este sector, lo cierto es que nos encontramos ante una inactividad del legislador nacional. Sin embargo, puede plantearse la aplicación analógica 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. Así, entendemos que las relaciones que surgen entre los profesionales y los demandantes de estos servicios quedan bajo el amparo de esta norma y que, por tanto, supone un limite directo para las comunidades. De esta forma, deben respetar los mandatos de esta ley, pudiendo desarrollar y complementar sus previsiones. Igualmente, también puede esgrimirse en este sector la normativa sobre consumidores y usuarios, por lo que cabe estudiar la posibilidad de que las autonomías regulen cuestiones que afectar a esta última y las limitaciones que encuentran en esta tarea.

Por último, entendemos que el principio del interés superior del menor exige que llevemos a cabo una interpretación que pondere y armonice adecuadamente su mayor beneficio. Para lograr tal cometido, debemos tratar de aunar dos extremos: de un lado, el respeto de la autonomía de los menores y, de otro, la necesidad de establecer mecanismos tuitivos de este colectivo. Se trata de actividades que, en suma, pueden producir graves consecuencias para estos últimos y que, por tanto, requieren de unas reglas que aseguren su participación y, al mismo tiempo, la protección de su salud. Por ello, proponemos que se atienda a la capacidad real del menor, caso por caso, analizando su madurez. Asimismo, el recurso a la edad puede favorecer este estudio, ya que ofrece seguridad jurídica y permite establecer ciertos parámetros generales. Desde esta perspectiva, quizás los dieciséis años representan una edad suficiente para decidir en este campo.

BIBLIOGRAFÍA

Algarra Prats, E. y Barceló Doménech, J.: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 2, 2015.

Cadenas Osuna, D.: "El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el *common law*", *Anuario de Derecho Civil,* tomo LXXI, fasc. III, 2018.

De Palma Del Teso, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados,* Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006.

De Torres Perea, J. M.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar,* Iustel, Madrid, 2009.

Fornes, B./Díez, P./Sierra, C.: "Complicaciones y cuidados de los piercings y los tatuajes", *Enfermería dermatológica,* núm. 13-14, 2011.

Gómez Abeja, L.: "Consentimiento informado y derechos fundamentales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2011.

López Sánchez, S.: *La responsabilidad civil del menor,* Dykinson, Madrid, 2001.

López Sánchez, S.: "La responsabilidad de los padres por daños a sus hijos menores en casos de alimentación inadecuada", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 10 *bis*, 2019.

López Sánchez, S.: "Los menores y las dietas alimenticias. Posibles responsabilidades", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, vol. I, núm. 4, 2019.

Moreno Martínez, J. A.: "Acoso escolar: examen del fenómeno y su amparo legal: Especial consideración de la reparación del daño", en AA.VV.: *Sobre la responsabilidad civil y su prueba: Ponencias VII Congreso Nacional* (coord. por M. J. Herrador Guardia y L. F. Reglero Campos), 2007.

Moreno Martínez, J. A.: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

Nateras Domínguez, A.: "Violencia simbólica y significación de los cuerpos: tatuajes en jóvenes", *Revista Temas Sociológicos,* núm. 11, 2006.

Oliva Blázquez, F.: "El menor maduro ante el Derecho", *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014.

Onís González, E., Salmón Antón, F., Hilario Rodríguez, E. y Ratón Nieto, J. A.: "Sensibilización alérgica por tatuajes de henna; a propósito de tres casos", *Boletín de la Sociedad Vasco-Navarra de pediatría (Euskal Herriko Pediatria Elkartearen aldizkaria),* núm. 106, 2005.

Ortiz Salvador, J. M., Esteve Martínez, A., Subiabre Ferrer, D., Victoria Martínez, A. M., De la Cuadra Ovanguren, J. y Zaragoza Ninet, V.: "Dermatitis alérgixa de contacto a paranilendiamina por tatuajes con henna en población pedriática", *Anales de Pediatría,* vol. 86, núm. 3, 2017.

Parra Lucán, M. Á. y Arenas García, R.: "Minoría de edad", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física* (coord. por M. C. Gete-Alonso Calera y J. Solé Resina), Aranzadi, Navarra, 2013.

Pérez Ureña, A. A.: "El interés del menor y la custodia compartida", *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación,* núm. 26, 2005.

Quinzá Alegre, A.: "Ley valenciana de custodia compartida. Hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmic*s, fasc. 1, núm. 60, 2015.

Rodríguez-Pascual, I. y Morales-Marente, E.: "¿Cuántas veces dejamos de ser niños? Un análisis de la representación social de la autonomía infantil", *REIS,* núm. 143, 2013.

Sánchez Hernández, C.: "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. Cabanillas Sánchez *et al.*), tomo I, Civitas, Madrid, 2003.

Zaera Navarrete, J. I.: "La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

LA EVOLUCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR DE EDAD Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

EVOLUTION OF THE MINOR'S RELIGIOUS FREEDOM AND ITS IMPACT ON THE HEALTH

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 142-161

Víctor
MORENO
SOLER

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El presente trabajo analiza la problemática del ejercicio del derecho de libertad religiosa de los menores de edad en el ámbito sanitario.

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa; menor de edad; ámbito sanitario; conflictos.

ABSTRACT: *The present paper analyses the problematic of the exercise of the religious freedom's right of minors in the sanitary field.*

KEY WORDS: *Religious freedom; minor; sanitary field; conflicts.*

SUMARIO.- I. EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.- II. LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS MENORES DE EDAD.- III. CONFLICTOS EN SU EJERCICIO EN EL ÁMBITO SANITARIO.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Asistimos a un escenario caracterizado por un interés creciente en los derechos de los menores de edad[1]. Sin embargo, esta preocupación es relativamente reciente, y nos resulta conveniente reseñar que en nuestra propia cultura la consideración que se le otorgaba al menor de edad era bien distinta. Éste, lejos de ser susceptible de protección jurídica, tenía la consideración de un mero objeto de la propiedad estatal o paterna, caracterizado por un estado de imperfección del que sólo se salía con el transcurso del tiempo, y únicamente podía estar suavizado por un deber ético-religioso de piedad[2].

El proceso de "codificación" de los derechos del niño[3] se inició en el siglo XX. En primer lugar, la Comunidad Internacional mediante la Sociedad de Naciones, reunida en la ciudad de Ginebra, aprobó el 26 de diciembre de 1924 la "Carta de Derechos del Niño"[4]. Años más tarde, tras la otra gran guerra, en noviembre de 1959, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 1386 (XIV) aprobaría la "Declaración de los Derechos del Niño".

1 Huelga decir que este interés ha llegado a conseguir el consenso de todas las fuerzas políticas presentes en el Congreso de los Diputados el 18 de diciembre de 2018, cuando se aprobó la Proposición no de Ley relativa a un Pacto de Estado por la Infancia (núm. expte. 162/000872). No obstante, este consenso no se ha materializado todavía en la aprobación de alguna norma, aunque sí que haya habido intentos.
En el ámbito autonómico, destacamos en la Comunidad Valencia la aprobación de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia. [2018/12057].

2 Aláez Corral, B.: *Minoría de edad y Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

3 Utilizamos indistintamente el término "menor" y "niño", aunque en este caso, optamos por "niño" en consonancia con las declaraciones de derechos de 1924 y 1959.

4 Es un texto breve pero que resulta pionero en reconocer que los niños deben ser objeto de atención especial. Así, en sus cinco arts. reconocía necesidades fundamentales de los niños entre otros: su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y protección, aunque sin fuerza vinculante para los Estados. No obstante, supuso la primera expresión de la toma de conciencia individual y colectiva del reconocimiento de la existencia de derechos específicos de los niños, así como de la responsabilidad de los adultos hacia ellos. Especialmente, de la familia y la sociedad en general.

• Víctor Moreno Soler
Graduado en Derecho y Máster en Abogacía por la Universitat de València. Correo electrónico: victor@morenosoler.com

Sin perjuicio de la relevancia que pudieran tener los textos internacionales anteriormente mencionados, hemos de reconocer el instrumento normativo más eficaz en el nivel internacional promulgado hasta la fecha[5] es la "Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" (en adelante, la Convención)[6], considerada como la Constitución para los derechos de los niños.

La razón de su relevancia se debe, en primer término, a su fuerza vinculante, ya que hasta entonces únicamente existían declaraciones, con una serie de principios y normas pero que no preveían instrumentos para garantizar su implementación. En este caso, la propia Convención configura un órgano – el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) - para hacer seguimiento y evaluar el cumplimiento de ésta por parte de los Estados. Por otra parte, los distintos Estados han de presentar informes al Comité cada cinco años, describiendo las medidas que han adoptado para hacer que se cumplan sus derechos[7].

En segundo lugar, no debemos obviar el amplio consenso que ha conseguido, tras años de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, líderes religiosos, ONGs y otras instituciones; el resultado final ha sido la aceptación por parte de la totalidad de países del mundo, con la única excepción de Estados Unidos[8]. De este modo, se convierte en el tratado internacional sobre derechos humanos más ratificado de la historia.

Los cuatro pilares sobre los que se fundamenta la Convención son la no discriminación, la primacía del interés superior de menor, la garantía de la supervivencia y el pleno desarrollo, y la participación infantil. Cuenta con 54 arts. y tres protocolos facultativos, relativos a la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil, y la participación de los niños en los conflictos armados y el procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño.

En último término, la notoriedad se debe al contenido de la Convención. Ésta, recogiendo algunas ideas ya manifestadas en textos anteriores, reconoce la vulnerabilidad de los niños, el derecho a cuidados y asistencia especial y su

5 Aunque ello no impida tener que mencionar también el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" de 1966 (art. 24 en su apartado 1º), el "Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales" de ese mismo año (art. 10 en su párrafo 3º). Y, en el ámbito europeo, la "Carta europea de los Derechos del Niño" de 1992 (Resolución del Parlamento Europeo A3-0l 72/92, de 8 de julio de 1992).

6 La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
La Convención se convirtió en Ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países. Entre los países firmantes se encontraba España, que la ratificó el 30 de noviembre de 1990 (*BOE* de 31 de diciembre de 1990), entrando en vigor el 5 de enero de 1991.

7 Ello convierte a la Convención en el instrumento internacional de mayor envergadura en la defensa de los derechos de los niños. *Cfr.* Alvárez Vélez, M.ª I.: L*a política de protección de menores en el ámbito internacional,* en Rodríguez Torrente, J. (ed.)*: El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, pp. 175-178.

8 Los últimos países en ratificar la Convención fueron Somalia y Sudán del Sur, ambos en 2015.

capacidad para participar en la toma de decisiones en aquellos asuntos que afecten a su persona. Por otro lado, reconoce también en su Preámbulo a la familia como "grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar", por lo que no es de extrañar que luego tengan una responsabilidad primordial en el articulado. Por último, implementa una nueva concepción del estatuto jurídico del niño en el orden internacional, conforme a la cual se entiende que éstos dejan de ser considerados únicamente como seres humanos a proteger, para reconocerles que son también sujetos titulares de derechos y libertades[9], que les faculta para intervenir, de manera progresiva y en consonancia con la evolución y desarrollo de sus facultades, en aquellos asuntos que les afecten directamente[10].

II. LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS MENORES DE EDAD.

1. Cuestiones generales.

En primer lugar, conviene resaltar que hemos de acudir a la Constitución republicana de 1931 para encontrar por primera vez recogida una protección jurídica del menor, una serie de deberes que se imponían a los padres[11]. Además, también se preveía una obligación del Estado de prestar la correspondiente atención a la infancia, conforme a la Declaración de Ginebra de 1924[12].

En la actualidad, la Constitución Española de 1978 contempla expresamente en varios arts. a la infancia. Pero, en ninguno de ellos se refiere al "menor de edad", sino que utiliza los términos de "infancia", "niño" y "juventud"[13]. No obstante,

9 Ravetllat Ballesté, I.: "La protección a la infancia en la legislación española. especial incidencia en los malos tratos", *Revista de Derecho Universidad Educación a Distancia*, núm. 2, 2007, p. 80.

10 Carmona Luque, M.R.: "La no discriminación como principio rector de los derechos del niño", en *Curso de derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 4, Universidad del País Vasco, 2003, p.175.

11 El art. 43.2 de la Constitución de 1931 contemplaba: "Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución".

12 El art. 43.6 de la misma Constitución establecía que: "El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya «la Declaración de Ginebra» o tabla de derechos del niño".

13 Respecto a esta cuestión terminológica, ha advertido Varela García, C.: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios programáticos y normas de conflicto", *Actualidad civil*, 1997, XII, p. 262, "que la sustitución del término técnico jurídico menor por niño y adolescente produce una situación de confusión por el traslado de la filosofía de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (cuyas normas son fundamentalmente reflejo de principios rectores y programáticos) a un contexto técnico de normas de conflicto (como son las del CC). Además, se ha dicho que, si la expresión menor comprende los estadios de la infancia y adolescencia, la expresión niño tiene significado propio", citado en Redondo De Andrés, M.ª J.: "La libertad religiosa del menor", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XX, 2004, pp. 136.
No obstante, otros autores, como Liñan García, Á.: "La protección jurídica del menor: especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia", *Anales de derecho*, núm. 32, 2014, p .3., han criticado que en la normativa internacional "no se precise la diferencia entre niño, joven, adolescente, menor e infancia". De hecho, el hecho de que se lleguen a emplear indistintamente unos y otros términos como si se tratara de sinónimos, podría "generar una gran confusión". El mismo art. 1 de la Convención ya señala que niño es "todo ser humano menor de dieciocho años de edad" y este reconocimiento como individuo independiente no tendría en cuenta que sus necesidades evolucionan al

destacamos el art. 39 de la Carta Magna, donde se establece en su primer párrafo que los poderes públicos garantizan la protección social, económica y jurídica de la familia. Por su parte, en el párrafo segundo, los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos habidos, tanto dentro como fuera del matrimonio, imponiendo a los padres en el párrafo tercero la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Numerosas normas han venido desarrollando el contenido normativo de los preceptos constitucionales. Ahora bien, si hemos de destacar una norma que tenga por objeto la protección del menor, es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), que en su Exposición de Motivos conceptúa a los menores 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"[14].

1. La libertad religiosa del menor de edad.

A) Titularidad del derecho.

Adentrándonos en la materia de la libertad religiosa, podemos afirmar con absoluta rotundidad que los menores de edad son titulares del derecho de libertad religiosa. La Carta Magna, en su imprescindible art. 16, garantiza el derecho a "individuos y comunidades"[15]. Posteriormente, en la Ley Orgánica 5/1980 de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR) que desarrolla su contenido normativo se confirma este criterio, reconociendo tal derecho a "toda persona".

Además, tal y como se establece en el art. 10.2 de nuestra Constitución, los derechos fundamentales se interpretan de conformidad a los tratados internacionales ratificados por España[16]. Por lo que, en este caso, resulta conveniente traer a colación la Convención sobre los Derechos del Niño. En su art. 14.1 obliga a los Estados al respeto del "derecho a la libertad de pensamiento,

compás de su edad y madurez (*cfr.* Alvárez Vélez, M.ª I.: *La protección de los derechos* cit., p.104). Liñán García, Á.: "La protección", cit., p. 3, afirma que esta inconcreción se debe a que se pensó que lo mejor era que cada Estado pudiese establecer diferentes etapas de protección según cuáles fueran sus concretas circunstancias culturales. (…).

14 En la Exposición de Motivos también afirma: "Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos".

15 El art. 16.1 de la Constitución reza así: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley".

16 La LOPJM, en su art. 3, también establece que los menores de edad gozarán de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte.

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 de modo conforme a la evolución de sus facultades".

En el plano interno, la ya mencionada LOPJM, sanciona en su tercer art. toda posible discriminación de los menores (de dieciocho años) por razón de religión. Pero es en su art. 6.1 donde se reconoce a los menores explícitamente el "derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión"[17]. Ahora bien, de nuevo, este reconocimiento no obvia que "los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que se contribuya a su desarrollo integral" (art. 6.3).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional también ha manifestado que "desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral"[18].

B) Ejercicio del derecho.

Admitida la titularidad del derecho, es preciso determinar qué grado de autonomía tiene el menor respecto a su ejercicio[19]. En algunos países tienen reconocida una edad a partir de la cual se presume capaz para ejercer la libertad religiosa[20], sin embargo, en España no existe nada establecido respecto a este extremo.

Resulta conveniente enfatizar que el derecho de libertad religiosa es un derecho básico de la personalidad o derecho personalísimo, que se caracteriza por su inalienabilidad, por ser esencial a la existencia humana y por tener su fundamento en la misma dignidad humana[21]. Lo que sucede es que al menor de edad se le considera incapaz de gobernarse a sí mismo, por lo que la minoría se convierte en un estado civil que implica obediencia y dependencia[22]. Como consecuencia,

17 Naturalmente, al igual que el ejercicio del derecho no es absoluto ni ilimitado en el caso de los adultos, respecto a los menores conoce las mismas limitaciones en el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa, tal y como prevé el art. 6.2 de la LOPJM. Al respecto, véase Bonet Navarro, J. y Landete Casas, J.: "Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005, pp. 1-16.

18 *Vid*. STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5º. En términos muy similares se manifiesta también la STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9º: "El menor es titular del derecho a la libertad religiosa".

19 El principal problema que plantearía la condición de sujeto de derechos fundamentales del menor no sería el de la titularidad, sino el del ejercicio (*cfr.* Asensio Sánchez, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 23-29).

20 De este modo, en Suiza y Portugal son los dieciséis años; en Alemania, Austria e Italia, los catorce; mientras que, en Suecia y Noruega, los quince años (*cfr.* Rodrigo Lara, M. B.: *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid, 2005, pp. 260-264).

21 Redondo De Andrés, M.ª J.: "La libertad religiosa del menor", cit., p. 136.

22 Areces Piñol, M. T.: "Tutela del menor y libertad religiosa", en *Estudios Jurídicos. En homenaje al profesor Vidal Guitarte I*, Castellón-Valencia, 1999, p. 31.

el menor de edad es sometido a patria potestad, por lo que serán sus padres o tutores quienes ejerzan el derecho de libertad religiosa.

Por otro lado, hemos de sostener que, a causa del carácter personalísimo del derecho, la doctrina entiende que cuando los padres ejercen el derecho de libertad religiosa, están ejerciendo un derecho propio[23], pese a que algunos autores consideran que los representantes legales podrían ejercitar los derechos de la personalidad de su representado en determinadas circunstancias[24]. En cualquier caso, el hecho de que ejerzan un derecho propio no implica que el ejercicio del derecho y la facultad de disponer de la libertad religiosa se abandone por completo a los que tengan la patria potestad o la guarda y custodia[25]. Tal y como afirma el Tribunal Constitucional, el ejercicio del derecho se modulará "en función de la madurez del niño y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar"[26].

Por tanto, ante la ausencia de edad a partir de la cual se puede ejercer la libertad religiosa, nuestro ordenamiento jurídico establece la capacidad natural o suficiente madurez como regla básica para que el menor pueda ejercer por sí mismo sus derechos fundamentales[27]. Esta "madurez" hace referencia a "la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado"[28]. Por consiguiente, será necesaria una valoración pericial caso por caso, para determinar si existe o no suficiente madurez[29]. Naturalmente, como reza la Observación General N.º 12 del CDN de Naciones Unidas, "los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración"[30]. Por consiguiente, el menor tendrá madurez suficiente para ejercer el derecho si es capaz de entender y querer el significado de sus actos, incluyendo el riesgo a errar en su decisión, como yerran también los mayores[31].

23 El art. 162.1 CC excluye los derechos fundamentales de la representación (*cfr.* Asensio Sánchez, M. A.: *La patria potestad,* cit., pp. 43-54).

24 Para ello habrían de concurrir dos presupuestos: carencia de capacidad natural suficiente para actuar por sí mismo y que la actuación sea claramente beneficiosa o la pasividad claramente desaconsejable (cfr. García Garnica, M.ª C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en l honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 92).

25 Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 95-123.

26 STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5º.

27 Un sector de la doctrina española es partidario de fijar una edad legal para el ejercicio del derecho, si bien no existe un consenso respecto a la edad que se debiera fijar (*cfr.* Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa", cit., p. 97).

28 Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, p. 8.

29 Alventosa Del Río, J.: "Notas sobre la libertad religiosa del menor", en *Estudios Jurídicos. En homenaje al profesor Vidal Guitarte I*, Castellón-Valencia, 1999, p. 36.

30 Por tanto, no puede compararse la capacidad para realizar un acto de culto que para rechazar un tratamiento por motivos religiosos (*cfr.* Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa", cit., pp. 95-98).

31 *Cfr.* Aláez Corral, B.: *Minoría de edad*, cit., pp.154-155.

III. CONFLICTOS EN SU EJERCICIO EN EL ÁMBITO SANITARIO.

1. Problemática en el ejercicio de la libertad religiosa de los menores.

Resulta evidente afirmar que, si ya en sí el ejercicio de la libertad religiosa puede traer consigo conflictos, éstos se acentúan cuando el sujeto en cuestión no tiene plena madurez intelectiva, emocional o volitiva.

Por otro lado, pueden darse conflictos relacionados con el ámbito sanitario en el seno familiar. En estos conflictos, es adecuado establecer la diferencia en función de si se produce entre padres e hijos o entre los propios progenitores. De este modo, cuando los conflictos sean entre los progenitores, éstos constituirían una colisión en el ejercicio del derecho fundamental de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos del art. 2.1.c) de la LOLR. Por el contrario, no existiría una colisión de derechos cuando los conflictos tengan lugar entre padres e hijos. En este caso, el conflicto jurídico sería diferente en función de la capacidad natural que tengan o no los menores para el ejercicio independiente del derecho a la libertad religiosa[32].

Como hemos puesto de relieve anteriormente, los dos pilares sobre los que se sustenta el estatuto jurídico del menor son la autonomía y la protección.

Respecto a la autonomía, implica que el menor que tenga suficiente juicio pueda "elegir, optar o abrazar libremente aquella religión que desee"[33]. Lógicamente, será precisa su comprobación *ad casum*[34]. La autonomía del menor en el ejercicio de su libertad religiosa, lejos de ser absoluta, conoce limitaciones. El Tribunal Constitucional ha establecido los criterios que pueden limitar la autonomía en el ejercicio de sus derechos: la naturaleza del bien jurídico afectado, el carácter esencial o vital de la decisión, sus consecuencias irreparables o definitivas[35].

Cuando se requiera la intervención de los titulares de la patria potestad, las decisiones que adopten los progenitores habrán de ser tomadas atendiendo al

32 En caso de que el menor tuviese capacidad natural, estaríamos ante un supuesto de extralimitación en el ejercicio de la patria potestad; cuando no la tenga, se trataría de una extralimitación en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por los padres (*cfr.* Asensio Sánchez, M. A.: "Libertad religiosa del menor y relaciones paterno-filiales: conflictos", *REDC*, núm. 72, 2015, pp. 23-25).

33 Mata Rivas, F.: *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, Madrid, 1997, p.103.

34 De hecho, puede haber comportamientos amparados por la libertad religiosa en los que la autonomía del menor sea completa y otros en los que se precisará la tutela o decisión parentales (Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa", cit., p. 100).

35 STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 12º.

interés del menor[36]. Por tanto, el interés superior del menor vendría a ser objeto y, a la vez, límite del ejercicio de los derechos de los padres[37].

2. Conflictos en el ámbito sanitario.

A) Cuestiones generales.

En primer lugar, es necesario resaltar que el principio rector que rige las relaciones clínico-asistenciales es el del consentimiento informado del afectado, que se precisa para cualquier actuación que afecte a su salud.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente (en adelante, Ley 41/2002)[38], en su art. 3 establece la definición del consentimiento informado: "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"[39]. Por tanto, identificamos los tres pilares sobre los que se asienta de la autonomía del paciente o usuario: capacidad, información y voluntariedad. Además, el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento por el paciente, quien tiene derecho a negarse al tratamiento (arts. 2 y 8 de la Ley 41/2002).

El *quid* de la cuestión será determinar la capacidad del menor para la válida emisión del consentimiento. Además, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de estas líneas, la autonomía del menor se consigue no solo mediante el reconocimiento de la titularidad de los derechos, sino que es esencial la capacidad progresiva para ejercerlos en función de las condiciones de madurez[40].

Por otro lado, el menor, además de sujeto de derechos, también es persona en desarrollo o formación. Esta situación de vulnerabilidad temporal justifica la protección que se le ha de garantizar, y que se consagra a través del principio del

36 El art. 154 CC establece: "La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental". El art. 6.3 de la LOPJM, por su parte: "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 otro lado, el art. 14.2 de la Convención establece la obligación de los padres de "guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades".

37 Por un lado, legitimaría la actuación de sus progenitores; por otra, limitaría su ejercicio, de tal forma que los actos realizados por los padres que no sean interés del menor podrían ser considerado como una extralimitación de sus facultades (*cfr.* Asensio Sánchez, M. A.: *La patria potestad,* cit., p. 70).

38 *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

39 Sobre la naturaleza jurídica, elementos y caracteres del consentimiento informado, puede verse Rovira, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007.

40 El principio rector será el desarrollo evolutivo en el ejercicio de los derechos, que implica una capacidad de obrar progresiva para ejercerlos, según la aptitud para entender el significado y alcance del acto que realiza y de sus consecuencias (*cfr.* Santos Morón, M.ª J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000, pp.35-36).

favoris minoris o *interés superior del menor*, que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir[41].

B) El rechazo al tratamiento médico por motivos religiosos.

Como es bien sabido, los Testigos de Jehová rechazan las transfusiones sanguíneas, aun en el caso que ello suponga riesgo para su vida[42]. De este modo, puede haber situaciones en que la no realización de una transfusión de sangre puede conllevar la pérdida de la vida[43]. Son precisamente estos casos, los que más alarma social pueden generar en la sociedad, precisamente por las consecuencias irreparables o definitivas que acarrea la decisión de no aceptar un tratamiento médico.

A modo de ejemplo, conviene poner de manifiesto la distinta respuesta que fue teniendo el caso mencionado anteriormente, que encontró su último fallo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio (en adelante, STC 154/2002)[44]. Tras haber alcanzado el máximo órgano jurisdiccional de nuestro sistema, se otorgaba el amparo a los progenitores por vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa[45], por lo que se anulaba su condena impuesta por el Tribunal Supremo[46]. Cabe destacar que, en un primer momento habían sido

41 De este modo, el art. 2 de la LOPJM: "En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

42 Fundamentan su negativa a recibir transfusiones de sangre en la interpretación de diversos pasajes bíblicos, tales como "Solamente os abstendréis de comer carne con su alma, es decir, su sangre" (Génesis 9:4); "Nadie de entre vosotros... comerá sangre" (Levítico 17:12); "(…) porque la vida de toda carne es la sangre; quien la comiere será exterminado" (Levítico 17:14).
Así, se trata de un serio requisito moral aplicable tanto a la vía oral como a la intravenosa, así como al uso de derivados sanguíneos y sangre que haya sido separada del cuerpo durante un período de tiempo (Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa", cit., pp. 112-123).

43 Así sucedió en el conocido caso de Marcos Alegre Vallés, el niño de 13 años que, tras sufrir una caída con su bicicleta y después del transcurso de varios días sin lesiones de aparente importancia, se detectó que se encontraba en una situación de alto riesgo hemorrágico. Por ello, se requería una transfusión de sangre para neutralizarla. La negativa tanto de los padres como del menor a que se realizase la transfusión, junto a la ausencia de tratamientos alternativos causaron la muerte del menor, tras varios intentos de los padres de llevarle a distintos centros médicos.

44 *BOE* núm. 188, de 7 de agosto de 2002.

45 La Sentencia estimaba que "la exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias" (FJ 15.º). Los padres, pese a que en un primer momento se habían negado a que su hijo recibiese el tratamiento, tras recibir el centro médico la autorización judicial para la transfusión "acataron la decisión del Juzgado, de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus convicciones religiosas" (Antecedente 2.º de la STC 154/2002, de 18 de julio.

46 Habían sido condenados como autores de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión mediante Sentencias, ambas de igual fecha, 27 de junio de 1997, y con igual núm. 950/1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

absueltos[47] por la Audiencia Provincial de Huesca[48], pero que el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación[49], que fue posteriormente admitido.

Meses más tarde de que se publicase la STC 154/2002, se promulgaba la norma nuclear en las relaciones clínico-asistenciales, la ya mencionada Ley 41/2002. Pese a que la problemática quedó resuelta en el caso en que el paciente fuese un adulto[50], dicha ley no ofrecía las mismas certezas respecto a los conflictos que pudieran darse cuando el paciente en cuestión fuera menor de edad. Así, su articulado no parecía establecer con claridad el modo en que se debían resolver las situaciones en que pudiera entrar en colisión el derecho de libertad religiosa y la protección de la vida o salud del menor. Estas situaciones de "de grave riesgo" del art. 9.3 de la Ley 41/2002[51] son precisamente las que no quedaban bien definidas, en concreto, los criterios de aplicación y actuación que se debían tomar en consideración.

De este modo, finalmente el Ministerio Fiscal español se pronunció sobre este tema mediante la adopción de la Circular 1/2012, de 3 de octubre, sobre el Tratamiento Sustantivo y Procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad, en caso de riesgo grave (en adelante Circular 1/2012). Con dicha Circular, se trataba de aportar respuestas ante las lagunas que podían existir con la normativa vigente en aquel momento.

Nos parece oportuno remarcar la relevancia que ha tenido la citada Circular en la configuración del derecho de libertad religiosa en el ámbito de la salud, en concreto, en la negativa de recibir tratamiento médico en situación de grave riesgo para la vida o salud del paciente menor de edad. Y ello no lo afirmamos únicamente por su adopción, que era clarificadora a la hora de establecer los criterios o directrices que habrían de seguir los Fiscales, sino por el impacto

47 Esta Sentencia, según Vidal, E.: "El conflicto entre el derecho a la vida y la libertad en la Jurisprudencia española. A propósito de la Sentencia 196/1996, de la Audiencia Provincial de Huesca", *Revista General de Derecho*, pp. 634-5, julio-agosto 1997, p. 10284 (citado en Redondo De Andrés, M.ª J.: "La libertad religiosa del menor", cit., p. 157), afirmaba "claramente la superioridad del valor libertad que se concreta en la superioridad del derecho de libertad ideológica derivado del art. 16… y, consecuentemente, afirma el principio de disponibilidad de la vida mediante la autodeterminación en la persona plenamente autoconsciente, libre y responsable de un menor de trece años".

48 SAP Huesca 20 noviembre 1996.

49 Recurso de casación núm. 3248/96.

50 Para una mayor profundización en la objeción de conciencia, *Vid*. Escrivá Ivars, J.: "La objeción de conciencia", en AA.VV.: *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1ª ed., Colex, 1997, pp. 293-325. En la materia concreta de las transfusiones de sangre en el caso de personas adultas, *Vid*. Navarro-Valls, R. y Martínez Torrón, J.: *Conflictos entre conciencia y Ley*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 181 y ss.

51 El art. 9.3 establecía así: "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 tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente".

posterior que tuvo en Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[52] (en adelante, Ley 26/2015)[53].

Por tanto, la Circular 1/2012 marcó las pautas que más tarde recogería el legislador para adaptar la Ley 41/2002. De este modo, la Circular 1/2012 planteaba cuatro posibles escenarios en que se aconsejaba la adopción de medidas dirigidas a proteger la vida de los menores en función de su madurez[54]. La preocupación por el interés superior del menor también tuvo repercusiones en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[55].

En nuestra opinión, la Ley 26/2015 demuestra la elección que ha hecho el legislador respecto a los bienes jurídicos que entran en colisión. Claramente, se ha apostado por el proteccionismo de la vida de los menores en aquellos supuestos en los que existe un grave riesgo para la vida o la salud del menor. Entendemos que el fin de la reforma coincide con los planteamientos mayoritarios de la doctrina, favorables a primar la protección de la vida y la infancia sobre el principio de autonomía[56], ya que se podría afirmar que la decisión de no transfundirse trae consigo consecuencias extremas e irreversibles y, en cambio, las creencias que la sustentan no son definitivas y pueden ser objeto de variaciones en un momento posterior[57]. Además, también se establecen comparaciones con la edad mínima para ejercer otros derechos como el voto[58], o con otras exclusiones de la libre voluntad del mayor de dieciséis años, como la práctica de ensayos clínicos y el uso

52 *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2015.

53 Así lo reconoce el mismo Preámbulo de la norma: "La Ley de la Autonomía del Paciente es reformada en la disposición final segunda incorporando los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave".

54 Para una mejor profundización en el estudio del contenido de la Circular 1/2012, *Vid.* Valencia Candalija, R.: "El derecho a decidir sobre la vida y la muerte de otros por motivos religiosos: conflictos entre la religión y el derecho" *Bioderecho.es*, núm. 5, 2017, 10 pp.

55 *BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2015.

56 "Por la relevancia de los bienes jurídicos que están en juego en esa clase de decisiones, sólo haber rebasado la mayor edad constituye garantía suficiente para estimar que el individuo posee la madurez de juicio que hace falta emitir, con conocimiento de causa, un acto de voluntad en materia tan importante" (Navarro Valls, R., Martínez-Torrón, J. y Jusdado, M.A.: "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho Comparado y Derecho Español", en AA.VV: *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en homenaje al prof. Pedro Lombardía*, Madrid, 1999, p. 968).

57 *Cfr.* Valero Heredia, A.: *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, U. de Valencia, 2004, p. 84.

58 Algunos autores ponen de manifiesto que, si un menor no tiene derecho al voto, tampoco debe resultar extraño que no se le permita adoptar decisiones que traen consigo efectos irreparables como la muerte (*cfr.*
Romeo Casabona, C. M.: "Libertad de conciencia y actividad biomédica", en Jordán Villacampa, M.ª L. (dir.): *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Valencia, 2003, p. 107). En términos muy similares también se pone de manifiesto la comparación con el derecho al voto o adoptar otras decisiones de menor calado (*cfr.* De Lora, P. y Gascón, M.: *Bioética. Principios, desafíos, debates, Madrid*, 2008, p. 138).

de técnicas de reproducción humana asistida[59]. Otro ejemplo podría ser el aborto, pese a que ha sufrido modificaciones en los últimos años[60].

Resulta evidente que con esta regulación se consigue mayor seguridad jurídica y se impide que una cuestión tan vital como la protección de la vida, pueda prestarse a interpretaciones que puedan causar alarma social en la población, por la relevancia de los derechos que entran en juego. Sin embargo, también creemos conveniente hacer constar que esta limitación de la autonomía del menor va en la línea contraria a la dirección emprendida hace un tiempo por el legislador, otorgando mayor poder de decisión a los menores de edad en diferentes esferas.

Por otro lado, siguiendo el camino emprendido por el legislador de pretender acabar con lagunas normativas, ofreciendo criterios o directrices que ofrezcan certidumbre y respuestas más claras a los interrogantes que pueden surgir en la práctica, consideramos oportuno completar la reforma de la configuración de los derechos de los menores en el ámbito sanitario, ofreciendo directrices o pautas que puedan seguir los médicos para determinar la capacidad natural o madurez del menor.

Cabe recordar que, conforme al primer supuesto establecido en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, se otorgará el consentimiento por representación "a criterio del médico responsable de la asistencia". Es decir, que el médico es quien determina la capacidad del implicado para tomar decisiones. No obstante, la regulación aplicable no acompaña a este deber del profesional ninguna indicación sobre el modo hacerlo; tampoco en qué momento esta obligación excede de sus competencias y han de ser otras instancias – como las judiciales – las encargadas de determinarlas[61].

59 Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa", cit., pp. 114-116).

60 En un primer momento recibía el mismo tratamiento que la práctica de ensayos clínicos y el uso de técnicas de reproducción humana asistida. Posteriormente, fue modificado por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que en su art. 13 establecía que, en el caso de las menores de edad con la edad de diecisiete y dieciocho años, el consentimiento les correspondía "exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad", contemplando incluso la posibilidad de que sus padres no fueran informados.
Posteriormente, mediante la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, se suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, precisando en su art. 2, que modifica el apartado 5 del art. 9 de la Ley 41/2002, que para llevar a cabo la intervención será necesario "además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales".
Este tema sigue siendo objeto de debate en la doctrina. Como muestra de ello, mencionamos el comentario de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vid.* Martínez-Torrón, J.: "Objeción de conciencia al aborto: un paso atrás en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 53, 2020. También *vid*. Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón, J.: *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, 2ª ed., Iustel y Porrúa, 2012, pp. 141-143. Por otro lado, puede verse el conjunto de trabajos de varios autores en la sección monográfica sobre la objeción de conciencia al aborto de la "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", núm. 23, 2010.

61 Triviño Caballero. R.: "Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos", en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2010, 2010, pp. 1-32.

No nos resultaría extraño que se estableciese algún protocolo o directrices aplicables a los supuestos que pueden generar mayor controversia, ya que ofrecería una mayor claridad en los criterios que toma en consideración el médico. Consideramos que el hecho de que existiesen unos criterios en la norma podría actuar en beneficio del menor, ya que la fundamentación estaría basada en criterios preestablecidos en la misma norma, donde se regula el consentimiento informado y la autonomía del menor. En segundo lugar, podría garantizar de una forma más eficaz que situaciones similares obtuviesen tratamientos similares. En este sentido, podría reducir la posibilidad de trato desigual (entendiéndose éste dentro de circunstancias análogas). No obstante, reconocemos, por otro lado, que la incorporación de un protocolo podría acabar siendo una cuestión más formal que material, ya que actualmente los médicos aplican la *lex artis*.

Por otro lado, el establecimiento por parte del legislador de estas directrices o pautas podría actuar en beneficio del médico. En efecto, el médico podría contar con mayor seguridad a la hora de fundamentar la capacidad natural o madurez del menor, teniendo a su disposición unas reglas básicas que poder utilizar para determinar la capacidad del paciente menor de edad. Ello podría traer consigo una disminución de los conflictos que tienen como origen la determinación de la capacidad natural. En otras palabras, podría minimizar situaciones en las que el médico puede llegar a incurrir en responsabilidad civil y/o penal. Por tanto, la incorporación de estas reglas comunes podría traer un sistema más garantista tanto con el médico, como con el menor de edad y sus familiares.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Cuando llegamos a las líneas finales de nuestro trabajo, es momento de poner énfasis en algunas de las cuestiones que se han ido exponiendo a lo largo del mismo.

En primer lugar, se constata una evolución significativa en la concepción de los derechos de los menores. Mientras tradicionalmente, según una visión paternalista, los menores eran considerados como sujetos pasivos de derecho, ya que solían ejercerlos por ellos sus representantes legales, la relevancia de los menores en el ámbito jurídico ha ido creciendo progresivamente. De este modo, en la actualidad se les considera sujetos titulares de derechos y libertades.

En segundo lugar, el legislador parece haber ido aportando mayor claridad a la hora de establecer los criterios para adoptar soluciones en situaciones de conflictos o tensión entre distintos derechos. En este sentido, parece conveniente resaltar que en la actualidad parece haber mayor predictibilidad en la solución que

el ordenamiento jurídico ofrecería para resolver una situación en la que está en riesgo la vida del menor.

Por otro lado, la dirección escogida por el legislador parece haber sido la mayor protección a la vida del menor (integrada como parte del interés superior del menor). Esta decidida apuesta se produciría a costa de la autonomía del menor y de los derechos de la patria potestad de los padres, cuando la decisión de alguno de ellos implicase el riesgo de la vida del menor.

Por último, advertimos que esta mayor codificación de las situaciones de hecho que pueden darse no ha traído consigo una mayor claridad en los criterios que los médicos han de seguir a la hora de determinar la madurez del menor. Y, como hemos visto, ello resulta de gran interés para conocer la capacidad con que contará el menor para tomar sus propias decisiones. Nos parecería interesante que, ya que el legislador ha optado por una mayor concreción en el resto de las cuestiones de este tema, también estableciese con mayor claridad los criterios a seguir por parte de los sanitarios. De este modo, se ofrecería el mismo grado de certidumbre al menor, sus padres y, como no, a los médicos, de cara a futuras responsabilidades civiles y/o penales.

BIBLIOGRAFÍA

Aláez Corral, B.: *Minoría de edad y Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

Alventosa Del Río, J.: "Notas sobre la libertad religiosa del menor", en *Estudios Jurídicos. En homenaje al profesor Vidal Guitarte I*, Castellón-Valencia, 1999.

Areces Piñol, M. T.: "Tutela del menor y libertad religiosa", en *Estudios Jurídicos. En homenaje al profesor Vidal Guitarte I*, Castellón-Valencia, 1999.

Asensio Sánchez, M. A.: "Libertad religiosa del menor y relaciones paterno-filiales: conflictos", *REDC*, núm. 72, 2015.

Asensio Sánchez, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Madrid, Tecnos, 2006.

Bonet Navarro, J. y Landete Casas, J.: "Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005.

Carmona Luque, M.R.: "La no discriminación como principio rector de los derechos del niño", en *Curso de derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 4, Universidad del País Vasco, 2003.

De Lora, P. y Gascón, M.: *Bioética. Principios, desafíos, debates, Madrid*, 2008.

Escrivá Ivars, J.: "La objeción de conciencia", en AA.VV.: *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1ª ed., COLEX, 1997.

García Garnica, M.ª C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en l honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson-Aranzadi, 2004.

Liñan García, Á.: "La protección jurídica del menor: especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia" *Anales de derecho*, núm. 32, 2014.

Martínez-Torrón, J.: "Objeción de conciencia al aborto: un paso atrás en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 53, 2020.

Mata Rivas, F.: *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, Madrid, 1997.

Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011.

Navarro Valls, R., Martínez-Torrón, J. y Jusdado, M.A.: "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho Comparado y Derecho Español", en AA.VV.: *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en homenaje al prof. Pedro Lombardía*, Madrid, 1999.

Navarro-Valls, R. y Martínez Torrón, J.: *Conflictos entre conciencia y Ley*, Iustel, Madrid, 2011.

Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón, J.: *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, 2ª ed., Iustel y Porrúa, 2012.

Ravetllat Ballesté, I.: "La protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos", *Revista de Derecho Universidad Educación a Distancia*, núm. 2, 2007.

Redondo De Andrés, M.ª J.: "La libertad religiosa del menor", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XX, 2004.

Rodrigo Lara, M. B.: *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid, 2005.

Rodríguez Torrente, J.: *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998.

Romeo Casabona, C. M.: "Libertad de conciencia y actividad biomédica", en Jordán Villacampa, M.ª L. (dir.): *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Valencia, 2003.

Rovira, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007.

Santos Morón, M.ª J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000.

Triviño Caballero. R.: "Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos" *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2010, 2010.

Valencia Candalija, R.: "El derecho a decidir sobre la vida y la muerte de otros por motivos religiosos: conflictos entre la religión y el derecho", *Bioderecho.es*, núm. 5, 2017.

VALERO HEREDIA, A.: *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, U. de Valencia, 2004.

VARELA GARCÍA, C.: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios programáticos y normas de conflicto", *Actualidad civil*, 1997.

VIDAL, E.: "El conflicto entre el derecho a la vida y la libertad en la Jurisprudencia española. A propósito de la Sentencia 196/1996, de la Audiencia Provincial de Huesca", *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1997.

LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL CASO DEL DIVORCIO DE SUS PROGENITORES

THE APPLICATION OF THE SUPERIOR INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE CASE OF THE DIVORCE OF THEIR PARENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 162-193

Eduardo OLIVA GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Cuando en la relación matrimonial surgen las desavenencias entre la pareja, la discusión, la intolerancia, la falta de interés de continuar la vida en común, la terminación de los sentimientos y afectos que mantenían vigente la unión matrimonial, aparece la figura jurídica del divorcio como una solución efectiva y cierta frente a la problemática que vive la pareja. En estas condiciones, el divorcio disuelve la unión matrimonial, sin embargo, la terminación del matrimonio no pone fin a las relaciones familiares, la familia subsiste más allá del divorcio; la disolución no debe afectar las relaciones entre madre y padre con relación a sus hijos –niñas, niños y adolescentes-, por ello, el divorcio no viene solo, le acompañan una serie de efectos y consecuencias jurídicas.

En el presente trabajo se hace la revisión y estudio de las consecuencias jurídicas que provoca el divorcio en relación con los hijos del matrimonio disuelto, en lo específico, en los temas relacionados con la guarda y custodia. Indudablemente el tema es complejo puesto que la disolución del vínculo matrimonial provoca una serie de consecuencias en las relaciones personales entre padres e hijos, la convivencia diaria se fractura y los hijos –niñas, niños y adolescentes- pueden llegar a sufrir un grave distanciamiento con alguno de sus padres y con ello, daños psicoemocionales y sociales. La reglamentación jurídica de la guarda y custodia debe ser atendida siempre bajo una visión de reconocimiento, respeto y protección total a los derechos de niñas, niños y adolescentes; el interés superior de ellos debe ser entendido y aplicado como el principio rector para que sus derechos se mantengan en la mejor de las condiciones ante la separación de sus padres, procurando en todo momento evitar cualquier tipo de afectaciones en su sano desarrollo físico, psicoemocional y social.

PALABRAS CLAVE: Divorcio; guarda y custodia; interés superior del niño.

ABSTRACT: *When a marriage starts going through discussions, fights, intolerance, and a lack of interest in keep sharing a life, with the end of love and mutual affections, divorce appears as an effective and accurate solution before the problems that the couple is facing. Under these circumstances, divorce ends the marriage, but its ending doesn't mean the conclusion of the ongoing family relationship, since family subsists even after divorce. The ending of a marriage shall not affect the relationships that the parents have with their children –girls, boys and teenagers– which is why divorce doesn't come alone, but together with diverse juridical effects and consequences.*

The following paper reviews and studies the juridical consequences that divorce causes regarding the relationship between the children and the now annulled marriage, specifically within the subject of guard and custody of the kids. There is no doubt of the complexity of the subject, since the termination of the marriage entails a series of consequences that directly affect the relationships between parents and children, including the rupture of the former shared living, and the possibility of distancing between the family members, particularly that of the kids with one of their parents, which might result in a psychological, emotional and social damage for the children. Juridical regulation of guard and custody must always be approached under the light of recognition, respect and total protection of the rights of children and adolescents, of whom the superior interest must be understood and applied as the guideline so that their rights stay under the best circumstances in spite of their parents separation, seeking to avoid any sort of affectation to their physical, psychological, emotional or social development.

KEY WORDS: *Divorce; guard and custody; child superior interest.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.- III. EL DIVORCIO.- 1. Concepto.- 2. Efectos jurídicos.- A) Efectos provisionales.- B) Efectos definitivos.- IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO CON RELACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.- 1. La guarda y custodia.- 2. La guarda y custodia monoparental de hecho.- 3. La guarda y custodia monoparental de derecho.- 4. La custodia compartida.- A) Custodia compartida con residencia de los hijos permaneciendo en el mismo domicilio familiar.- B) Custodia compartida con cambio de residencia de los hijos.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

La unión matrimonial genera, indiscutiblemente, una serie de transformaciones, modificaciones y adecuaciones en la forma de ser y en la forma de comportarse del ser humano; en el ámbito jurídico, provoca consecuencias contempladas en la ley que la pareja debe afrontar con respeto y responsabilidad, con madurez y con la disposición continua de preservar el vínculo matrimonial que les une puesto que, indudablemente, se presume que éste se celebró tomando como base los afectos, sentimientos y con la intención de lograr una vida en común.

Los cónyuges en muchos de los casos, por diversidad de razones, sentimientos y emociones, no logran los fines por los que se unieron en matrimonio, provocando con ello, la desunión de la pareja, la intolerancia, la falta de comprensión, el desinterés de la convivencia en común, el desamor, presentándose en tal momento, el divorcio.

El divorcio aparece dentro de este contexto como una solución efectiva a la problemática personal y familiar que viven los cónyuges o, por lo menos, uno de ellos, el divorcio es una de las consecuencias jurídicas del matrimonio, no forzosa pero siempre posible.

En el presente trabajo se hace una revisión sobre los efectos jurídicos que provoca el divorcio, en lo particular, respecto a los efectos entre progenitores –madres/padres- e hijos -niñas, niños y adolescentes– de manera específica, por cuestiones de delimitación de la investigación, en lo que se refiere a la reglamentación jurídica

• Eduardo Oliva Gómez
Doctor en Derecho. Profesor Investigador de Tiempo Completo Titular B, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, actualmente al frente de la Dirección de la misma, de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI-I. Correo electrónico: macalae2000@yahoo.com.mx

del ejercicio de la guarda y custodia, tomando en consideración y sustento para ello, el interés superior del niño, por constituir un derecho humano reconocido en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, así como, en consecuencia, en el sistema jurídico mexicano, dado que, como lo destaca Pérez Fuentes, "México suscribió la Convención de los Derechos del Niño desde 1990, lo cual significa que sus disposiciones forman parte del derecho positivo mexicano"[1].

El estudio lo hago, por cuestiones metódicas, desde el enfoque socio-jurídico, antropológico y psicológico, puesto que, los temas relacionados con el derecho de las familias[2], por su naturaleza misma, se encuentran íntimamente relacionados con las transformaciones sociales y personales, por ello, el análisis debe superar el pensamiento reduccionista y pasar al pensamiento complejo, esto es, de manera multidisciplinaria.

Es conveniente precisar que, respecto a los textos legales son motivo de análisis, además de instrumentos jurídicos internacionales, la reglamentación contenida en el Código Civil vigente para la Ciudad de México, por ser en el sistema jurídico mexicano, el más representativo en la materia, por la influencia que ejerce sobre las demás legislaciones de las entidades federativas de la República mexicana al tratarse de la ciudad capital del país, así como también será motivo de revisión, la contenida en las tesis y jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Siendo la parte central del presente trabajo, la revisión y análisis de la aplicación del interés superior del niño –niñas, niños y adolescentes- en el caso del divorcio de sus progenitores –madres/padres-, por orden metódico, considero necesario hacer un estudio de su concepto y caracterización.

1 Pérez Fuentes, G. M.: "La defensa de los menores frente a las agresiones de los medios de comunicación", *Revista Boliviana de Derecho,* 2015, núm. 19, p. 185.

2 Considero oportuno mencionar que el concepto e identificación tradicional del derecho de familia, ha sido motivo de revisión, sobre todo en las dos últimas décadas, proponiendo el tránsito que lo hace pasar del derecho de familia, al concepto de derecho de familias o, derechos de las familias, corriente doctrinal sobre la cual he manifestado el adherirme a ella en otros espacios académicos y de la investigación, exponiendo mi postura y convicción ideológica de emprender de manera inmediata el referido tránsito con el fin de lograr la construcción de un concepto pluralista, democratizador, incluyente y sustentado en un contexto de derechos humanos; postura que así he manifestado en diversos foros científicos, válgase citar entre ellos, la ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Salamanca, España en el mes de octubre de 2018, con motivo de los festejos por el octavo centernaio de la Universidad de Salamanca. *Vid.* Oliva Gómez, E.: "El tránsito del concepto de derecho de familia al concepto de derecho de familias o, derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI", en AA.VV.: *Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca. Ius Civile Salmanticense* (coord. por E. Llamas Pombo), Tirant lo blanch y Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018, pp. 1149-1162.

Es importante de inicio destacar, que el interés superior del niño, si bien encuentra su momento de máximo reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño[3] aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/44/25 adoptada el 20 de noviembre de 1989, no se trata de un concepto nuevo, la expresión fue utilizada por primera vez, en la Declaración de los Derechos del Niño[4], aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Posteriormente, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[5], adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979.

Al margen de la implementación y protección de interés superior del niño en los instrumentos internacionales referidos, sin lugar a dudas, el máximo posicionamiento se logra en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, dado que, además de reconocerlo como un derecho humano, "la Convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a finales del siglo XX sobre la consideración del niño por el derecho: el niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos"[6].

Por otra parte, en lo que se refiere a la conceptualización, es indudable que constituye encomienda de gran complejidad y muy difícil de lograr, el proporcionar un concepto preciso y uniforme de lo que debe entenderse por 'interés superior del niño', al respecto refiere Villagrasa Alcaide que "es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática, sino que por el contrario, deberá entenderse

3 El art. 3° de la Convención lo reconoce al establecer lo: "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". Disponible en: www.un.org/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

4 El segundo principio de la Declaración dice textualmente: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño". Para mayor información, *vid.* www.humanium.org/declaración-1959

5 El art. 5° de la Convención textualmente dice: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: …b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos"; por su parte, el art. 16 dice: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: …d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial". Para mayor información, *vid.* www.ohchr.org/professionalinterest/pages/cedaw

6 Cardona Llorens, J.: "La Convención de los Derechos del Niño: Significado alcance y nuevos retos", en AA.VV.: *Temas de Actualidad jurídica sobre la niñez* (coord. por N. González Martín), Porrúa, México, 2012, p. 2.

en una forma dinámica, flexible, de manera que nos permita ir perfilando en cada caso concreto una idea acerca de lo que es el –interés superior del niño-"[7], puesto de manifiesto por Villagrasa la complejidad conceptual, agrega además que "tratar de dar un contenido rígido, estricto, inamovible a la cláusula abierta del interés superior del niño sería contrario a la finalidad que el propio concepto encierra en sí mismo; ya que si se trata de un concepto jurídico indeterminado ¿cómo puede quedar fijado su contenido sin que ello implique entrar en franca contradicción con la finalidad propia de la norma?"[8].

Villanueva Castilleja, señala que "este principio rector debe entenderse, justo como todas las condiciones que permitan […] potencializar el sano desarrollo del niño en todos sus aspectos, así como el respeto a sus derechos, cuestión que debe priorizarse y no inventar definiciones…"[9].

Arango Olaya comenta que "el interés superior del menor es un principio relacional que se remite a cada caso concreto y debe analizar, en términos reales, qué decisión o condición asegura la mayor protección de los niños involucrados. No obstante, eso no significa que se trate de un concepto vacío, sino que su materialización debe: (i) atender a la realidad del niño, niña o adolescente; (ii) ser objetivo; (iii) seguir una ponderación relacional y concreta; y (iv) debe demostrarse el beneficio de adoptar esa decisión por encima de otras. Sin embargo, el criterio sobre qué se entiende por asegurar el mayor beneficio y protección para un menor de edad no ha sido estático en la jurisprudencia constitucional y ha mutado con los años"[10].

Por su parte, Ravetllat Ballesté refiere que "del análisis de la normatividad internacional se deduce que el interés del menor ha experimentado un proceso de transformación profunda, pasando de ser un principio inexistente e inimaginable, a convertirse, posteriormente, en un principio implícito en buen número de normas y resoluciones judiciales, para, finalmente, en el estadio actual, convertirse en una realidad contemplada en el sistema normativo…"[11].

7 Villagrasa Alcaide, C.: "El interés superior del menor", en AA.VV.: *Derecho de la Persona* (coord. por I. Ravetllat Ballesté), 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2011, p. 28.

8 Villagrasa Alcaide, C.: "El interés", cit., p. 28.

9 Villanueva Castilleja, R.: *Derecho de Menores*, Porrúa, México, 2011, p. 7.

10 Arango Olaya, M.: "La constitucionalización del derecho de familia en Colombia. El alcance del derecho a la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes", en AA.VV.: *La Constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas comparadas* (coord. por N. Espejo Yaksic y A. Ma. Ibarra Olguín), Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2020. pp. 285 y 286.

11 Ravetllat Ballesté, I.: "El principio del interés superior del niño/a en el ordenamiento jurídico civil chileno: hacia una objetivación del sistema", en AA.VV.: *Estudio sistemático de la ley 26/2015, del 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia* (coord. por O. Monje Balmaseda, dir. por F. Lledó Yagüe, Mª P. Ferrer Vanrell, *et. al.*), Consejo General del Notariado, Dykinson, Madrid, 2018, p. 1331.

En la Observación general número 14 "sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", pronunciada por el Comité de los Derechos del Niño en el 62º período de sesiones que tuvo verificativo del 14 de enero al 1 de febrero de 2013, señaló que "El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del art. 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales"[12].

En el sistema jurídico mexicano, el 'interés superior del niño' es reconocido constitucionalmente a partir de las reformas hechas al art. 4º publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 12 de octubre de 2011, disponiendo lo siguiente: "…En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez…".

El reconocimiento del interés superior del niño en el texto constitucional, ha provocado que en el Código Civil para la Ciudad de México, así como en los respectivos códigos civiles y/o familares de las entidades federativas, se implemente en sus contenidos reglamentarios estableciéndose el deber de atenderlo en todos los asuntos en que se vean afectados los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el concepto del interés superior del niño, se ha pronunciado en diversas jurisprudencias, de entre ellas cabe citar la Tesis 1a./J.25/2012 (9a.): "*Interés superior del menor. Su concepto*" en la que dice lo siguiente: "En términos de los art. 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el

12 Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1) Comité de los Derechos del Niño. p. 265. En: www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf

Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"[13].

Sean suficientes las reflexiones y posturas doctrinales revisadas, así como la normatividad respectiva para afirmar que, el interés superior de niñas, niños y adolescentes, constituye una nueva forma de direccionar el pensamiento jurídico, su análisis y la interpretación, reconociéndolo como principio rector que debe estar presente en el actuar de todo tipo de autoridad y que provoca, al llevar su estudio de manera flexible y adaptable al caso concreto, generar un pensamiento crítico, con el fin de lograr construir un sistema jurídico protector de sus derechos, donde dejen de ser cosificados, para ser tratados como personas titulares de derechos que deben ser atendidos con respeto, con sensibilidad, con cariño y con las más altas consideraciones.

III. EL DIVORCIO.

1. Concepto.

Si bien el divorcio, como lo define entre otros doctrinarios Rojina Villegas, "es la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias"[14], como lo refiere Ponce Alburquerque, "no viene solo, le acompañan otros tipos de conflictos que se relacionan de manera especial con el derecho de alimentos, tenencia y visitas de los hijos comunes"[15].

En efecto, cuando la pareja disuelve el vínculo del matrimonio en que se encontraban unidos, el divorcio lleva consigo diversos efectos jurídicos, por ello, Couture, citado por Castrillón y Luna dice que el divorcio es "la institución que permite, en las hipótesis establecidas en la ley, la disolución del vínculo matrimonial con sus efectos respectivos en el estado civil de las personas, las stituación de los hijos y el régimen jurídico de los bienes"[16].

He referido en otros espacios[17] que el divorcio no pone fin a la relación familiar, lo único que disuelve es la unión matrimonial existente entre dos personas, pero

13 Tesis: 1a./J.25/2012 (9a.) Primera Sala. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo 1. Novena Época. (tesis de jurisprudencia aprobada en sesión del 21 de noviembre de 2012) *vid.* https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx

14 Rojina Villegas, R.: *Derecho Civil Mexicano*, t. 2°, *Derecho de Familia*, 12ª ed., Porrúa, México, 2014, p. 406.

15 Ponce Alburquerque, J.: Familia, conflictos familiares y mediación, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, UBIJUS-México, Reus-España. 2017, p. 99.

16 Castrillón y Luna, V. M.: *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. corregida y aumentada, Porrúa, México, 2017, p. 525.

17 *Cfr.* Oliva Gómez, E.: *El divorcio incausado de México*, Moreno Editores, México, 2013, p. 181.

ello de ninguna forma implica la disolución de la familia. Al margen del divorcio y más allá del divorcio, la familia subsiste: "con el divorcio se disuelve la unidad de matrimonio y familia, pero no de la familia en un sentido determinado. La realidad de la familia se mantiene, por lo menos para los hijos, como una obligación de construir ahora la relación con sus padres más allá de las fronteras […] Mientras los matrimonios pueden ser anulados y contraídos nuevamente, eso no es válido para las familias, ya que éstas prosiguen…"[18].

El Código Civil[19] para la Ciudad de México en su art. 266 define en un primer momento, lo que es el divorcio y en un segundo momento, establece la forma en que podrá solicitarse, reconociendo para tales fines la procedencia del denominado 'divorcio incausado', sistema legal que no requiere expresar, ni mucho menos acreditar y demostrar, la causa que motiva la pretensión del divorcio, superando con ello el deficiente y caduco 'sistema causalista' que por muchas décadas tuvo vigencia; al efecto se dispone lo siguiente: "Art. 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo". Se agrega además al final del texto que el divorcio solo podrá ser decretado cuando se cumpla con los requisitos que el propio código establece.

2. Efectos jurídicos.

El divorcio, además de disolver el vínculo matrimonial, produce efectos jurídicos, puesto que, la vida en familia desde luego generó una serie de hechos, relaciones y consecuencias, tanto personales como familiares y sociales, de tal forma que, al momento del divorcio, resulta evidente la consecuencia de efectos jurídicos, los cuales normativamente se pueden distinguir en dos momentos:

A) Efectos provisionales.

Son aquellos que se producen durante la tramitación del juicio del divorcio y que por tanto tendrán una vigencia temporal, esto es, el tiempo que dure el procedimiento respectivo. Los efectos provisionales refieren todas aquellas medidas temporales que el juez del conocimiento deberá decretar para la protección de los aún cónyuges, de los hijos para el caso de haberse procreado en la relación matrimonial y de los bienes producto del matrimonio.

18 Beck, U. y Beck-Gernsheim, E.: *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa* (traducción de Dorothee Schmitz), 1ª ed. en castellano, El Roure, Barcelona, 1998, Paidós, Barcelona, 2001, p. 209.

19 www.ordenjuridico.gob.mx

En el Código Civil para la Ciudad de México, los efectos provisionales se atienden en dos momentos distintos: 1. De oficio, que deben ser decretados por el juez en el momento mismo de tener conocimiento de la solicitud de divorcio y, 2. Una vez contestada la solicitud de divorcio.

Al respecto se dispone en el art. 282 que, desde el momento de la presentación de la solicitud de divorcio y mientras dure el procedimiento, el juez de la causa deberá dictar medidas provisionales, entre otras, en lo que respecta a los hijos (tema de atención en el presente trabajo), las siguientes:

"Art. 282…De oficio:

I. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda…

B) Una vez contestada la solicitud:

I. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar…;

II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;

III. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres…;"

B) Efectos definitivos.

Se refieren a los efectos que producirán sus consecuencias jurídicas tanto legales, como personales y sociales, a partir del momento en que sea decretado en definitiva el divorcio.

Los efectos del divorcio, sean provisionales o bien definitivos, se clasifican en 3 grupos: a) En cuanto a los cónyuges divorciados; b) En cuanto a los hijos; c) En cuanto al patrimonio.

El art. 283 del Código Civil establece lo relativo a los efectos definitivos del divorcio con relación a los progenitores –madre, padre- y sus hijos –niñas, niños y adolescentes-, al respecto dice:

"Art. 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

II. Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III. Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

IV. Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del art. 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

V. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el art. 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

VI. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónguyes (sic), en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este art. para su protección

VIII. Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente texto, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores".

En el presente trabajo, como lo he referido en líneas anteriores, lo que nos ocupa son las consecuencias o efectos jurídicos que provoca el divorcio en cuanto a la relación entre progenitores -madre y padre- con los hijos –niñas, niños y adolescentes-, en dichas condiciones, el estudio lo concentraré en los temas que se refieren al ejercicio de la guarda y custodia, de la que se deriva, el régimen de comunicación, convivencias y visitas.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO CON RELACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

1. La guarda y custodia.

La guarda y custodia de inicio no presenta problema alguno en la relación entre progenitores –madre/padre- e hijos –niñas, niños, adolescentes- cuando los padres comparten la vida en común y por tanto los hijos viven al lado de sus padres, "la guarda y custodia es un derecho-deber que la ley impone a los que ejercen la patria potestad"[20], en dichas condiciones, su ejercicio por efectos naturales y jurídicos, corresponde de manera conjunta a ambos padres.

Esta armonía en la convivencia del día al día entre progenitores e hijos, se altera de manera inmediata ante la disolución del vínculo matrimonial, "la separación y divorcio son hechos jurídicos que transforman la situación preexistente de la familia y, muy en particular, la de los hijos"[21].

Cuando los padres se separan por efectos del divorcio, el ejercicio de la guarda y custodia no se puede llevar a cabo de manera conjunta, "en efecto, la desunión parental generará dos figuras propias de ese estado: un progenitor, en lo habitual, detentará exclusivamente la llamada "tenencia" –será el padre guardador o progenitor continuo- y gozará con su hijo del tiempo principal; el

20 Rico Álvarez, F.: *Relaciones jurídicas familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, 1ª ed., 2ª reimpresión, Porrúa, México, 2019, p. 307.

21 Ponce Alburquerque, J.: *Familia*, cit., p. 135.

otro, se convertirá en el padre "no custodio" o excluido de la sentencia; vale decir, en el progenitor discontinuo, puesto que permanecerá con su vástago sólo el denominado "tiempo secundario"[22].

Ante esta realidad, válgase afirmar, muy común en la actualidad, inevitablemente surgen una serie de dudas, interrogantes, incertidumbre e inquietudes "¿Cómo hacer para que ese amor incondicional que los padres tienen hacia sus hijos continúe y se exprese en el cuidado y desarrollo sano para ellos? ¿Quién cuidará de ellos? ¿Cuál es la mejor manera de continuar siendo familia después de la separación?" [...]Las legislaciones también recogen el principio del interés superior del menor en los asuntos que le atañen, pero ¿quién decide qué es lo mejor?, ¿los jueces?, ¿la madre?, ¿el padre?, ¿los padres?, ¿es verdad que la madre por haber parido a sus hijos es la más indicada para cuidarlos?"[23].

Ante tales cuestionamientos es necesario hacer la revisión y así, "uno de ellos queda a cargo de la guarda de los hijos –en los hechos o porque se ha decidido de mutuo acuerdo, o porque así lo ha dispuesto el juez-. El otro que no convive con sus hijos, debe continuar con el ejercicio de su responsabilidad parental, comunicándose con ellos, para cumplir así con sus deberes y derechos"[24], quedando configurado, de tal forma, por una parte, el ejercicio de la guarda y custodia y, por la otra, el régimen de comunicación, de visitas y de convivencias.

En el Código Civil para la Ciudad de México no se contiene un apartado, capítulo o sección propia para reglamentar lo relacionado con el tema de la guarda y custodia, su normatividad y caracterización se encuentra contenida en lo general, en el capítulo de la patria potestad, por lo tanto, debe destacarse que los deberes y obligaciones que corresponden a quienes ejercen la patria potestad, los deberá cumplir de manera íntegra quien detente la guarda y custodia, tal como lo precisa el art. 414-Bis[25].

22 Mizrahi, M. L.: *Familia, matrimonio y divorcio*, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 396.

23 Ponce Alburquerque, J.: *Familia*, cit., p. 135.

24 Loyarte, D.: *La familia y sus derechos*, Fundación Agustina Lerena, Mar del Plata, 2012, p. 35.

25 El art. 414 Bis textualmente establece lo siguiente: "Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:
I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.
Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.
No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas". Disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

Así entonces, al presentarse el supuesto por el que los padres no viven juntos, debe conferirse a cargo de uno de ellos el ejercicio de la guarda y custodia sobre los hijos que aún no han cumplido 18 años de edad, dándose en tales condiciones, bajo alguna de las diferentes modalidades: a) Ejercicio de la guarda y custodia monopartental de hecho, con acuerdo expreso de ambos padres, o sin acuerdo entre ellos; b) Ejercicio de la guarda y custodia monoparental de derecho, conferida por efectos de la resolución judicial emitida por el juez; c) Ejercicio de la guarda y custodia compartida.

2. La guarda y custodia monoparental de hecho.

La guarda y custodia monoparental de hecho, se presenta cuando una persona, sin atribución de la ley, acuerdo expreso de los padres, ni determinación de autoridad judicial, por su propia decisión, en los hechos, la ejerce sobre sus hijos. "Para Yzquierdo Tolsada no se trata de una institución jurídica, sino que nos encontramos ante una situación no querida por la Ley, a la que, sin embargo, resulta por su difusión, conveniente atribuir consecuencias jurídicas determinadas"[26].

Rogel Vide "considera que esta guarda es una institución, una situación, una relación jurídica informal, todo lo irregular que se quiera, pero nunca un hecho jurídicamente irrelevante. Y se pregunta, ¿qué es lo relevante, a efectos jurídicos: el efectivo ejercicio de la guarda o el simple cumplimiento de las formalidades, con o sin el ulterior ejercicio efectivo de la guarda?"[27].

En esta modalidad, la guarda y custodia de hecho la ejerce uno sólo de los progenitores, situación que puede presentarse por dos supuestos: 1. Por existir un acuerdo común de voluntades de ambos padres; 2. Por la decisión unilateral que uno de los padres adopta sin tomar en consideración el parecer del otro, en este caso es importante precisar que el hecho de no tomar el parecer del otro, no lleva implícito la oposición del otro, supóngase como ejemplo, el caso en que uno de los progenitores abandona el domicilio familiar dejando a los hijos al lado y bajo la custodia de quien permanece en el hogar, o bien, abandonando el hogar uno de ellos pero saliendo conjuntamente con los hijos, hipótesis en las que, si bien no existió acuerdo común, podría entenderse una aceptación tácita del otro al no manifestar oposición alguna; en cualquiera de los casos, la guarda y custodia es de hecho puesto que no existe ningún tipo de resolución judicial por efecto de la cual se confiera a favor de uno o de otro.

26 Núñez Muñiz, Mª. C.: "La guarda de hecho de menores e incapaces y la incidencia de las novedades normativas de la figura", en AA.VV.: *Patria Potestad, Guarda y Custodia* (coord. por F.J. Jiménez Muñoz, dir. C. Lasarte Álvarez), Congreso IDADFE 2011, vol. I, Tecnos, Madrid, 2014, p. 236.

27 Nuñez Muñiz, M. C.: "La guarda", cit., p. 236.

3. La guarda y custodia monoparental de derecho.

Cuando lo progenitores no logran concertar acuerdos sobre el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, existe un conflicto de intereses entre los progenitores en virtud de que ambos pretenden ejercer por sí la guarda y custodia, ante tal conflicto y no llegando al acuerdo en común, se requiere necesariamente de la intervención de la autoridad judicial -el juez- quien, en el procedimiento judicial respectivo, una vez que se lleven a cabo todas las diligencias judiciales respectivas y, desde luego, reconociendo y respetando el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión, emitirá una sentencia por medio de la cual determinará quién será el progenitor al que se le confiere la responsabilidad del ejercicio de la guarda y custodia.

González Reguera estima que "los mayores problemas de la separación vienen cuando no existe un acuerdo previo, y es el juez el que debe decidir. En este supuesto se tienen en cuenta varios factores: no separar a los hermanos, las necesidades afectivas y emocionales de los mismos, la cercanía de otros miembros de la familia como los abuelos, la disponibilidad de los padres para poder atenderles mejor o peor, o si alguno de los cónyuges tiene algún tipo de adicción, enfermedad mental o tipo de vida desordenada"[28].

El Código Civil vigente para la Ciudad de México establece lo siguiente: "Art. 416.- En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles. Con base en el interés superior del menor[29], éste quedará bajos (sic) los

28 González Reguera, E.: "Guarda y custodia del menor". Disponible en: archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/12.pdf p. 187.

29 El art. 416 Ter del Código Civil para la Ciudad de México precisa lo que debe entenderse por interés superior del menor: "Art. 416 Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables. Resulta aplicable la Jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada el día 25 de abril del 2014 en el Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a./J.23/2014 (10ª.), en el Libro 5, abril de 2014, Tomo I, bajo el rubro: *Guardia y custodia de los menores de edad. Elementos a los que ha de entender el juez al mmento de motivar su decisión.* Jurisprudencia que dice: "El interés superior de los menores previsto en el art. 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como criterio ordenador, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia de menores de edad. Dicho de otro modo, el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. En consecuencia, al interpretar la norma aplicable al caso concreto, el juez habrá de atender, para la adopción de la medida debatida, a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para

cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial."

Pérez Contreras, citada por Méndez Corcuera, considera que "entre los criterios que se toman en cuenta para resolver sobre la custodia legal se encuentran: 1. La relación de los hijos con sus progenitores y, en su caso, con cualquier otra persona por la que el menor tenga un afecto significativo; por ejemplo, los abuelos maternos y paternos…

2. Escucha del menor, aun de oficio…

3. La duración y adecuación de los arreglos corrientes para el desarrollo de la vida del menor y expectativa de mantener continuidad.

4. La estabilidad en las condiciones de vida del menor.

---

los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos, en especial si existe un rechazo o una especial identificación; la edad y capacidad de autoabastecerse de los menores, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto. Disponible en: sjf.scjn.gob.mx

Resulta de gran utilidad para una adecuada precisión del concepto: "Interés superior del menor", atender la Tesis Jurisprudencial 1a./J.44/2014 (10a.) pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, en el Libro 7, junio de 2014, Tomo I, Décima Época, bajo el rubro: *Interés superior del menor. Su configuración como concepto jurídico indeterminado y criterios para su aplicación a casos concretos*. "Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa 'zona intermedia', haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el art. 4º constitucional". Disponible en: sjf.scjn.gob.mx

5. El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en los que se desarrollará.

6. La capacidad de cada progenitor para permitir o conceder y animar continua y frecuentemente el contacto entre el descendiente y su otro progenitor, incluyendo el acceso físico.

7. La capacidad de cada uno de los padres para cooperar o aprender a cooperar en el cuidado de los hijos.

8. El deseo de cada uno de los progenitores de conocer, aplicar y ejecutar los métodos de asistencia familiar para cooperar y resolver disputas.

9. El efecto en el menor, si sólo uno de los padres tiene la autoridad en la crianza del menor.

10. Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como en el bienestar del menor, como el alcoholismo y las drogas como impedimento, al igual que la inestabilidad mental o emocional y la discapacidad física.

11. Finalmente, para la toma de la decisión es necesario que se practiquen pruebas periciales psicológicas y de trabajo social para evaluar la idoneidad de los progenitores que pretenden ser titulares de aquélla…"[30].

Resulta necesario precisar que, paralelamente a lo dispuesto en el referido art. 416, el art. 282, apartado B, fracción II (que ha ya ha sido transcrito en líneas anteriores) se establece la presunción a favor de la madre, por efecto de la cual, los hijos menores de 12 años deberan quedar confiados a sus cuidados, esto así se reglamenta de la siguiente forma: "Art. 282 …. B. Una vez contestada la solicitud: II…Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos".

Considero que es necesario hacer un análisis crítico sobre la presunción legal establecida en el Código Civil a favor de la madre para que se le confiera la custodia de los hijos menores de 12 años de edad, es necesario reflexionar si en lo general, la presunción debe seguir a favor de la madre solamente por la condición de su género; la presunción legal dispuesta de tal forma debe ser profundamente pensada, puesto que, de la manera en que se reglamenta, pareciera que violenta derechos humanos reconocidos en el art. cuarto de nuestra Constitución Política,

30 Méndez Corcuera, L. A.: *Temas Actuales del Derecho Familiar*, Flores, México, 2018, pp. 82-85.

contrariando de manera directa el principio de la igualdad jurídica, además, aquí es importante atender el interés superior del niño y considerar ante cual de los progenitores se logra el mejor bienestar y desarrollo integral de los hijos.

Ponce Alburquerque refiere que "con los avances en los derechos de igualdad e igualdad de género, la determinación del progenitor custodio ya no se basa en la preferencia hacia la madre, sino en disponer quién puede garantizar el bienestar y el sano desarrollo del niño, niña o adolescente"[31].

Explican Ferrari y Zicavo que "cuando hoy algunas de las mujeres deciden compartir la crianza de los hijos de manera equitativa con sus parejas y los hombres deciden ser partícipes activos del proceso con amor y cercanía, lo hacen no sólo desde el supuesto de que el varón es necesario antes y durante la feliz unión conyugla; asumen con responsabilidad, de manera permanente que el padre es tan importante como la madre, cada uno desde sus dimensiones vivenciales distintas pero igualmente válidas, con los derechos y deberes que el rol de género prescribe y las construcciones individuales obligan"[32].

Explica Betancur, citada por Ponce Alburquerque, que "con la excepción del bebé recién nacido que necesita un cuidado especial para sobrevivir en sus primeros meses de vida, cualquier persona dotada de sensibilidad puede desempeñar el rol del cuidado. Es aquel hecho de cuidado, cercanía y afecto, el que logra una conexión psicológica de la madre con el bebé o niño. Pero ella no es la única que lo puede lograr; puede hacerlo el padre o cualquier persona dispuesta a establecer el vínculo afectivo dotada de sensibilidad. En definitiva, lo insustituible es la atención, el amor y el afecto y no la madre"[33].

Ferrari y Zicavo estiman que "La exclusividad de la crianza para la madre hace que el padre se diluya o pierda toda su significación. El modelo monoparental, además de inconveniente para los hijos, resulta hoy anacrónico, ya que no todas las mujeres desean ser madres, ni dedicarse por entero a sus hijos o vivir toda su vida sin salir de la casa; al mismo tiempo, cada vez son menos los padres desinteresados o que se mantienen lejos de su descendencia"[34].

Considero importante precisar, analizando las posturas doctrinales expuestas, que la norma jurídica vigente, al establecer la presunción legal a favor de la madre, debe ser revisada, analizada y repensada, no se trata de imponer el cuidado de los hijos a favor del padre sobre la madre, se trata, como lo sostiene Ponce

31 Ponce Alburquerque, J.: *Familia*, cit., p. 138.

32 Ferrari, J. y Zicavo, N.: *Padres separados. Cómo criar juntos a sus hijos*, reimpresión 2012, Trillas, México, 2012, pp. 30, 31.

33 Ponce Alburquerque, J.: *Familia*, cit., p. 141.

34 Ferrari, J. y Zicavo, N.: *Padres separados,* cit., pp. 52 y 53.

Alburquerque, de "un llamado a la posibilidad de flexibilizar las opciones de madres y padres, […] la mujer necesita liberarse del sentimiento de culpa de ser únicamente ella la que esté a cargo del cuidado de sus hijos, sin importar si es feliz o si está abrumada de responsabilidades. La verdadera igualdad de sexos se da también en aceptar que todos tenemos un lado masculino y otro femenino y que, por razones de personalidad o circunstancias de la vida, estos lados se manifiestan sin que ello afecte nuestra sexualidad o nos haga menos hombres o menos mujeres"[35].

Por otra parte, la resolución que emita el juez mediante la cual confiere el ejercicio de la guarda y custodia a cargo de uno de los progenitores, facultad que se encuentra dispuesta en el referido art. 416, podrá ser materia de inconformidad del otro progenitor, tal como lo establece el art. 417 al indicar: "En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores." En tal supuesto, se dispone en el mismo art. que, para efectos de que niñas, niños y adolescentes (el texto del art. emplea la expresión 'menor') sean adecuadamente escuchados, independientemente de la edad que tengan, será asistido por "el asistente de menores", persona que es designada por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de la Ciudad de México (DIF).

La implementación de la figura del "asistente de menores" contemplada en el Código Civil para la Ciudad de México aparece reglamentado por efectos de la reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el día 18 de junio de 2013.

En el art. 417 Bis[36] se describe, entre otras caracterísitas, quien es el "asistente de menores", cuales deben ser los perfiles para poder desempeñarse como tal, así como las funciones y deberes que asume en tal desempeño.

Sin lugar a dudas, el haber implementado en la legislación civil de la Ciudad de México, la participación de un 'asistente de menores' resulta de gran trascendencia, con su intervención se logra una visión multidisciplinaria y constituye un modo de protección a los derechos de niñas, niños y adolescentes, propiciando con ello un sistema más adecuado de justicia; sin embargo, considero, presenta diversas

35 Ponce Alburquerque, J.: *Familia*, cit., p. 143.

36 El art. 417 Bis del Código Civil para la Ciudad de México, dispone: "Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal u otra institución avalada por éste, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicológica y emocional en las sesiones donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores, y sin que ello implique su intervención en la audiencia. Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor, dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor".

inconsistencias que es necesario modificar para lograr una verdadera eficacia, las cuales desde mi perspectiva son las siguientes:

a) De inicio resulta urgente sustituir la expresión 'menor'[37], empleando en su lugar las expresiones: niñas, niños y adolescentes.

b) En relación con el perfil profesional de quien se desempeñe como 'asistente del menor', se contempla bajo una postura reduccionista. Dice el código que podrá ser un profesional en psicología, trabajo social o pedagogía; la eficacia de un asistente de niñas, niños y adolescentes impone una intervención multidisciplinaria y no una participación aislada de alguno de los profesionales descritos, puesto que, si bien es cierto que la formación de los profesionistas indicados les permite brindarles una asistencia, al ser aislada por una sola de tales profesiones, su enfoque será unidimensional. La asistencia de un grupo multidisciplinario que participe en conjunto lograría una mayor eficacia.

c) Se establece que la función del 'asistente' se constituye "sólo para el efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicológica y emocional en las sesiones donde sea oído por el juez en privado…" Resulta incomprensible pretender que la actuación de alguno de los profesionistas indicados pueda lograr los fines que se disponen: Un profesionista en Trabajo Social ¿contará con las competencias profesionales para darle protección psicológica y emocional a la niña, niño y/o adolescente que le ha tocado asistir? Un profesional en Trabajo Social ¿tiene suficientes competencias profesionales para lograr facilitar la comunicación libre y espontánea entre niñas, niños y adolescentes con

37 La expresión 'menor' para caracterizar en la ley a niñas, niños y adolescentes debe ser motivo de revisión, análisis y repensar sobre su significado, alcance e impactos; Mizrahi expone al respecto: "cuestionamos el empleo en el mundo jurídico de una habitual terminología que, a pesar de su raigambre histórica, hoy se hace difícil de justificar si el enfoque lo realizamos desde una perspectiva que contemple el genuino interés de los niños. Hace ya un siglo decía Boulay que se necesitaban nuevos términos para expresar nuevas ideas. En este sentido, consideramos negativa la práctica ordinaria de usar en el lenguaje jurídico el vocablo "menor", en obvia referencia a las personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad legal. El psicoanálisis observó que esa noción "entraña una mentalidad retrógrada que no inspira confianza al ser humano, ni adulto ni niño, en sus relaciones con los demás". En el plano constitucional (el principio de igualdad ante la ley) se puntualizó que el referido término configura un estigma discriminatorio que "cosifica" al niño. […] En suma, el empleo del término "menor" transgrede el art. 2°, inc. 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 11, inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, y el art. 75, inc. 23, párr. 1°, de la Const. Nacional." *Vid.* Mizrahi, M. L.: *Familia*, cit. pp. 135 y 136.
En el contexto jurídico internacional, la Convención sobre los derechos del niño de 1989, dispone en el art. primero que, para los efectos de la 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." En la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, en el art. cuarto se hace referencia a los derechos de niñas y niños y se habla sobre el principio del interés superior de la niñez, por su parte, en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014) se ha eliminado en su totalidad el uso de la expresión 'menor'; las posturas descritas, me permiten justificar la razón por la que he aseverado la necesidad urgente de sustituir el uso de la expresión 'menor' en el texto del art. 417 Bis del Código Civil, así como desde luego, en lo general, en cualquiera otra de las partes del Código Civil y demás leyes del sistema jurídico mexicano en que se haga el uso de dicha expresión, debiendo emplearse en su lugar, las expresiones: niñas, niños y adolescentes.

el juzgador? Un profesional en Psicología ¿tiene competencias profesionales para facilitar la comunicación libre y espontánea? Un profesional en Pedagogía ¿tiene las competencias profesionales para darle protección psicológica y emocional a las niñas, niños y adolescentes que le ha tocado asistir? Sin duda alguna lo necesario es la participación integral de los diversos perfiles profesionales.

d) Se establece que "dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor", ¿cuáles son las razones para limitar la intervención del asistente a solamente dos entrevistas? ¿Todas las niñas, niños y adolescentes presentan un proceso similar de madurez para que la intervención del asistente puede limitarse a 2 entrevistas? ¿Qué sucede cuando al parecer del asesor no son sufiencientes 2 entrevistas para lograr los fines de su intervención?

e) La redacción es omisa en establecer que acciones podrán tomar los asistentes o inclusive el juzgador, en los casos en que, al llevarse a cabo las funciones del asistente, se percaten sobre la existencia de daños y afectaciones de tipo psicoemocionales o de cualquier otra índole en las niñas, niños y adolescentes sobre los que llevan a cabo su asistencia, ¿qué hacer en esos casos? ¿tienen algún tipo de facultad los asesores y/o el juez para intervenir?

4. La custodia compartida.

"La custodia compartida es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones"[38].

Ortuño Muñoz señala que la custodia compartida "Es aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro"[39].

38 Pérez Contreras, Mª de M.: "Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004", *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2006, vol. 39, núm. 116, Disponible en: www.scielo.org.mx

39 Ponce Alburquerque, J.: Familia, cit., pp. 148 y 149.

Rico Álvarez considera que "la expresión "guarda y custodia compartida" es incorrecta, ya que puede transmitir la idea de que los ascendientes la detentan al mismo tiempo, lo que es imposible cuando no cohabitan en el mismo lugar, ya que necesariamente uno carecería de contacto físico con el menor. Desde el punto de vista doctrinal es más acertada la expresión "guarda y custodia alternada", que implica que los ascendientes se turnan en la titularidad del derecho-deber mencionado"[40].

Esta modalidad para el ejercicio de la guarda y custodia, aparece contemplado por primera vez en la legislación civil de la Ciudad de México, por efecto de las reformas publicadas en la Gaceta Oficial el día 6 de septiembre de año 2004.

Actualmente se reglamenta en los siguientes términos:

a) En el art. 282, relativo a las medidas provisionales que debe decretar el juzgador en el procedimiento de divorcio; al efecto se establece en su apartado B, fracción II: "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio."

b) En el art. 283, en que se precisan los puntos que deberá atender la sentencia definitiva en el procedimiento de divorcio; al efecto se indica: "Art. 283. I.- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores…" Disposición que de manera concordada se relaciona con el art. 283 Bis, que se refiere a la custodia compartida en los siguientes términos: "Art. 283 Bis.- En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del art. 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos".

c) Por último, en el texto del art. 416 la custodia compartida no se contempla de manera expresa, sin embargo, hace referencia a la posibilidad de que, "en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores" En dichas condiciones y bajo una adecuada interpretación, la custodia compartida, sin reglamentarse expresamente en esta disposición normativa, si podrá establecerse bajo un convenio celebrado de común acuerdo por ambas partes.

40 Rico Álvarez, F.: Relaciones jurídicas, cit., pp. 313 y 314.

Al adoptarse la custodia compartida, es necesario resolver cuestiones sobre la manera en que debe funcionar, distinguiéndose dos hipótesis:

A) Custodia compartida con residencia de los hijos permaneciendo en el mismo domicilio familiar.

Los hijos en esta opción permanecen en el domicilio familiar en que habitaban conjuntamente con sus padres antes del divorcio, por tanto, los padres deberán entrar y salir alternadamente del domicilio familiar (de sus hijos), esto es, los padres –madre, padre- acudirán en momentos distintos al domicilio familiar para hacerse cargo del cuidado de los hijos, en los tiempos que el convenio judicial lo disponga.

Ferrari y Zicavo refieren sobre la 'crianza compartida del nido' –como así la identifican-, "ocurre cuando los hijos permanecen en el hogar conyugal (en el nido) y quienes se ausentan durante periodos alternos son ambos Padres. Esto permite que los hijos no cambien de ambiente; sin embargo, tal modalidad conlleva múltiples conflictos a corto plazo que tienden a desestabilizar la armonía relacional del grupo'"[41].

Gallardo Rodríguez[42] señala que esta medida protege el interés superior de los hijos al evitar someterlos a continuos cambios de domicilio, manteniendo con ello el mismo entorno, pero obliga a los progenitores a mantener tres viviendas: una vivienda en la que cada progenitor tenga su residencia y la vivienda familiar común, por lo tanto, resulta negativa en el aspecto económico.

B) Custodia compartida con cambio de residencia de los hijos.

En este supuesto, cada progenitor –madre, padre-, tienen su propio domicilio, siendo sus hijos los que deberán cambiar continuamente su residencia según les corresponda estar bajo los cuidados y atenciones de su madre o de su padre, -entrando y saliendo- según corresponda, al domicilio de su madre o de su padre, de acuerdo a lo que se encuentre establecido en el convenio judicial.

Comenta Gallardo Rodríguez[43] que, en este supuesto, la ventaja se presenta para los padres, puesto que con ello se evitan los problemas destacados en la modalidad sin cambio de residencia para los hijos, sin embargo, el inconveniente se presenta para los hijos en razón del continuo cambio de residencia al que se ven sometidos y con ello, a la inestabilidad que puede provocar los continuos

41 Ferrari, J. y Zicavo, N.: *Padres separados,* cit., p. 53.

42 *Cfr.* Gallardo Rodríguez, A.: "Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española", en AA.VV.: *Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca. Ius Civile Salmanticense* (coord. por E. Llamas Pombo), Tirant lo blanch y Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018, pp. 998 y 999.

43 *Cfr.* Gallardo Rodríguez, A.: "Problemas de", cit., p. 1000.

cambios de vivienda materna y paterna. Agrega por lo tanto que un requisito fundamental para que pueda aplicarse esta modalidad, es que los domicilios de ambos progenitores se encuentren próximos uno del otro.

En este pueden establecerse en el convenio judicial, una serie de diversas modalidades, como son la distribución de la custodia compartida por días, semanas o meses alternadamente o, inclusive, por ciclos escolares a efecto de evitar riesgos en los estudios de los hijos.

Es importante destacar que para el buen funcionamiento de la custodia compartida y a efecto de que los hijos sean los mayores beneficiados, su ejercicio y condiciones, por sustentarse legalmente con base en un convenio celebrado por los progenitores ante la autoridad judicial, requiere por parte de ellos, de una gran voluntad y responsabilidad, resulta necesario, como lo asevera Ponce Alburquerque, de la "cooperación de ambos padres para lograr acuerdos y una comunicación asertiva. Los acuerdos no son sencillos –no en vano, la pareja ha decidido separarse-, por lo que la tenencia compartida implica mejorar aquellos aspectos que no han funcionado en la relación, esta vez encaminados a mejorar su rol como padres y no como parejas'[44], por tanto, para el buen funcionamiento de este régimen, es necesario de "la adultez de los progenitores, quienes no pueden pretender que el juez les resuelva todo […] incapaces de fijar los horarios, acordar las cosas mínimas, ver objetivamente el tema del dinero, etc. Deben asumir que son adultos a cargo de niños y actuar responsablemente, priorizando el interés de los hijos'[45].

El Comité de los Derechos del Niño ha expuesto al respecto su postura en la Observación General número 14 (2013)[46] al hacer mención sobre el tema de la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones; considera que las relaciones parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño, aclarando que en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular.

Por las características señaladas considero que la modalidad de la custodia compartida se constituye como el mecanismo más eficaz para el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, puesto que les permite de manera continua ejercer su derecho a crecer y convivir junto a sus padres, en condiciones muy similares a como lo hacían antes de la separación de sus progenitores; su principal caracterísitica es el verdadero reconocimiento y protección al interés superior de

44 Ponce Alburquerque, J.: *Familia*, cit., p. 149.

45 Ferrari, J. y Zicavo, N.: *Padres separados,* cit., p. 53.

46 Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1) Comité de los Derechos del Niño, pp. 14 y 15. www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf

los hijos pues les procura un mayor respeto a sus derechos, a su entorno y a sus intereses, sin embargo, para que esto suceda, se requiere de una amplia voluntad de los progenitores, así como de acuerdos reales bien planeados y desde luego, siempre que las condiciones particulares así lo permitan.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

El divorcio constituye, sin lugar a dudas, uno de los temas más polémicos en el estudio de la ciencia jurídica, es actual, de tramitación cotidiana y recurrente en los juzgados distribuidos en cualquier lugar del país, dado que, en la unión matrimonial, la pareja no siempre logra mantener vigentes los diversos factores que los impulsaron a contraer matrimonio, cuando esto sucede, se divorcian y con ello, se disuelve el vínculo matrimonial en que jurídicamente se encontraban unidos, pero esta disolución nunca pone fin a las familias, se disuelve el matrimonio pero las familias y las relaciones familiares subsisten y van más allá del divorcio.

Cuando en el matrimonio se procrearon hijos, el divorcio, por ninguna razón debe afectar las relaciones entre los progenitores –madre y padre- con sus hijos –niñas, niños y adolescentes-, refiere Grosman que "podrá truncarse la vida amorosa de los padres, pero su unidad como pareja de progenitores constituye un lazo perenne que se inscribe en la continuidad social. Desde la mirada del niño, su interés es "no divorciarse de ninguno de sus padres", no perder sus ademanes, ni su brújula, ni su calor'"[47]; la separación de los padres provoca, prácticamente, de manera lamentable en muchos de los casos, el fin de la convivencia diaria que los hijos mantenían en casa con sus padres, por tanto, es necesario trabajar en el tema para evitarles daños y afectaciones en su desarrollo integral.

La adecuada reglamentación en los códigos civiles y/o familiares de la figura jurídica de la guarda y custodia, acompañada de la debida reglamentación del régimen de comunicación, convivencias y visitas, constituye desde la visión jurídica, un mecanismo eficiente mediante el cual se puede proteger y, con ello evitar, diversos daños y afectaciones de tipo psicoemocionales y sociales a los que están expuestos los hijos ante el divorcio de sus padres. La reglamentación jurídica debe ser flexible, pensada en un entorno de derechos humanos, dando prioridad en todo momento al interés superior del niño y con una aplicación casuística y sensible a las necesidades auténticas de niñas, niños y adolescentes.

Refiere el Comité de los Derechos del Niño que "el niño puede verse afectado por el juicio, […] las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u

47 Bacigalupo de Girard, Mª., Kuyumdijian de Williams, P., et. al.: "La coparentalidad. Modelo a seguir luego del cese de la convivencia", en AA.V.: *Libro de Disertaciones y Ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar* (presidente del Congreso D. Loyarte), La ley Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 428.

otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente'"[48], ante este llamado de atención, resulta urgente que órganos y autoridades judiciales actúen, en las controversias que versan sobre el ejercicio de la guarda y custodia, régimen de comunicación, visitas y convivencias, bajo el sustento del interés superior del niño, como derecho humano y principio rector.

Sin duda alguna, la consecuencia de mayor importancia que sufren los hijos ante el divorcio de sus padres, es el alejamiento del padre no custodio, con ello, la pérdida de la convivencia que se mantenía entre ambos, por tanto, resulta urgente hacer una revisión profunda sobre la manera en que se encuentra reglamentado el ejercicio de la guarda y custodia: la modalidad monoparental -en sí, la más común en la práctica forense- no parece ser la más adecuada, tomando en consideración el interés superior del niño, -para los hijos- el trato constante con ambos padres es una necesidad fundamental, así la disfrutaban hasta antes del divorcio, ¿por qué debe perderse o reducirse a la mínima expresión?. El convivir con el padre no custodio, tal vez unas cuantas horas cada 15 días, por un régimen de comunicación, visitas y convivencias mal reglamentado, poco sensible y muy alejado al interés superior del niño, les provoca graves afectaciones personales, psicoemocionales y sociales.

La preferencia general establecida a favor de la madre, en la ley reconocida como una presunción legal, para que los hijos menores de 12 años queden bajo su guarda y custodia, constituyendo la modalidad de –guarda y custodia monoparental de derecho- no es una fórmula consistente actualmente.

Ferrari y Zicavo refieren en este supuesto que "cuando en la pareja reina la armonía y el acuerdo, la presencia masculina y paterna se concibe como necesaria e imprescindible. Incluso a menudo suele ser reclamada por la mujer y por la ciencia como una necesidad sentida en la formación y desarrollo adecuado de los hijos. La presencia masculina en el desarrollo de los hijos resulta necesaria e imprescindible, con la misma importancia (ni más ni menos), que tiene la presencia femenina: son indispensables ambos padres en la formación de los hijos, en todo momento y no sólo cuando éstos son pequeños […]. No obstante; basta que el desacuerdo y la hostilidad se hagan presentes en la posconyugalidad para que los

48 Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1) Comité de los Derechos del Niño. p. 9. www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf

hijos que antes eran de los dos, se transformen ahora en pertenencia maternal única indiscutible''[49].

Estas condiciones inexplicables y desde luego preocupantes, por los daños que pueden llegarse a ocasionar a los hijos al no considerar su interés superior, imponen, como lo he referido, una urgente revisión en el tema, es necesaria una relectura y repensar profundamente sobre la modalidad de la custodia compartida, que sólo se contempla mediante el acuerdo de los padres manifestada en el convenio judicial, sin que el juzgador tenga facultades para decretarla.

Son múltiples los trabajos de investigación que consideran el ejercicio de la guarda y custodia compartida como la modalidad más adecuada para el desarrollo integral de los hijos; Morcillo, Rebuffo y Walczad consideran al respecto ''que el ejercicio de la responsabilidad parental compartida es el modo de ejercer la función que mejor beneficia al hijo, por favorecer el desarrollo emocional y cognitivo, recibiendo de los padres y madres los cuidados, protección, amparo, formación y educación que su desarrollo requiere. Por ello propiciamos la necesaria regulación de la responsabilidad parental compartida, indistinta o alternada, como regla y de modo excepcional la unipersonal, sólo cuando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes lo justifiquen''[50], ''la crianza compartida constituye la mejor forma de subsanar los inconvenientes que en el hijo genera el divorcio o separación de sus Padres''[51].

La omisión en la ley de estas facultades, así como la imprecisión en su operatividad, debe superarse en un entorno de respeto a los derechos humanos, tomando como sustento el interés superior del niño, puesto que, en la forma en que se encuentra contemplada, insisto, –solamente bajo la celebración de un convenio- da lugar a entender que el juzgador se encuentra impedido a decretarla en una sentencia judicial, quedando al margen el interés superior del niño y ponderando sobre dicho principio rector, la exclusiva voluntad de los padres.

Los hijos no deben verse afectados por el divorcio de sus padres, la ciencia jurídica y su expresión en los contenidos de la ley, deben implementar todos los medios posibles para evitar al máximo cualquier tipo de afectación, la calidad de padres –madre y padre- no concluye con el divorcio; los hermosos sueños, vivencias, momentos inolvidables, enseñanzas y aprendizajes continuos, el cariño, la protección, el amor y todo cuanto de manera íntima relaciona a los hijos –niñas, niños y adolescentes- con sus padres –madre y padre-, deben continuar bajo las

49 Ferrari, J., y Zicavo, N.: *Padres separados,* cit., p. 35.

50 Morcillo, S., Rebuffo, M. et. al.: "Responsabilidad Parental", en AA.VV.: *Libro de Disertaciones y Ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar,* (presidente del Congreso D. Loyarte), La ley Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 418.

51 Ferrari, J. y Zicavo, N.: *Padres separados,* cit., p. 47.

mismas prácticas, formas y condiciones en que se llevaban; el principio de igualdad en que se ubican los padres frente a sus hijos, debe permanecer vigente tal y como se ejercía antes de la ruptura matrimonial: madre y padre tienen los mismos deberes, reponsabilidades y obligaciones en el cuidado, atenciones y la crianza de los hijos.

La disolución del vínculo matrimonial genera nuevos horizontes en los divorciados, pero en su función como padres, nada debe cambiar, la tarea es compleja y se requiere total voluntad para cumplirla, pero es necesario recordar que sus hijos, son su compromiso, su responsabilidad y un motivo fundamental de vida.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO OLAYA, M.: "La constitucionalización del derecho de familia en Colombia. El alcance del derecho a la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes", en AA.VV.: *La Constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas comparadas* (coord. por N. ESPEJO YAKSIC y A. Mª IBARRA OLGUÍN), Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2020.

BACIGALUPO DE GIRARD, Mª, KUYUMDIJIAN DE WILLIAMS, P., e*t. al.:* "La coparentalidad. Modelo a seguir luego del cese de la convivencia", en AA. VV.: *Libro de Disertaciones y Ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar* (presidente del Congreso D. LOYARTE), La ley Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 428.

BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E.: *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa.* (traducción de DOROTHEE SCHMITZ. 1ª ed. en castellano), El Roure, Barcelona, 1998, Paidós, Barcelona, 2001.

CARDONA LLORENS, J.: "La Convención de los Derechos del Niño: Significado alcance y nuevos retos", en AA.VV.: *Temas de Actualidad jurídica sobre la niñez* (coord. por N. GONZÁLEZ MARTÍN), Porrúa, México, 2012.

CASTRILLÓN Y LUNA, V. M.: *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. corregida y aumentada, Porrúa, México, 2017.

FERRARI, J. y ZICAVO, N.: *Padres separados. Cómo criar juntos a sus hijos*, reimpresión 2012, Trillas, México, 2012.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: "Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española", en AA.VV.: *Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca. Ius Civile Salmanticense* (coord. por E. Llamas Pombo), Tirant lo blanch y Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018.

GONZÁLEZ REGUERA, E.: "Guarda y custodia del menor" Disponible en: archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/12.pdf p.

LOYARTE, D.: *La familia y sus derechos*, Fundación Agustina Lerena, Mar del Plata, 2012.

MÉNDEZ CORCUERA, L. A.: *Temas Actuales del Derecho Familiar*, Flores, México, 2018.

Mizrahi, M. L.: *Familia, matrimonio y divorcio*, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2001.

Morcillo, S., Rebuffo, M. *et. al.:* "Responsabilidad Parental", en AA.VV.: *Libro de Disertaciones y Ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar* (presidente del Congreso D. Loyarte), La ley Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Núñez Muñiz, Mª. C.: "La guarda de hecho de menores e incapaces y la incidencia de las novedades normativas de la figura", en AA.VV.: *Patria Potestad, Guarda y Custodia* (coord. por F. J. Jiménez Muñoz, dir. C. Lasarte Álvarez), Congreso IDADFE 2011, vol. I, Tecnos, Madrid, 2014.

Oliva Gómez, E.: *El divorcio incausado de México*, Moreno Editores, México, 2013.

Oliva Gómez, E.: "El tránsito del concepto de derecho de familia al concepto de derecho de familias o, derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI", en AA.VV.: *Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca. Ius Civile Salmanticense* (coord. por E. Llamas Pombo), Tirant lo blanch y Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018. pp. 1149-1162.

Pérez Contreras, Mª de M.: "Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004", *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2006, vol. 39, núm. 116, Disponible en: www.scielo.org.mx

Pérez Fuentes, G. M.: "La defensa de los menores frente a las agresiones de los medios de comunicación", *Revista Boliviana de Derecho,* 2015, núm. 19º. Disponible en: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articuo?codigo=4905012

Ponce Alburquerque, J.: *Familia, conflictos familiares y mediación*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, UBIJUS-México, Reus-España, 2017.

Ravetllat Ballesté, I.: "El principio del interés superior del niño/a en el ordenamiento jurídico civil chileno: hacia una objetivación del sistema", en AA.VV.: *Estudio sistemático de la ley 26/2015, del 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia* (coord. por O. Monje Balmaseda, directores F. Lledó Yagüe, Mª P. Ferrer Vanrell, et. al.), Consejo General del Notariado, Dykinson, Madrid, 2018.

Rico Álvarez, F.: *Relaciones jurídicas familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, 1ª ed., 2ª reimpresión, Porrúa, México, 2019.

ROJINA VILLEGAS, R.: *Derecho Civil Mexicano*, t. 2ª, *Derecho de Familia*, 12ª ed., Porrúa, México, 2014.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "El interés superior del menor", en AA.VV.: *Derecho de la Persona* (coord. por I. RAVETLLAT BALLESTÉ), 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2011.

VILLANUEVA CASTILLEJA, R.: *Derecho de Menores,* Porrúa, México, 2011.

RECURSOS ON LINE.

www.un.org/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

www.humanium.org/declaración-1959

www.ohchr.org/professionalinterest/pages/cedaw

www.ordenjuridico.gob.mx

sjf.scjn.gob.mx

https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx

www.unicef.org/UNICEFObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1) Comité de los Derechos del Niño.

JURISPRUDENCIA

Tesis Jurisprudencial: 1a./J.25/2012 (9a.) Primera Sala. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo 1. Novena Época.

Tesis Jurisprudencial: 1a./J.23/2014 (10ª.) Primera Sala. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Décima Época.

Tesis Jurisprudencial: 1a./J.44/2014 (10a.) Primera Sala. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, Décima Época.

LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS. UNA REALIDAD EN CONTINUO CRECIMIENTO

STEPFAMILY: A GROWING REALITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 194-223

Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Cada vez más parejas que han contraído matrimonio o formalizado su unión se disuelven y vuelven a formar otras familias, las llamadas familias reconstituidas. En ellas se involucran adultos y menores, por lo que necesitan una identidad propia que determine los derechos y obligaciones de cada uno. Aunque nada se ha previsto en el Código civil español, no acontece igual en otros Derechos, como en algunos de los llamados Derechos forales y en los ordenamientos jurídicos de otros países. Partiendo de ello, en este artículo vamos a realizar algunas consideraciones en torno a lo que podría ser su régimen jurídico.

PALABRAS CLAVE: Familias reconstituidas; familias recompuestas; padrastro; madrastra; interés superior del menor.

ABSTRACT: *More and more couples who have married or formalized their union are dissolving and forming other families, so-called Stepfamilies. They involve both adults and minors, so they need an identity of their own that determines the obligations and rigthts of each. Although nothing has been provided for in the Spanish Civil Code, this is not the case for other rights, such as some of the so-called Foral Rights and the legal systems of other countries. From here, in this paper we are going to make some considerations about what could be their regulation.*

KEY WORDS: *Stepfamily; blended family; stepparent; best interests of the child.*

SUMARIO.- I. LA IRRUPCIÓN DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS.- II. SU REGULACIÓN EN OTROS PAÍSES.- III. LA SITUACIÓN LEGAL EN ESPAÑA.- 1. Cuestiones generales.- 2. Los Derechos Forales.- 3. Previsiones legales.- A) Durante el trascurso de la familia reconstituida-. B) Tras la ruptura.- IV. ALGUNAS PROPUESTAS.

I. LA IRRUPCIÓN DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS.

El Derecho de familia se encuentra en constante evolución. Fiel reflejo de ello es que cada cierto tiempo algunas de las instituciones que lo conforman se actualizan a las nuevas circunstancias. En concreto, la familia como tal ha ido adaptándose a las exigencias sociales, encontrándonos hoy en día ante una gran variedad de grupos familiares que poco o nada tienen que ver con el tipo de familia predominante cuando se promulgó el Código Civil. De una familia basada en el patriarcado, donde el padre era quien ejercía la patria potestad, hemos pasado a convivir con distintos tipos de familias cuyo reconocimiento legal ha venido propiciado tanto por la adquisición de derechos individuales como por los cambios sociológicos a los que hemos asistido últimamente: la igualdad de los cónyuges o, simplemente, entre el hombre y la mujer, las uniones de hecho, las parejas y el matrimonio contraído por personas del mismo sexo y, recientemente, las familias reconstituidas, a las que nos referiremos a continuación.

La modificación del Derecho de familia en España tiene un inicio, 1981, pero aun no conocemos la fecha final y ni siquiera sabemos si llegará algún día[1]. El Derecho no impone un modelo único de estructura familiar. El equilibrio entre el papel que juega la ley y la libertad individual se ha modificado profundamente[2] y en la actualidad nos encontramos con que un elevado porcentaje de parejas que se unen de forma estable o contraen matrimonio se disuelve y decide volver a formar otra familia, llamada reconstituida *(en inglés, "stepfamily" o "blended family")* –también conocida como familia ensamblada, transformada, rearmada,

1 Bosch i Carrera, A.: "Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial", en AA.VV.: *Nous reptes del Dret de familia* (coord. por Area de Dret Civil Università de Girona), Documenta Universitaria, Girona 2005, p. 242.

2 Gallus, N.: "Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge", 44 *Revue juridique Thémis*, 2010, p. 145.

• Cristina López Sánchez
Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Miguel Hernández. Correo electrónico: cristina.lopezs@umh.es

recompuesta, de segundo núcleo, mosaico, combinada o mixta[3]–, en la que por lo menos una de las partes de la pareja (del mismo o de distinto sexo) aporta un hijo nacido de una relación anterior. En cualquier caso, este fenómeno no es tan novedoso como a simple vista pudiera parecernos[4], sino que la expresión "familias reconstituidas" o, en particular, "familias recompuestas" –que procede de la traducción francesa de *"famille recomposée"*– es un nombre nuevo para una situación antigua[5].

Como decimos, las familias reconstituidas están formadas por los cónyuges o convivientes y los hijos de estos –o por lo menos de uno de los cónyuges o convivientes– que hubieran nacido de sus relaciones anteriores. A partir de esta definición, nos encontramos frente a diferentes posibles tipos de familias, en función de distintas variables, como por ejemplo si existe el otro progenitor de los hijos, si además ejerce la guarda o custodia (en especial, si hay custodia compartida), si junto con los hijos respectivos los hay comunes, si unos y otros son mayores o menores de edad, etc., lo que sin duda provoca distintas problemáticas[6].

Lo que está claro es que en las familias recompuestas no cambia la relación jurídica existente entre los cónyuges o convivientes, ya que los efectos civiles de su unión dependerán de si se casan o viven como pareja de hecho, pero no de la presencia de hijos. Insistimos en que la nota más característica de estas familias es la existencia de hijos procedentes de una unión anterior, a la que se pueden añadir los hijos de la nueva relación.

3 La acepción más aceptada parece ser "familia reconstituida", así, Ajenjo-Cosp, M. y García-Saladrigas, N.: "Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos", *Reis. Rev. Esp. Investig. Sociol,* núm. 155, julio - septiembre 2016, p. 3; Alberdi, I.: *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999. Sin embrago, otros se refieren a la "familia combinada"; Estrada Iguíniz, M.: "Residencia y convivencia en familias combinadas de la ciudad de México", *La ventana*, núm. 36, 2012, *passim*. Por otro lado, a "familias recompuestas o de segundo núcleo" alude Rodríguez Pascual, I.: "Infancia, ruptura matrimonial y diversidad familiar: una aproximación sociológica útil al trabajo social", *Portularia: Revista de Trabajo Social*, vol. 2, 2002, *passim.* También encontramos referencias a las "familias mosaico" en Roigé, X.: "Las familias mosaico: recomposición familiar tras el divorcio", en AA.VV.: *Familias de ayer, familias de hoy: continuidades y cambios en Cataluña* (coord. por X. Roigé), Icaria, Barcelona, 2006, passim.

4 Roca Trías, E.: "Relacions personals i patrimonials en la recomposició familiar", en AA.VV.: *Nous reptes del Dret de familia* (coord. por Area de Dret Civil Universitá de Girona), Documenta Universitaria, Girona 2005, pp. 213-214.

5 Roca Trías, E.: "Relacions personals", cit., p. 214; Ahlers, G.P.: "Stepfamilies Are Becoming The Norm, So Let's Retire Cinderella: How Stepfamilies Can Learn To Thrive", *Child and Family Law Journal*, 2016, vol, 4, Issue 1, Article 3, pp. 27-28.
Según F. Bailey, la familia mixta es un término que se originó en América del Norte y que se ha hecho popular a ambos lados del Atlántico. Una familia mixta se define como "una familia compuesta por una pareja, los hijos que han tenido juntos y los hijos de relaciones anteriores", "Blended Families (Part One)", *Private Client Business,* 2016, 6, p. 260.

6 Vaquer Aloy, A. y Ibarz López, N.: "Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre, 2017, pp. 211-212; Roca Trías, E.: "Relacions personals", cit., pp. 218-222. Rivas Rivas, A. M., Jociles, M.I., Villaamil, F., Moncó, B., Díaz Rodriguez, P., Ávila, D. y Ayala, A.: "La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos", UCM - Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp. 204 y ss.

La familia no es una institución estática sino que atraviesa ciclos causados por la partida o la llegada de algunos de sus miembros, y esos ciclos o etapas, dependiendo de la magnitud, pueden dar lugar a su reorganización. Sin duda, la ruptura de los padres y la subsiguiente integración de un nuevo cónyuge en la unidad familiar serían las principales causas de una importante modificación familiar, al menos en relación con los hijos no comunes que fueran menores de edad.

Ante tales circunstancias nos preocupa el régimen jurídico y el reconocimiento de estas familias pero, sobre todo, la protección de los menores que crecen en su seno. No en vano nos invaden las dudas acerca de quién debería ejercer la responsabilidad parental. En este artículo, pretendemos examinar si la legislación española está a la altura de los desafíos que plantean estas familias y si protege suficientemente a sus miembros. A tal fin debemos abordarlas atendiendo, en primer lugar, a los hijos menores fruto de una relación anterior (no es casual que los enumeremos en primer lugar, pues va a ser su interés el que merezca una protección superior al del resto de miembros); al progenitor con quien convive el menor que ha decidido rehacer su vida con otra persona; a esa otra persona que se convierte en el cónyuge o pareja del progenitor (a quien podríamos llamar padre o progenitor de hecho o de *facto*, o también "social" o "sociológico")[7] y, por último, pero no menos importante, al otro progenitor con quien no convive el menor tras la separación o ruptura.

No podemos desconocer que nos movemos en un ámbito donde va a ser complicado establecer pautas generales de comportamiento, siendo cierto que en todo este entramado de relaciones va a influir de forma decisiva la buena relación que exista entre todos los enumerados anteriormente. Estamos evolucionando hacia una especie de vínculo en el que domina el fundamento "socioafectivo"[8], por lo que habrá que tener en cuenta ciertas constantes, como por ejemplo la intensidad de la relación del menor con su otro progenitor biológico, puesto que no es lo mismo que haya fallecido, que sea desconocido o que estuviera completamente desinteresado y no hubiera contacto con el menor. Incluso en otros casos puede ocurrir que el derecho de visita se ejerza regularmente o el menor conviva con sus padres por igual (custodia compartida), donde la relación con ambos sería muy estrecha, en cuyo caso nos encontraríamos con que el menor podría crecer con tres (o cuatro) referencias paternales[9].

7 Roca Trías, E.: "Relacions personals", cit., p. 219; Navas Navarro, S.: "Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (coord. por R. Barrada, M. Garrido y S. Nasarre), Bosch, Barcelona, 2011, p. 686.

8 Así, Gallus, N.: "Approche juridique", cit., p. 148.

9 Entendiendo el adjetivo "paternal" como "perteneciente al padre o a los padres", en su doble condición de paternal y maternal. El Diccionario de la Lengua Española (RAE) define padre, en sentido masculino plural como "12. m. pl. padre y madre de una persona".

Con todo, y aunque las familias reconstituidas son una realidad y su número va en aumento, son prácticamente invisibles para la legislación española. Puede que la relativa novedad del divorcio en España sea la causa por la que el nuestro Derecho común no las haya tenido en cuenta[10], pero ha llegado el momento de reflexionar acerca de las consecuencias jurídicas que debería otorgarse a la relación que surge entre el menor y el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor, es decir, el padrastro o la madrastra. Mientras que del examen de las disposiciones del Código Civil español no extraemos ninguna consecuencia, no ocurre lo mismo con ciertos Derechos forales, en donde se reconocen algunas obligaciones y derechos del padrastro o la madrastra. Y otro tanto ocurre en los ordenamientos jurídicos de otros países donde, expresiones como "stepparent" o "beau-parent" se refieren al cónyuge del progenitor del menor y presentan la ventaja frente al "padrastro" o la "madrastra" de no tener una connotación marcadamente peyorativa[11].

Ante estas circunstancias convendría alentar al legislador español para que adopte una visión más amplia de estas relaciones por mor de la nueva realidad en la que nos vemos inmersos. En todo caso, cualquier revisión de esta relación necesariamente debería velar por el interés superior del menor[12].

II. SU REGULACIÓN EN OTROS PAÍSES.

En algunos ordenamientos jurídicos como el francés, el holandés, o el inglés se utiliza un concepto de patria potestad susceptible de ser ejercida por otras personas distintas a los padres (autoridad familiar –"autorité parentale"–, o autoridad parental –"parental authority" –)[13], lo cual posibilita que se imponga al cónyuge del progenitor un deber de contribuir al mantenimiento del hijo no común mientras dure la convivencia (así, por ejemplo, en el Derecho holandés, donde los segundos consortes, aunque no tengan vínculo de parentesco con los hijos de sus parejas, tienen obligación de alimentarlos (art. 1:253w CC holandés), donde incluso es posible que el progenitor y su pareja soliciten al juez que les conceda el ejercicio conjunto de la autoridad sobre el menor (art. 1:253t del CC holandés) [14].

10 Roca Trías, E.: "Relacions personals", cit., pp. 214-215 y p. 217.

11 Bernard, C.: "Le statut juridique de la famille famille recomposée et l'intérêt de l'enfant", 33 *Revue juridique Thémis*, 1999, p. 344.

12 Bernard, C.: "Le statut", cit., p. 343.

13 Esto mismo sucede también en el Derecho aragonés y en el catalán.

14 Art. 1:253t del CC holandés: "1. Si sólo uno de los padres tiene autoridad sobre un niño, el Tribunal puede, a petición conjunta de este padre y de una persona que no es el padre del menor, pero que mantiene una estrecha relación personal con dicho menor, confiar a ambos solicitantes la autoridad conjunta. 2. En el caso de que el menor también mantenga una relación familiar legal con su otro progenitor, sólo se podrá conceder esta solicitud si: a) el progenitor y la otra persona, cuando presentan su solicitud han cuidado conjuntamente del niño durante un período ininterrumpido de al menos un año, y; b) el progenitor que ha

Otros ordenamientos jurídicos implican al cónyuge del progenitor en el ejercicio de la potestad mientras dura la convivencia. En virtud de ello, en la legislación suiza, el cónyuge del progenitor contrae por el matrimonio el deber de asistir a su pareja en el ejercicio de la patria potestad y de representarlo cuando las circunstancias lo requieran. De este modo se reconoce el ejercicio de los atributos de la patria potestad sobre los hijos del cónyuge (art. 299 CC suizo, referido a los "beaux-parents")[15], por lo que se les impone una obligación de manutención indirecta de los hijos que los cónyuges hubieran tenido en uniones anteriores.

Por su parte, en Alemania, el primer paso hacia el reconocimiento legal de lo que se ha denominado "la paternidad social" se produjo en el año 2001 con la introducción de una responsabilidad parental limitada del cónyuge del progenitor. Según el §1687 BGB, el cónyuge de un progenitor con responsabilidad parental exclusiva tiene la facultad, de acuerdo con el progenitor que tiene la responsabilidad parental, de tomar decisiones conjuntas en asuntos de la vida cotidiana del menor[16]. Sin embargo, esta disposición resulta insuficiente, ya que depende de la responsabilidad parental exclusiva del cónyuge, lo que solo ocurre en raras ocasiones, dado que la mayoría de las parejas tienen la responsabilidad parental conjunta después del divorcio y, además, es de esperar que esta situación vaya en aumento[17].

En la actualidad, en Alemania, como también acontece en otros Derechos como el nuestro, la adopción sería la única manera de que el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor adquiriese la plena responsabilidad parental del menor (§ 1741 BGB). Sin embargo, con ello no siempre se estaría atendiendo al interés superior del menor. En primer lugar, porque la adopción por el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor podría poner fin a los vínculos jurídicos –incluidas las relaciones familiares– con el otro progenitor y su familia, y

presentado la solicitud ha tenido autoridad exclusiva sobre el menor durante un período ininterrumpido de al menos tres años. 3. La solicitud se rechaza si, también a la luz de los intereses del otro progenitor, existen motivos fundados para temer que los intereses del niño se vean desatendidos si se concede la solicitud. (…)".

15 Art.. 299 CC suizo "Cada uno de los cónyuges debe asistir de manera adecuada a su cónyuge en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos del otro y representarlo cuando las circunstancias lo requieran". En sentido similar se pronuncia el art. 278.2 CC suizo: "Cada uno de los cónyuges está obligado a ayudar a su cónyuge de manera adecuada en el cumplimiento de su obligación de manutención de los hijos nacidos antes del matrimonio".

16 Según el § 1687 BGB, referido al "Ejercicio de la custodia parental conjunta cuando los padres viven separados":
1) Si los padres que tienen la custodia parental conjunta viven separados, en relación con las decisiones en asuntos importantes para el menor será necesario el acuerdo de ambos. El progenitor con el que el menor reside habitualmente, bien con el consentimiento del otro progenitor o bien por una decisión judicial, tiene la autoridad para decidir por sí solo en asuntos de la vida cotidiana. Por regla general, las decisiones en asuntos de la vida cotidiana son las que se toman con más frecuencia y no tienen efectos que alteren el desarrollo del menor. Mientras el menor, con el consentimiento de este progenitor o sobre la base de una decisión judicial, resida con el otro progenitor, este último tiene autoridad para decidir solo en cuestiones de guarda efectiva (…).

17 Dethloff, N.: "Changing Family Forms: Challenges for German Law", 46 *Vict. U. Wellington L. Rev.*, 2015, p. 671.

no siempre se valora adecuadamente el hecho de que la adopción constituya una relación legal de por vida que prevalece incluso cuando el matrimonio se rompe.

A pesar de que la relación entre el menor y la pareja de su progenitor pueda ser más próxima que la que tenga con el padre biológico, la ley alemana no permite que aquel ejerza la responsabilidad parental. Por ejemplo, en el caso de que el progenitor biológico con el que el menor convive en régimen de familia reconstituida falleciera, sería el otro progenitor biológico quien tendría la responsabilidad parental exclusiva, si ya la tenía antes. A su vez, este progenitor puede exigir que el menor se vaya a vivir con él (§ 1632.1 BGB), incluso aunque exista una relación muy estrecha entre el menor y el padrastro o la madrastra, y ello a pesar de que no exista ninguna o muy poca conexión emocional entre el menor y su padre biológico vivo[18].

No obstante lo anterior, es posible que el tribunal de familia, de oficio o a petición del cónyuge del progenitor, ordene que el menor permanezca con el padrastro o la madrastra, siempre y cuando lo aconseje el interés superior del menor, al menos temporalmente (§ 1682). Sin embargo, cuando el padre biológico y su pareja conviven sin estar casados, la situación se complica, ya que no existe ninguna disposición que permita una orden judicial en estos supuestos y el menor deberá ser entregado al otro padre. En todo caso podría existir un derecho de visita si la pareja del progenitor puede considerarse una persona con la que el menor se relaciona estrechamente, o si tiene o ha tenido una responsabilidad real sobre el menor, por ejemplo porque ha vivido durante un largo período con él (§ 1685. 2)[19]. A tenor de todo ello puede decirse que los vínculos entre el padre "social" y el menor no están suficientemente protegidos por el Derecho de familia alemán, por lo que la doctrina alemana demanda reformas urgentes[20].

En lo que respecta a Reino Unido, desde el 30 de diciembre de 2005, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor puede solicitar la responsabilidad parental respecto de los hijos menores de su pareja, en virtud del artículo 4A introducido en la Ley de la infancia de Reino Unido (*Children Act* 1989)[21].

18 Dethloff, N.: "Changing Family", cit., p. 675.

19 Dethloff, N.: "Changing Family", cit., p. 675.

20 Dethloff, N.: "Changing Family", cit., pp. 674-675.

21 Adquisición de la responsabilidad parental por el padrastro o la madrastra:
"(1) Cuando el padre o la madre ("padre o madre A") que tiene la responsabilidad parental del menor está casado con [o una pareja civil de] una persona que no es el padre o la madre del menor ("el padrastro o la madrastra")
(a) el progenitor A o, si el otro progenitor del niño también tiene la patria potestad sobre el mismo, ambos progenitores pueden, de acuerdo con el padrastro o la madrastra, disponer que este ejerza la patria potestad sobre el menor; o
(b) el tribunal podrá, a petición del padrastro o madrastra, ordenar que este tenga la patria potestad. (…)".

Por su parte, en Estados Unidos, donde se ha estimado que uno de cada tres estadounidenses es, de alguna manera, miembro de una familia reconstituida[22], se ha evolucionado, como no podía ser de otro modo, desde la consideración tradicional basada en que el cuidado, la custodia y el control de un menor recae en los padres biológicos heterosexuales o en sus padres adoptivos, hasta permitir al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor asumir el cuidado de los menores por orden de los tribunales, incluso a pesar de las objeciones de los padres biológicos, reconociéndolos como padres "de facto"[23]. El cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que haya desarrollado "lazos familiares" o relaciones de tipo parental con los menores debería tener un mayor reconocimiento legal para asumir el cuidado de los menores, pero ese reconocimiento de atribuciones es distinto en cada Estado. Así, se recomienda que se conceda al padrastro o la madrastra la posibilidad de solicitar la custodia si ha actuado como padre de *facto*, con una presunción a favor de la custodia cuando el padre biológico hubiera fallecido, y la posibilidad de una custodia conjunta en otros casos. En algunos Estados se ha contemplado la obligación de pagar la manutención del menor si la convivencia se disuelve después de un período de dos años o más[24]. En este contexto, habrá que determinar si, en determinadas circunstancias, un menor debería poder tener no sólo dos, sino tres padres legales, como ya ocurre en algunos Estados (*California Family Code* § 3040.d) [25].

Por último, la dirección en la que se está moviendo la legislación canadiense es hacia la imposición de importantes obligaciones de apoyo al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor. Ello se debe a tres acontecimientos: 1º) el establecimiento, en los dos últimos decenios, de una serie de pruebas para la imposición de obligaciones de manutención basadas en la asunción de la función parental, pruebas que en la práctica han implicado la determinación de si la relación se ajustaba a la imagen convencional de la vida familiar; 2º) La segunda novedad vino de la mano del caso Chartier c. Chartier de la Corte Suprema de Canadá en 1999, que eliminó la capacidad de los tribunales para limitar o reducir al mínimo las obligaciones de manutención del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor sobre la base de la finalización del contacto tras la separación, y articuló una visión más amplia de sus obligaciones de manutención, como si no fueran de

22 Busharis, B.: «A very brady conflict: Are stepparentes "close family members"», 26, núm. 4, *Trail Advocate Quarterly*, 2007.

23 Jeffrey A. Parness. J.A. y Timko, M.: "De Facto Parent and Non Parent Child Support Orders", 67 issue 3, *American University Law Review*, February, 2018, p. 769.

24 Bowman, C.G.: "The legal relationship between cohabitants and their partners' children", 13 *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, pp. 127-151.

25 § 3040.d: "Cuando un menor de edad tenga más de dos progenitores, el tribunal asignará la custodia y el régimen de visitas entre los progenitores atendiendo al interés superior del menor, lo que incluye, entre otras cosas, atender a la necesidad de continuidad y estabilidad del menor mediante la preservación de las pautas establecidas de cuidado y los vínculos emocionales. El tribunal podrá ordenar que no todos los padres compartan la custodia legal o física del menor si considera que ello no atiende al interés superior del menor según lo dispuesto en los artículos 3011 y 3020

naturaleza diferente de las de los padres biológicos; 3º) La tercera novedad fue la introducción de directrices sobre la manutención de los hijos, basadas en unas tablas[26].

Volviendo al caso Chartier c. Chartier[27], mientras algunos lo han elogiado por haberse centrado en el interés del menor, en particular por haber rechazado expresamente la posibilidad de que el cónyuge del progenitor utilizara la finalización unilateral de la relación como base para eludir las obligaciones de manutención, otros lo han criticado con el argumento de que creaba una incertidumbre considerable. Y ello tanto porque generaba inseguridad acerca de si cuando alguien decide entablar una relación con una persona que ya es padre o madre incurrirá en la obligación legal de mantener a sus hijos, como porque tal medida podría desincentivar el tener una relación significativa con los menores, lo cual sería una consecuencia indeseable[28].

Con ello, la Corte Suprema de Canadá amplió la doctrina "in loco parentis" al contexto de las obligaciones del cónyuge del progenitor. En concreto, al sostener que un padrastro no puede poner fin unilateralmente a su condición de "in loco parentis", se ha reconocido la posibilidad de que un menor pueda tener dos (o más) "padres" a los efectos de las obligaciones de manutención, abriendo así la puerta a la noción de múltiples padres y deudores de obligaciones de manutención, entre otras[29].

III. LA SITUACIÓN LEGAL EN ESPAÑA.

1. Cuestiones generales.

Pese a que las familias reconstituidas están extendiéndose de un modo significativo y ocupando parcelas que más pronto que tarde deberían ser objeto de atención por el legislador español, no encontramos referencia alguna al menos en el Código civil. Sin embargo, no cabe duda de que este tipo de familia necesita de una identidad que dote a sus miembros de seguridad sobre todo en las relaciones que surgen entre el cónyuge o pareja del progenitor y los hijos de este último.

26 Aunque algunos jueces siguen adoptando un enfoque discrecional que permite considerar una amplia gama de factores –como la naturaleza y la duración de la relación–, el enfoque dominante es aquel en el que la discreción es limitada, y las cuantías de manutención de los cuadros tienen un valor presuntivo, Rogerson, C.: "The Child Support Obligation of Step-Parents", 18 *Canadian Journal of Family Law*, 2001, pp. 9-157.

27 [1999] 1 S.C.R. 242, 1999 CarswellMan 25, 1999 CarswellMan 26 (S.C.C.) [*Chartier*].

28 Burke, B. y Chipeur, S.: "The More the Merrier? Multiple Parents and Child Support", 29, núm. 2, *Canadian Family Law Quarterly*, 2010, pp. 185-186.

29 Young, A.H.: "This Child Does 2 (Or More) Fathers…: Step-parents and Support Obligations", 45 *Mc Gill Law Journal*, 2000, p. 107.
También se refiere a la doctrina *in loco parentis*, Mahoney, M.M.: "Steppartens as Third Parties in Relation to Their Stepchildren", 40 *Family Law Quarterly Spring*, 2006, pp. 81-108.

Y es que a pesar de que el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor ejerce, *de facto*, funciones parentales, parece que todavía se considera que está en un plano secundario, sin haber encontrado su lugar en el ámbito jurídico. Teniendo en cuenta que si los cambios sociales no vienen acompañados de una modificación de las normas se producen situaciones incontroladas, comienza a ser necesario valorar estas relaciones para atribuir un estatus jurídico a la pareja del progenitor que permita explicar el rol que desempeña en la familia.

Siendo la familia reconstituida más antigua la que proviene de la muerte de uno de los cónyuges, encontramos otras variedades: parejas procedentes de un divorcio en el que uno de los cónyuges tiene hijos; parejas procedentes de un divorcio en donde los dos cónyuges tiene hijos; persona divorciada que tiene hijos y encuentra una nueva pareja soltera; parejas homosexuales que conviven con hijos de uno de los miembros, ya sean de un precedente heterosexual, concebidos mediante técnicas de reproducción asistida o adoptados en un proceso de homoparentalidad, etc.[30].

Los vínculos entre el padre social o progenitor de hecho (o "de facto") y el menor no están suficientemente protegidos por el Derecho de familia español, por lo que se necesitan reformas urgentes. En este sentido, podría ser aconsejable introducir una disposición que permitiera al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor obtener alguna forma de responsabilidad parental, como por ejemplo ya ocurre en Nueva Zelanda (*Care of Children Act* 2004, s 47.1.c)[31] o en Australia (*Family Law Act* 1975 (Cth), s 65.C.c)[32].

Hasta ahora parece que al menos en nuestro Derecho sus únicas facultades provienen del cónyuge, facultades que se limitan a cuestiones relacionadas con la vida cotidiana del menor que, de por sí, no requieren del acuerdo de ambos padres

30 Entre otros, Gould, J.W., Fisher, N.B. y Dikel, D.: "How Children experience the Blended Family", 36-SUM *Family Advocate*, 2013, p. 4.

31 Quién puede solicitar una orden de paternidad
(1)En el párrafo 1 del artículo 48, por persona elegible, en relación con un niño, se entiende cualquiera de las siguientes personas:
(a)un padre
(b)un tutor
(c)el cónyuge o pareja de uno de los padres (…)
Disponible en http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0090/67.0/DLM317606.html, (consulta de 14/06/2020).

32 Art. 65C "Quién puede solicitar una orden de paternidad"
Una orden de paternidad en relación con un niño puede ser solicitada por:
a) uno o ambos padres;
b) El menor; o
ba) un abuelo del niño; o
c*) Cualquier otra persona que se ocupe del cuidado, el bienestar o el desarrollo del niño.*
La cursiva es nuestra. Disponible en https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00385 (consulta de 14/06/2020).

si están separados[33]. Al menos así se ha previsto expresamente en la Compilación del Derecho civil de Aragón y en el Código civil catalán.

Deviene necesario poder hablar en esas familias reconstituidas de lo que podríamos llamar una relación "parental"[34] donde la responsabilidad hacia los menores que viven en esa nueva unidad familiar sea asumida tanto por uno de los progenitores como por su pareja. Ello supondría que una persona que no tiene vínculo alguno con el menor, es decir, no tiene parentesco en sentido estricto, podría participar en su mantenimiento diario y en su educación[35].

2. Los Derechos forales.

A diferencia de lo que ocurre, o mejor dicho, no ocurre, en el Código civil español, encontramos algunas referencias a los padrastros y madrastras en algunos Derechos forales, en concreto, en los Derechos de Aragón y Cataluña.

En la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, el art. 10 se refería a la "autoridad familiar", señalando que los abuelos podían asumir en determinados casos la autoridad familiar (sobre sus nietos), que incluso cabía reconocer al padrastro o madrastra respecto de los menores, una vez huérfanos estos[36]. Pero tal autoridad no incluía la administración de los bienes del menor, para la que había que designar un tutor, si bien en la actualidad, tanto a los abuelos como «al cónyuge no progenitor del bínubo premuerto», e incluso a los hermanos, puede atribuírseles el ejercicio de la autoridad familiar «con los mismos derechos y obligaciones que correspondían a los padres», señaladamente con la facultad de administrar y disponer de los bienes del menor sin sujetarse a las reglas, cautelas y garantías de la tutela.

La reforma de la Compilación del Derecho civil de Aragón por la Ley de las Cortes de Aragón de 16 de mayo de 1985, conservó los rasgos peculiares de su tradición histórica sobre las relaciones entre padres e hijos, centrados en la negación de la patria potestad romana y la configuración de una autoridad que

33 Dethloff, N.: "Changing Family", cit., pp. 674-675.

34 No olvidemos que parentales un adjetivo que significa "Perteneciente o relativo a los padres o a los parientes", y parentesco un "Vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra *relación estable de afectividad análoga a esta*", (la cursiva es nuestras), según el Diccionario de la Lengua Española (RAE).

35 Gallus, N.: "Approche juridique", cit., p. 148.

36 Artículo diez de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón:
"Autoridad familiar de otras personas.
Uno. Fallecidos los padres, o cuando éstos fueren privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio, o de hecho no atiendan a sus hijos menores, los abuelos, por el orden señalado por el Código Civil para la tutela legítima, podrán tenerlos consigo y criarlos, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad.
Dos. Fallecido un cónyuge bínubo, el sobreviviente podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquél y encargarse de su crianza y educación. Sólo por motivos de moralidad, mal trato o incumplimiento de dicha función podrán ser separados de él".

tiene como único objeto la protección del menor. Supuso una novedad el apartado 3 del art. 9 según el cual, cuando el hijo de uno solo de los cónyuges conviva en la casa, por ejemplo a consecuencia del fallecimiento del otro progenitor y nuevo matrimonio del supérstite, pero también en los demás casos imaginables a consecuencia de divorcio o separación, o respecto de hijos extramatrimoniales, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar, si así se lo pide. Es decir, el cónyuge no progenitor no ejerce una autoridad propia, sino que participa de la de su cónyuge (que es el padre del menor).

Merece nuestra atención también la actual sección 4 del capítulo II, del título II del Libro I del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA), aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, sobre «autoridad familiar de otras personas». En este contexto hay que traer a colación el art. 85 del Código de Derecho Foral de Aragón, referido a la Autoridad familiar del padrastro o la madrastra:

"1. El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad.

2. Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar".

El Derecho de Aragón (ya desde la Compilación de 1967) fue el primero que previó la posibilidad de que el padrastro participase en la autoridad familiar respecto de los hijos de su cónyuge que vivieran en el hogar familiar, con el objetivo de que ambos pudieran participar de los mismos derechos y deberes respecto de todos los descendientes, comunes o no, que conviven en el hogar familiar[37]. También para el caso de muerte de los progenitores se regula el otorgamiento al padrastro de la autoridad familiar para evitar la constitución de la tutela. Las facultades de los llamados a ejercer la autoridad en este caso son las mismas que tenían lo padres, incluidas la administración y disposición del patrimonio de hijo, pero no se constituye una relación de filiación, de forma que el hijo conserva las relaciones de parentesco y los apellidos y no adquiere derechos sucesorios.

En concreto, este art. 85 se refiere a la autoridad familiar del padrastro o la madrastra y establece que el cónyuge (nótese que no incluye al conviviente en pareja de hecho) del único (se excluye en este caso la doble custodia) titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ellos comparte el ejercicio de dicha autoridad y si fallece ese único titular, su cónyuge podrá continuar teniendo

37 Incluso en el art. 116 se incluyen entre las personas que pueden ser designadas como titulares de las funciones tutelares (apartado d). *Vid.* Duplá Marín, M.T.: "Hacia un nuevo modelo de filiación, de hecho, en las familias reconstituidas o ensambladas", *Civitas et Iustitia*, 8/VI/2, Roma, 2008, pp. 219-236.

en su compañía a los hijos menores de aquel, así como también encargarse de su cuidado y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar. En el caso de que no se aplicare esta previsión, la autoridad familiar se llevaría a cabo por los abuelos, con preferencia de los que correspondan a la rama con la que el nieto guarde mejor relación (art. 86) y, a falta de abuelos, corresponderá a uno de los hermanos mayores de edad (art. 87).

Por ello decimos que el Derecho aragonés constituye el primer precedente legislativo español en contemplar estas familias y por tanto ha sido el primero en prever la posibilidad de que el padrastro/madrastra participe en la autoridad familiar respecto de los hijos de su cónyuge que viven en el hogar familiar. En tal caso, se derivan una serie de derechos y obligaciones según se atienda a si el progenitor custodio del menor está vivo o ha fallecido. En el primer caso, el régimen jurídico del padrastro o madrastra comprenderá el derecho (compartido con el progenitor custodio) al ejercicio de la autoridad familiar sin que esta le sea atribuida. Mientras que en el segundo caso, el padrastro o madrastra tendrá el derecho preferente y automático a la titularidad de la autoridad familiar, a no ser que el progenitor hubiera establecido en instrumento público su voluntad contraria.

Es por ello por lo que el Derecho aragonés, así como también el catalán, utiliza un concepto de patria potestad susceptible de ser ejercida por otras personas (autoridad familiar, potestad parental). Como señala Parra Lucán, la autoridad familiar, que no es –conceptualmente–, el equivalente de la institución de la patria potestad, es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación. Habitualmente lleva consigo la gestión de los bienes del hijo, pero no como contenido de un deber paterno, sino como función aneja a la autoridad familiar (que no es esencial a la misma puesto que también puede corresponder a otras personas, art. 9 CDFA). Esta distinción y la relativa disociación entre autoridad familiar y gestión de bienes facilita la atribución del ejercicio de la autoridad familiar a personas distintas de los padres (padrastro o madrastra, abuelos, hermanos mayores) sin darles acceso por ello a la gestión de los bienes. Si bien la autoridad familiar en principio se ejerce por los dos progenitores, también puede ser ejercida tanto por los padres como por los abuelos, los hermanos mayores o por el cónyuge del premuerto no progenitor (art. 63)[38].

Junto al Derecho aragonés merece una especial atención el Código civil de Cataluña, ya que el Derecho catalán tampoco vive de espaldas a esta realidad sino

38 Parra Lucán, M.A.: "La familia en el Derecho Civil de Aragón", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 763-764.

que, muy al contrario, es bien consciente de ella[39]. En conexión con ello, el art. 236-14 del Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), asigna ciertas facultades al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor (aquí sí se incluye al conviviente, a diferencia del Derecho aragonés) que tiene la guarda del hijo (parece que aquí también cabría la custodia exclusiva o compartida, a diferencia del Derecho aragonés, donde sólo se hace referencia a la exclusiva) otorgándole el derecho de poder participar en la toma de decisiones sobre asuntos cotidianos. En caso de que haya desacuerdo entre el progenitor y su pareja prevalecerá el criterio del progenitor[40], lo que sin duda nos permite vislumbrar la visión adulto-paternalista que tiene el legislador en relación con el principio del interés del menor[41]. Nos cuestionamos, pues, si con ello realmente se está tomando en consideración el interés del menor o es el de su progenitor el que se tiene en cuenta, ya que el mejor interés del menor no tiene por qué coincidir siempre con el criterio de su progenitor.

Asimismo se prevé que en caso de riesgo inminente para el menor, como por ejemplo un accidente, dicho cónyuge o conviviente en pareja estable pueda adoptar las medidas necesarias para el bienestar del menor, de todo lo cual debe informar sin demora a su cónyuge o conviviente para que este a su vez informe al otro progenitor.

Lo anterior supone que, mientras conviven el progenitor y su pareja (casados o no), esta puede participar en la toma de decisiones sobre asuntos concernientes a la vida diaria del menor (así, autorizar una excursión escolar, acudir con el menor a un espectáculo público, comprarle unos zapatos, etc.). Lo que no hay es una potestad parental (lo que en el Derecho común equivaldría a la patria potestad) del padrastro, no es titular de esa función en sentido estricto, sino que se limita a participar en la toma de decisiones (es lo que equivaldría a la *Kleines Sorgerecht* de la doctrina alemana, que el Derecho catalán ha cogido de referencia en este punto)[42].

Esas facultades que se otorgan al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor no necesitan de un tiempo mínimo de convivencia. Nos da la sensación de que el legislador parte de un modelo de familia reconstituida modélica, en donde la convivencia es sencilla –cuando sabemos que no suele ocurrir así–, y a

39 Roca Trías, E.: "Relacions personals", cit., p. 224.

40 El padrastro o madrastra actúa de forma individual y autónoma, con decisión propia, no como mero colaborador del progenitor guardador y, aunque no tiene por qué actuar de acuerdo con este (a diferencia, por ejemplo del Derecho alemán), en caso de desacuerdo prevalece el criterio del progenitor, así, Rivero Hernández, F.: "La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (coord. por R. Barrada, M. Garrido y S. Nasarre), Bosch, Barcelona, 2011, p. 64.

41 Navas Navarro, S.: "Los derechos", cit., pp. 617-618.

42 Rivero Hernández, F.: "La reforma", cit., p. 64.

partir de ese modelo atribuye una legitimación legal extraordinaria al cónyuge o conviviente desde el mismo momento en que se inicia la convivencia con el menor o menores[43]. Desde nuestro punto de vista, y precisamente porque no suele ser sencilla la adaptación, hubiera sido conveniente establecer una convivencia mínima entre el titular de la legitimación y el menor. Lo contrario, es decir, el resultado final recogido en el Código civil de Cataluña, nos hace pensar que la norma está hecha en interés del adulto y no en interés del menor, algo que ocurre más a menudo de lo deseable[44].

Efecto derivado de lo anterior será que el cónyuge no progenitor podrá participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a la vida diaria de la familia junto con su pareja, mientras que al otro progenitor le correspondería la titularidad pero no el ejercicio de la potestad. Y si los progenitores conservan sus obligaciones, al padrastro o madrastra no se le puede imponer una obligación de alimentos, no se constituye una relación de filiación, por lo que el hijo conserva las relaciones de parentesco y los apellidos, y tampoco adquiere derechos sucesorios de la pareja del progenitor con el que convive.

En relación con esto mismo, el artículo siguiente, el 236-15 CCC se refiere a la atribución de la guarda del hijo en caso de fallecimiento del cónyuge progenitor. En primer lugar establece dicho precepto que si muere el progenitor que tenía atribuida la guarda de forma exclusiva, la recupera el otro progenitor. A continuación se completa el artículo permitiendo que la autoridad judicial atribuya, de forma excepcional, cuando sea lo más conveniente para el menor y previa convivencia entre ambos[45], la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, siempre con informe del ministerio fiscal y previa audiencia del otro progenitor y del propio menor.

Si en el caso del Derecho aragonés se atribuye al padrastro o madrastra la autoridad familiar, en el caso del Derecho catalán el precepto se refiere a la atribución de la guarda del menor y demás funciones propias de la potestad parental, en este caso siempre que no la hubiera recuperado el otro progenitor.

Y aunque finalmente no se le atribuyera la custodia del menor con las funciones propias de la potestad parental al cónyuge o conviviente estable, el art. 236-15 CCC contempla la posibilidad de solicitar al Juez que le atribuya un "régimen de relación", siempre pensando en el interés del menor y solo si hubiera existido una

43 Navas Navarro, S.: "Los derechos", cit., pp. 654-655.

44 Navas Navarro, S.: "Los derechos", cit., p. 665.

45 En el Anteproyecto de este Libro Segundo del Código civil de Cataluña se fijó ese periodo de convivencia en 3 años, pero en la redacción final no se concretó nada al respecto, por lo que quedará a discreción de juez, que conjugará ese dato con el interés del menor, *vid*. Rivero Hernández, F.: "La reforma", cit., p. 65.

convivencia con el menor durante los dos últimos años, lo cual en cierto modo es una norma innecesaria porque la concesión de esa relación ya está prevista por el art. 236-4-2 CCC en donde se establece que los hijos (entiéndase también hijastros) tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, así como también todos estos tienen el derecho a relacionarse con los primeros[46]. No obstante, este artículo solo se refiere al supuesto de fallecimiento del progenitor que forma parte de la familia reconstituida. ¿Sería lo mismo en el caso de divorcio? Algún autor entiende que se extinguiría el estatuto de padrastro[47] pero consideramos que aunque ese criterio será el que impere en la inmensa mayoría de situaciones, habría que ir caso por caso.

4. Previsiones legales.

Llegados a este punto cabría preguntarnos por la situación legal actual en el Derecho común. Nos preocupa el hecho de no saber cuál es el papel que desempeña la pareja del progenitor en la nueva familia: no es titular de la patria potestad, ya que en el Derecho común solo corresponde al padre y a la madre, pero ¿sería aconsejable que tuvieran al menos su ejercicio o alguna de sus funciones?

Hoy por hoy en el Código civil la relación entre el menor y la pareja del progenitor no genera obligaciones jurídicas entre ellos, simplemente no se contempla, siendo la única manera posible de que la familia reconstituida adquiera un estatus legal a través de la adopción[48]. Sin embargo, ante todo hay que atender al interés superior del menor, porque la adopción, al menos en nuestro Derecho, podría poner fin a todos los vínculos jurídicos –incluidas las relaciones familiares– con el otro progenitor y su familia (art. 178.1 CC)[49]. No obstante, hay que traer a colación la reforma del art. 178 CC introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con la que se introduce un nuevo apartado, el número 4 a tenor de cual "Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones ente el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos (…)".

46 Así, Rivero Hernández, F.: "La reforma", cit., pp. 66-67.

47 Rivero Hernández, F.: "La reforma", cit., p. 67.

48 Mientras que en épocas pasadas la adopción tenía lugar en estos supuestos por fatalidad, ahora se produce por propia voluntad. Pero esa fatalidad ha presidio la escasa regulación que tenemos, donde se produce además una ruptura de vínculos para que el menor se integre en la nueva familia, Roca Trías, E.: "Relacions personals", cit., p. 217; Mangnall, J. K.: "Stepparent Custody Rights after Divorce", *Southwestern University Law Review,* 1997, p. 399.

49 No hay que olvidar que el art. 176.1.2° CC permite la adopción sin propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

Como reza en su Preámbulo, en el art. 178 CC se incluye, "como una importante novedad, la posibilidad de que, a pesar de que al constituirse la adopción se extingan los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de procedencia, pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, lo que podría denominarse como adopción abierta". Para ello es necesario que lo acuerde el Juez en la resolución de constitución de la adopción, a propuesta de la Entidad Pública, previa valoración positiva en interés del menor por los profesionales de esa Entidad, y siendo consentido por la familia adoptiva y el menor que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera más de doce años.

Con ello se pretende buscar "alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades". Con la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, dando lugar a que la familia de origen acepte mejor la "pérdida", y que el menor pueda beneficiarse de la vida estable que le proporciona su familia adoptante a la vez que mantiene los vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos.

No hay que olvidar que la adopción constituye una relación legal de por vida que prevalece incluso cuando el matrimonio del padre y el padrastro no lo hace. Por ello, la posibilidad de conceder simplemente la responsabilidad parental sin la constitución de la paternidad legal –como ocurre en algunos otros países– debería ser tomada en consideración.

Junto a la posibilidad de la adopción por el nuevo consorte del progenitor, se podría intentar un acogimiento, pero no pensando en situaciones de desamparo (art. 172 CC) sino solo con la finalidad de proporcionar un estatuto jurídico al padre o a la madre de hecho. Así tendría un título que le legitimaría para adoptar las decisiones correspondientes, sin eliminar las relaciones del menor con su padre o madre biológico; admitir que el menor se pueda quedar bajo la guarda y custodia del padre o madre de hecho, cuando sea conveniente para su interés o cuando los padres naturales lo hayan acordado, sería tanto como legitimar los pactos de delegación no de la potestad sino de la guarda. Esta solución se acepta en el Derecho catalán que la admite en el art. 139 CCC. En palabras de Roca Trías, esta especie de "ménage à trois" solo puede ser eficiente cuando las tres partes están interesadas en el menor y cooperan, pero no hay que perder de vista que puede dar lugar a una "desresponsabilidad" del progenitor no conviviente[50].

En efecto, se podría permitir la atribución de las funciones de la patria potestad al padrastro con el consentimiento de los dos progenitores y autorización judicial.

50 **Así, Roca Trías, E.: "Relacions personals", cit., pp. 236-237.**

Además, sería conveniente que en tales casos se incluyera como requisito la convivencia de al menos un año ininterrumpido con anterioridad a la solicitud. El otro progenitor debería ser notificado para que consintiera la atribución a menos que estuviera privado o excluido de la potestad y el juez podría adoptar la medida en ausencia de este consentimiento si valorase que es adecuado para el interés del hijo[51].

Como resultado de ello tendríamos que uno de los progenitores ejercerá el conjunto derechos y deberes de la potestad y al otro progenitor le correspondería la titularidad pero no el ejercicio de la potestad. En concreto, a ese otro progenitor aun le corresponde velar por el hijo, alimentarlo, participar en las decisiones importantes que le concierna, tener contacto con él, o conocer las circunstancias sobre su cuidado personal y la gestión de sus bienes.

La realidad es que en la mayoría de los casos lo que ocurre es que ni tiene lugar la adopción del menor ni, se produce la atribución de la patria potestad, sino que la pareja del progenitor ejerce de hecho la guarda del menor.

Con todo, parece extraño o, cuanto menos cuestionable, que los padres puedan elegir a quien quieran para que ocupe su lugar después de su muerte (art. 234.4 CC), pero no puedan conferir por sí mismos la responsabilidad parental a la persona con la que se casan. Esto podría tener sentido en épocas pasadas, dado el énfasis tradicional que se hacía recaer en el vínculo genético y la negativa implícita de la ley a reconocer la posibilidad de que un menor tuviera más de dos padres a la vez. Sin embargo, actualmente la responsabilidad parental puede ser compartida por varias personas diferentes, y el vínculo genético puede ser desplazado (como en el caso de la reproducción asistida). Por lo tanto, hay menos objeciones teóricas a conceder cierto estatus a las parejas de los progenitores y, sobre todo cuando comparten su cuidado diario, existen suficientes razones para hacerlo[52].

Si bien la atribución de la custodia del menor al padrastro o madrastra junto con el cónyuge progenitor no cambiaría la naturaleza de la relación entre el otro padre biológico y el hijo, lo cierto es que esta situación puede incomodar a ese otro padre, que puede llegar a sentir que su papel se verá relegado y que el equilibrio de poder será desigual entre él y, por otro, el otro progenitor y su nuevo cónyuge que forman una nueva familia. En esas circunstancias, si no hay acuerdo, se podría acudir al juez quien, atendiendo al interés superior del menor, valorará tanto la naturaleza de la relación del menor con su padre biológico, como la relación con el cónyuge del otro progenitor[53].

51 Garriga Gorina, M.: "Les relacions paterno filials de fet", *Indret* 3/2004, p. 13.

52 Douglas, G. y Lowe, N.V.: "Becoming a Parent in English Law", *Law Quarterly Review* 1992, 108 (Jul), pp. 414-432.

53 Bailey, F.: "Blended families (Part One)"..., *cit.*, pp. 261-262.

A) Durante el transcurso de la familia reconstituida.

En el funcionamiento diario de las familias reconstituidas nos preguntamos acerca de si la pareja o cónyuge del progenitor del menor tiene alguna obligación de manutención con respecto a dicho menor.

Observamos una evolución. Por ejemplo, hace unos años la doctrina entendía que exigir que los ingresos del cónyuge del progenitor se pudieran destinar a la manutención de los hijos de su cónyuge supondría una tensión injustificada en un segundo matrimonio que ya se enfrenta a otras exigencias tanto emocionales como económicas[54]. A diferencia de un padre biológico, que tiene la obligación legal de mantener a sus hijos, no existe una obligación similar con respecto a la pareja del progenitor (art. 143 CC), lo que sin embargo no impide que participe, al menos de forma indirecta, en el cuidado de esos menores[55]. No existe ni esa obligación de alimentos ni ninguna otra con respecto al menor, por lo que sería interesante que algún tribunal se pronunciase y señalase que al contraer un nuevo matrimonio o formalizar una unión de hecho, el segundo cónyuge puede tener la obligación de contribuir al cuidado y la manutención de los hijos del primer matrimonio.

A lo que sí podemos recurrir en nuestro Derecho es a las cargas de la sociedad de gananciales. El art. 1362.1ª, segundo párrafo, señala que "La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación". Por tanto, no queda exento de su contribución al levantamiento de las cargas familiares en cuanto al hijastro que conviva en la unidad (si bien es cierto que, al margen de ello, lo que no tiene es una obligación de alimentos "entre parientes", porque no lo son). Sin embargo, al referirse a la sociedad de gananciales, sólo se incluyen esos gastos de los hijos no comunes que convivan cuando haya matrimonio y se pacten o exista ese régimen, mientras que si nos encontramos ante una pareja de hecho, el tema ha de ser acordado, lo cual en atención al interés superior del menor, no parece aconsejable además de que resultaría discriminatorio[56].

Como decimos, dado los segundos consortes del progenitor biológico no tienen vínculo de parentesco con los hijos de estos, no tienen obligación de alimentarlos[57]. Pese a que sería beneficioso para el menor poder beneficiarse

54 Riley, J.M.: "Stepparents' Responsability of Support", 44 *Louisiana Law Review*,1984, p. 1776.

55 Bryniczka, P.M.: "Rights, Responsibilities & Liabilities of a Stepparent", 36 *Family Advocate*, 2013, pp. 26-27.

56 Navas Navarro, S.: "Los derechos", cit., pp. 667-668.

57 Roca Trías, E.: "Relacions personals", cit., p. 229.

de ello, no parece que los tribunales estén dispuestos a adoptar un enfoque innovador, mientras que no se recoja en el Código. En cualquier caso, ha llegado el momento de no seguir dando la espalda a una situación que desde hace unos años es una realidad. En esta misma línea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 15 diciembre 2016 (TJCE/2016/493), caso *Noémie Depesme* y otros contra el *Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche* (C-401/15) equiparó las ayudas por hijo a la descendencia previa que en los casos de las familias reconstituidas aportase alguno de los miembros de la pareja. Según el Tribunal, no sólo el hijo que tenga un vínculo de filiación con el trabajador, sino también el hijo del cónyuge o de la pareja registrada de dicho trabajador, cuando este provee a la manutención del hijo, puede beneficiarse de las ventajas sociales[58].

B) Tras la ruptura.

Los padres biológicos pueden divorciarse entre sí, pero no se divorcian de sus hijos, sino que persisten sus obligaciones, en definitiva, su responsabilidad parental (art. 92 CC). Como prueba de ello, en la SAP Ciudad Real (Sección 2ª) 4 diciembre 2017, el demandante recurre en apelación alegando que a su parecer es suficiente para acreditar la procedencia de la extinción de la pensión de alimentos que solicitaba por modificación de las circunstancias consideradas cuando se dictó la sentencia de divorcio, en concreto, que estaba en el paro y su hija, que ya es mayor de edad, no tiene, por propia voluntad, relación alguna con su él y vive en el seno de la nueva familia creada por su madre, siendo su padrastro quien se encarga, de manera suficiente y adecuada, de atender sus necesidades por lo que, concluye, concurren los requisitos para declarar la extinción pretendida. Sin embargo, se desestima el recurso, pues entre otras pretensiones, el recurrente pretendía que se ocupase de su hija la actual pareja de su ex mujer, con la que convive, por tener recursos suficientes, en lo que claramente es una dejación y abandono de una obligación indeclinable e inadmisible por su parte[59].

A diferencia de la disolución de un matrimonio entre los padres biológicos, en donde el menor seguirá relacionándose con ambos padres, en el caso de una familia reconstituida, el divorcio entre el padre biológico y su pareja se podría comparar al fallecimiento de un ser querido, al menos para el menor, que se encuentra, de un día para otro, con que la pareja de su progenitor ha desaparecido[60]. Entonces ¿qué ocurre cuando en el seno de una familia reconstituida se disuelve el matrimonio? ¿Qué sucede en tales casos con la relación existente entre el cónyuge del

58 El Sr. Lefort alega que su padre falleció, que su madre se casó en segundas nupcias con el Sr. Terwoigne, trabajador transfronterizo en Luxemburgo desde hace más de cinco años, y que, desde estas segundas nupcias, vive con su madre y su padrastro en una misma unidad familiar. Sostiene que el Sr. Terwoigne contribuye a las cargas económicas del hogar y también a los gastos de sus estudios superiores, TJCE\2016\493.

59 SAP Ciudad Real (Sección 2ª) 4 diciembre 2017 (JUR 2018, 38910).

60 Brynicz ka, P.M.: "Rights, Responsibilities", cit., p. 27.

progenitor y el menor? ¿Se espera que aquel desparezca, a pesar de que eso sea lo que el padre o la madre biológicos quieren? ¿Ello sería lo mejor para el menor?[61]

Aunque no parece estar nada claro que tras la disolución del matrimonio el cónyuge del progenitor tuviera que pagar la prestación de alimentos del menor, si bien hay posturas contrapuestas[62], sin embargo, en estos casos de crisis familiar sí que podría pedir derecho de visitas, sobre todo pensando en los hermanos de vínculo simple.

Según el art. 160.2 CC, modificado por el art. 2.10 de la Ley 26/2015, de 28 de julio "No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados" y, en caso de oposición, será el juez quien a petición del menor o de cualquiera de esas personas, resuelva atendiendo a las circunstancias. Entendemos por "allegados", según el Diccionario de la Real Academia Española, la persona "cercana a otra en parentesco, amistad, trato o confianza". Por lo tanto este precepto podría servirnos de anclaje, sería un punto de partida para garantizar las relaciones entre el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor y el menor tras la ruptura.

Así como los padres biológicos suelen olvidar o relativizar la importancia que su cónyuge separado o ex-cónyuge ha tenido en la vida de sus hijos, ocurre lo mismo en el caso del papel que haya podido desempeñar la pareja del progenitor, ahora divorciada o separada. Para proteger el interés del menor, no se debe atender a que la relación de custodia entre el padrastro o madrastra y el menor debe terminar porque el matrimonio haya terminado. Incluso en algunos Derechos se contempla que si un padrastro o madrastra se preocupa lo suficiente por el menor, el juez pueda concederle la posibilidad de solicitar la custodia de sus hijastros tras el divorcio del padre que tiene la custodia. Por supuesto, no debe concederse automáticamente sino solo cuando puedan demostrar que tienen una relación que conviene preservar, siempre en interés del menor, pudiendo el juez conceder la custodia conjunta o incluso, llegado el caso, única a los padrastros. Solo entonces podremos decir que la custodia se ha determinado con arreglo al interés superior del menor, en lugar de en atención a los derechos del progenitor o progenitores biológicos[63].

61 Son cuestiones que debemos formularnos a partir de las circunstancias concretas. Por ejemplo, en la SAP Badajoz (Sección 3ª) 29 octubre 2019 "la madre, quien no trabaja fuera del hogar familiar, está todo el día fumando y bebiendo café y acostada en el sofá, despreocupándose continuamente del menor, encargándose el padrastro, quien sí trabaja fuera del hogar familiar, de la limpieza de la casa donde residen y de proveer de alimentos al menor" (JUR 2019, 337966).

62 Mason, M. A. y Zayac, N.: "Rethinking Stepparent Rights: Has the ALI Found a Better Definition?", 36 *Family Law Quarterly*, 2002, pp. 227-228.

63 Mangnall, J. K.: "Stepparent Custody", cit., pp. 399 y ss; Bailey, F.: "Blended Families (Part 2)", *Private Client Business*, 2017, 1, pp. 22-23;Loken. G.A.: "The New "Extended Family" - "De Facto" Parenthood and Standing Under Chapter 2", *BYU Law Review*, 2001, issue 3, pp. 1072-1073.

En otro orden de cosas, nos preguntamos acerca de los posibles derechos sucesorios. Las normas que regulan la sucesión intestada no contemplan a los hijos de la pareja del progenitor en una familia reconstituida. Lo que se traduce en que, si se quiere asegurar que aquellos reciban bienes, se tendrá que planificar la herencia a través de la sucesión testada. Bastaría con prever una disposición específica en el testamento, ya fuera nombrándolos expresamente o aclarando qué se entiende por hijos o nietos a efectos de dicho documento.

Lo cierto es que si durante la relación conyugal el Código civil no contempla obligaciones del padrastro o la madrastra, resulta llamativo que después de la ruptura es probable que surjan ciertos vínculos entre ellos. De modo que, aunque nuestro Código civil no confiere un estatuto jurídico al menor con respecto a la pareja de su progenitor, permite al menos que este obtenga al menos un derecho de visita. Siempre, claro está, si ello redunda en el interés superior del menor.

IV. ALGUNAS PROPUESTAS.

A la vista de todo lo anterior, concluimos que en esta materia no debería haber tanta desconexión entre las normas jurídicas y la realidad social en la que nos encontramos. La cuestión redunda en saber si en las familias reconstituidas se debe reconocer alguna responsabilidad parental al cónyuge o la pareja del progenitor en relación con el menor que conviva en la unidad familiar.

"La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos (…)". Así comienza el art. 154 CC. Lo tradicional no siempre es sinónimo de obsolescencia, y nos parece que la expresión "patria potestad" sigue reflejando a día de hoy la esencia de la institución. Sin embargo en el Derecho Aragonés se habla de "autoridad familiar" y el catalán ha introducido el término "potestad familiar" (término de tradición europea), si acaso por ser expresiones más genéricas y no incluir solo a los padres sino, por ejemplo, también a los cónyuges o parejas estables del progenitor, incluso del mismo sexo[64].

Dicho esto, y de forma similar a cuanto ocurre en algunos Derechos forales y en otros ordenamientos jurídicos extranjeros, no podemos seguir considerando al padrastro o la madrastra en un plano secundario. En este contexto, preferimos referirnos al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que al

64 En el Derecho valenciano se ha preferido la expresión "autoridad parental". Según F. de P. Blasco Gascó, M. Clemente Meoro y B. Morera Villar, la Exposición de Motivos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (actualmente derogada), establecía el carácter obsoleto del término guarda y custodia pero mantiene, sin embargo, el no menos obsoleto de autoridad parental, aunque en el resto de regulaciones se sigue utilizando, *vid*. "La familia en el Derecho civil de la Comunidad Valenciana", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1230-1231.

padrastro o la madrastra, dado que el Diccionario de Real Academia Española define a esta, además de como la mujer del padre de una persona nacida de una unión anterior de este, como la "Madre que trata mal a sus hijos"; y define a aquel, no solo como el marido de la madre de una persona nacida de una unión anterior de aquélla, entre otras acepciones, sino también como "Mal padre". A pesar de ello, somos conscientes de lo práctico que resultan las expresiones padrastro/madrastra y de su uso extendido tanto en la jurisprudencia como en el Derecho aragonés, mientras que el catalán se ha preferido hacer referencia al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor, opción esta última por la que, como ya hemos dicho, nos decantamos. En cualquier caso, no cabe ninguna duda de que, las llamemos como las llamemos, han crecido considerablemente con ocasión del aumento paralelo de las familias reconstituidas. Y aunque en muchas ocasiones ayudan a cuidar y educar a los hijos ajenos, su posición en la familia queda en un verdadero vacío jurídico salvo en el Derecho aragonés y en el catalán que, primero uno y después el otro, elevaron esa situación de hecho al plano jurídico[65].

De modo que, llegados a este punto y detenidos frente a la cuestión de si es preferible regular o no las facultades del cónyuge o pareja del progenitor en las familias reconstituidas, somos favorables a su regulación. Y una vez que estamos decididos a regular las familias reconstituidas surge la duda de si nos decantamos por una regulación "ius cogens" o, por el contrario, damos entrada a la autonomía de la voluntad de las partes implicadas[66]. Como ha señalado Garriga Gorina, en el primer caso, la regulación imperativa sería aplicable a todas las familias reconstituidas, mientras que, en el segundo, una regulación dispositiva ofrecería un régimen supletorio de derechos y deberes que además se adaptaría a las necesidades tanto de quien ha querido formar un grupo familiar, como de quien simplemente tolera la convivencia con los hijos fruto de una relación anterior de su pareja. Una solución ecléctica, a medio camino entre las dos anteriores, sería la opción que podríamos denominar mixta, en el sentido de que la regulación se concebiría con carácter general como dispositiva pero, en el caso de que se produjera la ruptura de la convivencia de la pareja, se establecerían unas normas imperativas con el fin de que siempre quedara a salvo el interés superior del menor, al menos para el caso de que se produjera el fallecimiento del progenitor que además era el único titular de la patria potestad[67], por ejemplo en aras de evitar que la tutela la ejerciera "ex lege" la Administración si el otro progenitor estaba privado de la patria potestad, lo que, si la situación familiar era estable, iría en contra del interés del menor.

65 Rivero Hernández, F.: "La reforma", cit., pp. 62-63.

66 Como bien indica Garriga Gorina, M.: "Les relacions", cit., pp. 12-13.

67 Garriga Gorina, M.: "Les relacions", cit., pp. 12-13.

Efecto derivado de lo anterior sería que el cónyuge no progenitor podrá participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a la vida diaria de la familia junto con su pareja, mientras que el otro progenitor, el que no ejerce la patria potestad, seguiría siendo titular de la misma, correspondiéndole un haz de derechos y deberes que solo puede perder por sentencia o por adopción. Y si los progenitores, como titulares de la patria potestad que son, conservan sus obligaciones, no surgiría una relación de filiación con la pareja del progenitor que ejerce la patria potestad, y el menor no adquiriría derechos sucesorios, puesto que conservaría las relaciones de parentesco y los apellidos con ambos padres biológicos.

Pero qué hay del derecho del menor de no aceptar que terceras personas se inmiscuyan en su esfera jurídica. En realidad no debería regularse el ejercicio del derecho ("rectius" facultad) del adulto a participar en los asuntos de la vida diaria del menor, sino el derecho de este a decidir. El legislador parece partir de un modelo de familia reconstituida modélica en la cual la dedicación del cónyuge o conviviente estable del progenitor al cuidado y formación del menor es también idílica. Pero en la realidad la fase de adaptación no suele ser fácil, máxime cuando conviven adolescentes en el hogar familiar[68]. Como ha señalado la SAP Alicante, sección 7ª, 25 junio 2007, no hay que olvidar que "los niños tienen que hacer un gran esfuerzo de adaptación para ajustarse a un segundo matrimonio, pues el progenitor que vuelve a casarse, el otro, el adoptivo y el niño, cada uno de ellos pueden contribuir al problema. Las fuerzas dinámicas subyacentes incluyen los celos, la herida del ego, el deseo de venganza, el deseo de borrar al ex cónyuge de la vida del hijo para "hacerle hueco" al padrastro o la madrastra, los sentimientos de competitividad entre el ex cónyuge y la persona que ha entrada a formar parte de su vida"[69].

En todo caso, al menos de momento, la propuesta de incluir a las parejas de los progenitores en las familias reconstituidas en el Derecho común iría en la línea del legislador catalán de permitirles participar en la toma de decisiones relacionadas con la vida cotidiana, pero con el matiz de que no tenga que prevalecer en todo caso el criterio del titular de la patria potestad, dado que ello pondría en tela de juicio que el legislador esté velando por el interés del menor. El dilema por tanto estaría en saber hasta dónde queremos llegar: si nos limitamos a que el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor participe en la toma de decisiones o pretendemos que, además, se les atribuyan funciones de protección cercanas o coincidentes incluso con las que componen el ejercicio de la patria potestad.

68 Navas Navarro, S.: "Los derechos", cit., 652-654.

69 SAP Alicante (Sección 7ª) 25 junio 2007 (JUR 2008, 157869).

Un papel relevante puede desempeñar la jurisprudencia en este punto. Así, en el auto de 26 septiembre 2002, la AP Valencia (Sección 10ª) desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó el auto procedente del Juzgado de Primera Instancia, en el que se desestimaba la petición planteada por la recurrente (la abuela de la menor) para que se constituyera la tutela de su nieta. En este caso, por no concurrir ninguno de los supuestos establecidos en el art. 222 CC para la constitución de la tutela –pues el padre de la menor hasta el momento no había sido privado de la patria potestad y, por otro lado la menor no se encontraba declarada en situación de desamparo sino que estaba bajo la guarda de hecho de su abuela y de su padrastro, viudo de su madre–, se desestimó el recurso[70]. La misma sección de esta misma Audiencia, dictó otro auto unas semanas más tarde en el que ese mismo padrastro presenta una demanda en la que solicitaba la privación de la patria potestad del padre biológico y la atribución para él de la guarda y custodia de la citada menor, pero el Juzgado de Primera Instancia estimó que carecía de legitimación activa. El padrastro interpuso recurso de apelación que fue estimado por la AP señalando que el actor merece la consideración de "pariente o allegado" de la menor, por utilizar la expresión legal del artículo 160 CC, pues se trata del cónyuge viudo de su madre biológica, con quien se casó en segundas nupcias; además, el actor ha ejercido la guarda de hecho de la niña desde hace al menos 11 años; por lo tanto, sin perjuicio de lo que se pruebe en el proceso, el demandante ostenta la legitimación para solicitar la privación de la patria potestad del demandado, legitimación que la jurisprudencia ha atribuido también a los abuelos del menor, a los hermanos, y a los tíos[71].

No se puede subestimar el beneficio que en muchos casos supone para los menores que sus progenitores se vuelvan a casar con una pareja que los cuida. Ni tampoco se puede hacer caso omiso del efecto positivo que puede generar en el menor formar parte de una, o dos nuevas familias estables (es decir, con la madre y el padrastro y con el padre y la madrastra), donde el menor podría tener cuatro progenitores (dos biológicos y dos de hecho)[72]. Sería deseable que el concepto de "progenitor" incluyera a todo aquel que se ocupa del menor y asume responsabilidades parentales, de manera que incluso varias personas pudieran asumir las mismas responsabilidades parentales con respecto a un mismo menor, y que la existencia de otro responsable implicado en el cuidado del menor no derivase en el cese automático de responsabilidad del que la venía ejerciendo[73].

Es hora de pasar del terreno de los hechos al plano jurídico y empezar a perfilar el rol que desempeña en la familia reconstituida el cónyuge o pareja del

70 AP de Valencia (Sección 10ª) 26 septiembre 2002 (JUR 2003, 52378).

71 AP de Valencia (Sección 10ª) Auto 4 noviembre 2002 (JUR 2003, 53117).

72 Bryniczka, P.M.: "Rights, Responsibilities", cit., p. 26.

73 Navas Navarro, S.: "Los derechos", cit., p. 686.

progenitor que tiene la custodia del menor, sobre todo porque en la práctica la realidad nos apunta que vienen actuando prácticamente como padres en muchos casos. De ahí que demos un paso al frente hacia el establecimiento de un estatuto que regule su función.

BIBLIOGRAFÍA

Ajenjo-Cosp, M. y García-Saladrigas, N.: "Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos", *Reis. Rev. Esp. Investig. Sociol,* núm. 155, julio - septiembre 2016, pp. 3-20.

Ahlers, G.P.: "Stepfamilies Are Becoming The Norm, So Let's Retire Cinderella: How Stepfamilies Can Learn To Thrive", *Child and Family Law Journal*, 2016, vol, 4, Issue 1, Article 3, pp. 25-78.

Bailey, F.: "Blended Families (Part One)", *Private Client Business*, 2016, 6, pp. 260-266.

Bailey, F.: "Blended Families (Part 2)", *Private Client Business*, 2017, 1, pp. 22-27.

Bernard, C.: "Le statut juridique de la famille famille recomposée et l'intérêt de l'enfant", 33 *Revue juridique Thémis*, 1999, pp. 343-370.

Blasco Gascó, F. de P., Clemente Meoro, M. y Morera Villar, B.: "La familia en el Derecho civil de la Comunidad Valenciana", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1159-1250.

Bosch i Carrera, A.: "Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial", en AA.VV.: *Nous reptes del Dret de familia* (coord. por Area de Dret Civil Università de Girona), Documenta Universitaria, Girona 2005, pp. 241-269.

Bowman, C.G.: "The legal relationship between cohabitants and their partners' children", 13 *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, pp. 127-151.

Bryniczka, P.M.: "Rights, Responsibilities & Liabilities of a Stepparent", 36 *Family Advocate*, 2013, pp. 26-29.

Burke, B. y Chipeur, S.: "The More the Merrier? Multiple Parents and Child Support", 29, núm. 2, *Canadian Family Law Quarterly*, 2010, pp. 185-200.

Busharis, B.: «A very brady conflict: are stepparents "close family members"», 26 núm.. 4, *Trial Advocate Quarterly*, 2007.

Dethloff, N., "Changing Family Forms: Challenges for German Law", 46 *Vict. U. Wellington L. Rev.*, 2015, pp. 671-682.

Douglas, G. y Lowe, N.V.: "Becoming a Parent in English Law", *Law Quarterly Review* 1992, 108 (Jul), pp. 414-432.

Duplá Marín, M.T.: "Hacia un nuevo modelo de filiación, de hecho, en las familias reconstituidas o ensambladas", *Civitas et Iustitia*, 8/VI/2, Roma, 2008, pp. 219-236.

Duplá Marín, M.T.: "Potestad parental Catalana y autoridad familiar Aragonesa: breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (coord. por R. Barrada, M. Garrido y S. Nasarre), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 735-746.

Estrada Iguíniz, M.: "Residencia y convivencia en familias combinadas de la ciudad de México»", *La ventana,* núm.. 36, 2012, pp. 225-256.

Gallus, N.: "Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge", 44 *Revue juridique Thémis*, 2010, pp. 145-162.

Garriga Gorina, M.: "Les relacions paterno filials de fet", *Indret* 3/2004, pp. 1-17.

Gould, J.W., Fisher, N.B. y Bikel, D.: "How Children experience the Blended Family", 36-SUM *Family Advocate* 2013, pp. 4-7.

Hellman, S.: "Stepparent custody upon the death of the custodial parent", 14 *Journal of the Suffolk Academy of Law,* 2000, pp. 23 y ss.

Jeffrey A. Parness. J.A. y Timko, M.: "De Facto Parent and Non Parent Child Support Orders", 67 issue 3, *American University Law Review*, February, 2018, pp. 769-783.

Loken. G.A.: "The New "Extended Family" - "De Facto" Parenthood and Standing Under Chapter 2", *BYU Law Review*, 2001, issue 3, pp. 1045-1073.

Mangnall, J. K.: "Stepparent Custody Rights after Divorce", *Southwestern University Law Review*, 1997, pp. 399 y ss.

Mahoney, M.M.: "Steppartens as Third Parties in Relation to Their Stepchildren", 40 *Family Law Quarterly Spring*, 2006, pp. 81-108.

Mason, M. A. y Zayac, N.: "Rethinking Stepparent Rights: Has the ALI Found a Better Definition?", 36 *Family Law Quarterly,* 2002, pp. 227-253.

Parra Lucán, M.A.: "La familia en el Derecho Civil de Aragón", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 759-990.

Navas Navarro, S.: "Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (coord. por R. Barrada, M. Garrido y S. Nasarre), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 617 a 686.

Parness, J.A.: "Third party stepparent childcare", 67 *Mercer Law Review,* 2016, pp. 383- 404.

Riley, J.M.: "Stepparents' Responsability of Support", 44 *Louisiana Law Review,* 1984, pp. 1753-1784.

Rivas Rivas, A. M., Jociles, M.I., Villaamil, F., Moncó, B., Díaz Rodriguez, P., Ávila, D. y Ayala, A.: "La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos", UCM - Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp. 1-327.

Rivero Hernández, F.: "La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (coord. por R. Barrada, M. Garrido y S. Nasarre), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 35 a 74.

Roca Trías, E.: "Relacions personals i patrimonials en la recomposició familiar", en AA.VV.: *Nous reptes del Dret de familia* (coord. por Area de Dret Civil Università de Girona), Documenta Universitaria, Girona 2005, pp. 213 a 239.

Rodríguez Pascual, I.: "Infancia, ruptura matrimonial y diversidad familiar: una aproximación sociológica útil al trabajo social", *Portularia: Revista de Trabajo Social,* vol. 2, 2002, pp. 283-298.

Rogerson, C.: "The Child Support Obligation of Step-Parents", 18 *Canadian Journal of Family Law*, 2001, pp. 9-157.

Roigé, X.: "Las familias mosaico: recomposición familiar tras el divorcio", en AA.VV.: *Familias de ayer, familias de hoy: continuidades y cambios en Cataluña* (coord. por X. Roigé), Icaria, Barcelona, 2006, pp. 471-501.

Vaquer Aloy, A. y Ibarz López, N.: "Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal", *Revista de Derecho Civl*, núm. 4, octubre-diciembre, 2017, pp. 211-235.

Young, A.H.: "This Child Does 2 (Or More) Fathers…: Step-parents and Support Obligations", 45 *Mc Gill Law Journal*, 2000, pp. 107-131.

EL DERECHO-DEBER DE RELACIONARSE ENTRE PROGENITOR E HIJO EN VENEZUELA: ALGUNOS ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

RIGHT AND DUTY TO A RELATIOSHIP BETWEEN PARENT AND CHILD IN VENEZUELA: SOME SUSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 224-283

María
Candelaria
DOMÍNGUEZ
GUILLÉN

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020.

RESUMEN: El artículo trata sobre el derecho deber del progenitor no custodio de relacionarse con el hijo en el ordenamiento jurídico venezolano, antiguamente denominado "derecho de visita" y posteriormente "convivencia familiar" a partir de la Ley para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2007. Se estudia la figura en sus principales aspectos tales como noción, fundamento, naturaleza, finalidad, caracteres, contenido, restricciones y determinación, entre otros.

PALABRAS CLAVE: Derecho-deber de relacionarse; frecuentación; visitas; convivencia familiar; progenitor no custodio.

ABSTRACT: *The article addresses the right and duty of the non-custodial parent to a relationship with the child under the Venezuelan legal system, previously called "the right to visit" and then, after the 2007 Law for the Protection of Children and Adolescents, called "family coexistence". The figure is studied in its main aspects such as notion, foundation, nature, purpose, characters, content, restrictions and determinations, among others.*

KEY WORDS: *Right and duty to a relationship; frequenting; visits; family coexistence non-custodial parent.*

SUMARIO.- I. NOCIÓN.- II. DENOMINACIÓN.- III. FUNDAMENTO.- IV. NATURALEZA.- V. FINALIDAD.- VI. CARACTERES.- VII. NORMATIVA.- VIII. CONTENIDO.- IX RESTRICCIONES.- X. DETERMINACIÓN.- XI. SANCIONES.- XII. OTROS LEGITIMADOS.

I. NOCIÓN[1].

El régimen de convivencia familiar o antiguo derecho de visita lo hemos estudiado con anterioridad[2], mejor conocido como el derecho deber de relacionarse entre progenitores e hijos, derivado de la filiación y de la fuerza natural del afecto.

1 *Vid.* en la doctrina venezolana: Tortoledo de Salazar, F. y F. Salazar: *El Derecho de Visitas Derechos de Menores*, Diario de Tribunales, Valencia, 1991; Morales, G.: "El Derecho del Hijo a relacionarse con su padre (mal llamado derecho de visitas)", *De los Menores a los Niños, una larga trayectoria.* UCV, IDP, Caracas, 1999, pp. 257-269 (también en: Morales, G.: *Temas de Derecho del Niño. Instituciones familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Vadell Hermanos Editores, Caracas-Valencia-Venezuela, 2002, pp. 143-156); Morales, G.: "Responsabilidad de crianza y convivencia familiar", *IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La Reforma*, UCAB, Caracas, 2008, pp. 241-259; Morales, G.: "Procedimiento especial de visitas. Una visión desde la práctica forense", *Cuarto año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. V. Jornadas sobre la LOPNA*, Publicaciones UCAB, Caracas, 2004, pp. 175-206; Domínguez Guillén, M. C.: *La convivencia familiar (antiguo derecho de visitas)*, Paredes, Caracas, 2012; Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 372-381; Graterón Garrido, M. S.: *Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2ª ed., 2010, pp. 230-233. *Vid.* en la doctrina extranjera entre otros tantos: Ordás Alonso, M.: *El Derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019; Callejo Rodríguez, C.: *Trabas al Derecho de visita, responsabilidad y mediación*, Derecho Español Contemporáneo, Reus, Madrid, 2019; San Martín, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Colección Monografía del Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2014; Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración del derecho de visita*, en AA.VV.: *Derecho Español contemporáneo* (C. Rogel Vide y S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2014; García Pastor, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 225-269: Forner Delaygua, J.: "El acceso de los hijos a sus progenitores: El *derecho de visita*", en AA.VV.: *Mundialización y Familia* (dir. A. I. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel), Colex, Madrid, 2001, pp. 23-50; Romero Coloma, A. M.: *Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Reus, Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2010; Makianich de Basset, L. N.: *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*, Hammurabi, 1ª reimp., Argentina, 1997; Botana García, G. A.: "Notas sobre el Derecho de visita", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 10, 1990, pp. 117-134; Moya Escudero, M.: *Aspectos Internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998; De Cossío Martínez, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 23-38; Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*, Consejo Económico y Social de Aragón, Zaragoza, 2019, pp. 325-350; Echarte Feliú, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000, pp. 111-133; Pantoja Murillo, C.: "El derecho de visita: elementos para su comprensión, regulación y tutela efectiva", *Revista Judicial*, núm. 86, abr., 2007; Varsi Rospigliosi, E.: "Derecho de relación. Régimen de visita y derecho a la comunicación entre parientes".

2 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *La convivencia*, cit. El presente artículo constituye una versión resumida y actualizada de este último. Agradezco la revisión crítica de los profesores (UCV) de Derecho Civil I Personas y Especialistas en Derecho Procesal: Ramón Alfredo Aguilar Camero y Tomás Enrique Guite Andrade. También contamos con el apoyo de la Beca MQT para profesores de Derecho de la UCV, auspiciada por la Fundación "En Plural".

• María Candelaria Domínguez Guillén
Profesora Titular de Derecho Civil I Personas y Derecho Civil III Obligaciones. Universidad Central de Venezuela.
Correo electrónico: mariacandela1970@gmail.com

El mismo subsiste respecto del progenitor que no ejerce la "custodia" del hijo menor de edad o con discapacidad. Su importancia es incuestionable porque solo el contacto frecuente propicia una participación efectiva en la vida y educación del niño o adolescente, permitiendo mantener latente en términos prácticos el vínculo filiatorio mediante una convivencia constante y permanente.

El derecho deber de los progenitores a relacionarse con sus hijos, es decir, mantener trato y contacto con ellos, forma parte del contenido de toda relación paterno filial[3], pero normalmente no se aprecia en su individualidad, sino que aparece subsumido en la patria potestad adquiriendo relevancia en caso de custodia individual[4]. Constituye en nuestros días uno de los principales problemas derivados de la no convivencia de los progenitores[5]; presupone que quien lo ejerce no tiene el hijo habitando consigo[6]. El progenitor no custodio que no convive con el menor debe seguirse "relacionando" con éste a fin de cubrir sus necesidades[7], teniendo un derecho deber de relacionarse que se basa en la misma relación paterno-filial; es un deber y un auténtico derecho de frecuentar a sus hijos[8]. De allí la expresión derecho deber de frecuentación o de relacionarse.

En los últimos años, ha sido más que patente la demanda social existente por parte de muchos progenitores que se han negado a ser meros espectadores de la vida de sus hijos, manifestando su interés por tener un mayor protagonismo en la cotidianidad de los mismos[9]. La doctrina es pacífica en que lo mejor para el menor es poder seguir teniendo el contacto con sus dos progenitores y que éstos puedan seguir participando en su vida como era previamente a la separación[10]. La convivencia o frecuentación es la forma o manera de hacer efectiva la vivencia que reclama la relación filiatoria: se asocia pues a la oportunidad de compartir y disfrutar en razón del estrecho vínculo que ata a progenitores e hijos[11].

3 San Martín, M.: *Derecho*, cit., pp. 34 y 35.

4 *Ibid.*, p.49.

5 García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 225; San Martín, M.: *Derecho*, cit., p. 23.

6 *Vid.* Ochoa Gómez, O.: *Personas Derecho Civil I*, UCAB, Caracas, 2006, p. 523.

7 *Vid.* Martínez Calvo, J.: "La privación de la patria potestad al progenitor no custodio como consecuencia de la desatención económica y personal hacia su hijo menor. comentario a la STS de España, núm. 291/2019, de 23 de mayo (RJ 2019, 1975)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, enero 2020, p. 532.

8 Cardenal, R.: *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia* (F. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez, Coord. O. Monje Balmaseda), t. I, parte sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011, p. 441; Varsi Rospigliosi, E.: "Derecho", cit.: "El régimen de visitas forma parte del Derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos".

9 Martínez Sanchis, N.: "La guarda y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, agosto 2016, p. 77.

10 Morera Villar, B.: "Guarda y custodia compartida impuesta", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto 2018, p. 422.

11 *Vid.* nuestro: "Comentarios sobre el procedimiento de privación de guarda", *Temas de Derecho Procesal. Libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza*, Colección Libros Homenaje, núm. 10, TSJ, Caracas, 2003, vol. I, p. 323. *Vid.* Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 25-4-16, Asunto UP11-V-2015-000283: Si bien es cierto, el derecho de convivencia es un derecho de dos caras por un lado incluye el derecho del padre que no ejerce la patria potestad o que ejerciéndola no tiene la custodia del hijo, de visitar, compartir, tener contacto directo con su hijo, hija o

Representa en esencia una clara manifestación del derecho de todo niño, niña o adolescente de criarse y desarrollarse en el seno de su familia de origen, toda vez que dicha crianza ciertamente no se reduce al progenitor que detenta la custodia. La figura permite al menor de edad disfrutar de ambos progenitores, pues padre y madre, cada uno desde su especial rol -al margen de la separación o conflicto- precisan contacto permanente con el hijo para su óptimo desarrollo.

"Todo niño, niña o adolescente, tiene no sólo la necesidad sino además el derecho a la convivencia familiar con el padre o la madre que no tenga su custodia ... de mantener una relación estrecha y directa con su hijo, así como de intercambiar el afecto y cariño que debe prevalecer en toda relación paterno filial"[12]. "La fijación de un régimen de convivencia familiar al padre que no posea la custodia del niño, niña o adolescente de que se trate, mal puede lesionar derecho alguno"[13]. Se trata de un mecanismo o derecho deber que asiste al progenitor que no convive con el hijo de visitarlo, comunicarse y tenerlo en su compañía; constituye continuación o reanudación de la relación paterno filial evitando la ruptura por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos. La determinación de un régimen de visita asegura el cumplimiento del deber de relacionarse que asiste al progenitor no custodio, siendo una figura por la que el Derecho permite la estabilidad en el desarrollo armónico de su personalidad por medio de la continuidad del vínculo con ambos padres[14]. Para los padres se asienta en el deber de velar por sus hijos menores y aportar su contribución de afecto y experiencia en el proceso de formación de la personalidad del menor[15].

De allí la obligación de los progenitores de superar sus diferencias en beneficio e interés del hijo, siendo imperativo la selección de un amplio y flexible régimen de "convivencia familiar"[16]. Un efectivo cumplimiento del régimen contribuirá al desarrollo integral del niño o adolescente, con miras a un adulto pleno[17]. La causa

hijos, por otro lado, el derecho del hijo, hija o hijos a ser visitados y a tener contacto frecuente con sus padres cuando no conviven con éstos. No se trata solamente del derecho que tiene el padre no conviviente de relacionarse con su hijo, sino que, adicionalmente, el niño, niña o adolescente requieren cultivar y establecer vida afectiva con sus progenitores para lograr una sólida y equilibrada estructuración emocional. La comunicación con el padre no guardador se extiende a una presencia cotidiana en la vida de los hijos que le permita acceder a su vigilancia y supervisión, en aras de que el niño, niña o adolescente cuente y disfrute con ambas figuras parentales en el decurso de su formación.

12 Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio y para el Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Delta Amacuro, Sent. 10-1-11, Asunto YH11-V-2006-000015.

13 TSJ/SConst., Sent. núm. 1707 de 15-11-11; TSJ/SConst., Sent. núm. 0097 de 14-5-19.

14 San Martín, M.: *Derecho*, cit., p. 43, cita sentencia STS 7814/92 de 19 de octubre 1992.

15 *Ibid*., pp. 40 y 36.

16 *Vid.* Martínez Sanchis, N.: "La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto 2018, pp. 406 y 407: lo aconsejable en estas situaciones es que los padres cierren filas en torno a los hijos y se manifiesten acordes en cuanto a las normas en juego.

17 *Vid.* Sala de Juicio del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Juez Unipersonal N° 6, Sent. 11-3-08, Asunto 2AP51-V-2005-011197: pretende garantizar el adecuado crecimiento emocional del adolescente el cual necesita para ello de ambas figuras. Plantea el célebre pensador Erich Fromm, en su importante obra "El Arte de Amar" que

de muchos trastornos en la personalidad del adulto tiene como base su formación familiar en la infancia[18], por lo que debe evitarse la carencia de un progenitor en la vida del menor de edad.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia indicó que el Estado como garantía debe preservar que los niños, niñas y adolescentes no pierdan el contacto directo y regular con los padres. La fijación de un régimen de convivencia familiar procede *ipso iure*. Es decir, que como principio fundamental se les debe proveer y respetar su derecho fundamental de ser visitados y de relacionarse estrechamente con el padre o madre no custodio, y al mismo tiempo garantizar a este igual derecho[19]. Se reseña la importancia de la materia dentro de los tres temas sensiblemente conflictivos a la par de la obligación de alimentos y la custodia[20]. La figura está regulada el ordenamiento venezolano entre otros en Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente (LOPNNA) en sus artículos 385 al 390.

II. DENOMINACIÓN.

La (LOPNNA) de 2007[21] le atribuye el término "convivencia familiar", a la que la ley previa de 1998[22], siguiendo la anterior Ley Tutelar de Menores refería como "derecho de visita"[23]. La Exposición de Motivos de la reforma de la citada ley en 2007 indicó: se sustituye el nombre de "régimen de visitas" por el de "régimen de convivencia familiar", el cual sin dudas se ajusta más al verdadero contenido de esta institución, a saber, las relaciones personales y el contacto directo, de forma regular y permanente, entre los niños, niñas y adolescentes con su padre, madre, familiares o personas significativas durante su crianza. Con ello se persigue

la evolución de la relación centrada en la madre y en el padre en determinados momentos de la vida y su eventual síntesis, se encuentra la base de la salud mental y el logro de la madurez. El fracaso de dicho desarrollo constituye la causa básica de ulteriores problemas emocionales; Corte Superior Segunda del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. 10-12-09, Asunto AP51-R-2009-013674.

18 Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho de Familia*, Paredes, 2ª ed., Caracas, 2014, p. 21; Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 92.

19 TSJ/SConst., Sent. N° 0251 de 8-8-19; TSJ/SConst., Sent. núm. 1707 de 15-11-11.

20 *Vid.* Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 17; Domínguez Guillén, M. C.: "Las tres instituciones familiares claves en materia de niñez y adolescencia", *Revista de Derecho de la Defensa Pública*, núm. 1, Caracas, 2015, pp. 49-67; Ortiz Herrera, S.: "Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Un avance hacia la integración y armonización del Derecho Civil en Europa", *Revista de Derecho* UNED, núm. 2, 2008, p. 187, entre los aspectos más destacados de la responsabilidad parental se ubican el derecho de custodia y de visita.

21 G.O. de 5.859 de 10-12-07: Dicha ley introduce el término *custodia*, pero incluyó en los atributos de la patria potestad, la *responsabilidad de crianza*, a la par de la administración y representación. La custodia la detenta el progenitor que convive con el menor y "excepcionalmente se podrá convenir la custodia compartida cuando fuere conveniente al interés del hijo" (art. 359).

22 G.O. de 5.266 E de 2-10-98.

23 Reformada en 2015 pero que afectó sustancialmente la parte penal, mas no la institución que nos ocupa (G. O. núm. 6185 E. de 08-06-15).

subrayar la importancia de las relaciones de cercanía y proximidad de los niños, niñas y adolescentes con sus personas queridas, las cuales no deben considerarse como simples "visitas", palabra que se vincula más con la idea de personas ajenas a su familia, hogar o cotidianidad, más allá de las separaciones permanentes o eventuales que pudieren existir entre las personas adultas presentes en sus vidas.

Se criticó por limitada la expresión "régimen de visitas" porque sugiere la idea de algo esporádico, corto y distante, cuando contrariamente está en juego el contacto frecuente que supone el derecho deber de relacionarse entre progenitor e hijo[24]. Quizás subsistió el término más por razones históricas que por técnica legislativa[25]. Y aunque el instituto incluye la visita en sentido estricto (en el sentido de trasladarse al lugar del visitado), la expresión "relacionarse" luce más adecuada pues supone la oportunidad de ejercer las múltiples vivencias derivadas de la relación filiatoria, a saber, disfrutar, compartir, educar, recrearse, conversar, jugar, etc. La "convivencia", denota un sentido más amplio del contenido del instituto, tales como paseos, viajes, actividades sociales, recreativas, deportivas, e incluso, la pernocta con el progenitor no custodio.

Suenan entonces más acertadas otras denominaciones como derecho de relacionarse[26] o de frecuentación entre progenitor e hijo, que utilizaremos en el presente estudio. Sin perjuicio de referir el término "visitas", aunque este no denote la trascendencia de lo que está en juego. La expresión "convivencia

24 *Vid.* CSJ/Cas., Sent. 23-7-70, J.R.G., Jurisprudencia Ramírez y Garay (J.R.G.), T. 27, pp. 385-388: Si bien socialmente se entiende por "visitas" el hecho de que una persona acuda a la residencia de otra para allí verla o tratarla, esto no puede ser el concepto aplicable al progenitor, y que se pretenda que éste se traslade a la residencia de quien ejerce la custodia, pues amén de incomodidad ello afectaría la libertad, intimidad y autonomía que debe regir la relación paterno filial; AMCSFM1, Sent. 10-8-94, J.R.G., T. 131, p. 110: no tiene cabida las limitaciones de orden gramatical que pretendan atribuirse al término, su acepción literal conduce a confusiones; Morales, G.: *Temas*, cit., pp. 146 y 147; Morales, G.: *El Derecho*, cit., pp. 257-260; Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 21; Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 118; Varsi Rospigliosi, E.: "Derecho", cit.: se desdice con el objetivo de la institución que es el estar en contacto y plena comunicación con el menor; Medina, G.: "Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador", abril 2009: la expresión "derecho de visitas" constituye una terminología que no logra reflejar la real dimensión de su contenido pues la palabra "visitas" alude a un contacto pasajero y esporádico.

25 Morales, G.: *El Derecho*, cit., pp. 259 y 260: "Bajo esta concepción la nomenclatura del derecho es inapropiada, por lo simbólico de su significado"

26 *Vid.* García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 227: es el término alternativo que parece haber tenido mayor fortuna; Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 2-7-10, Asunto 523-2-16.812-11: con el fin de garantizar el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con los padres; Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio y para el Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes Estado Delta Amacuro, Sent. 10-1-11: de mantener una relación estrecha y directa con su hijo; Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sala de Juicio, Jueza Unipersonal núm. 15, Sent. 17-3-08, Asunto AH51-X-2008-000246: "el anteriormente denominado "derecho de visitas" hoy conocido como Convivencia Familiar… es un derecho de frecuentación… consiste en el derecho y el deber del progenitor que no vive con el niño, niña y/o adolescente específico, de mantener una relación directa y regular con su(s) hijo(s)…"; Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., p. 69, *mantener relaciones;* De Verda y Beamonte, J. R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, , núm. 3 bis, noviembre 2015, p. 18: "relacionarse" (a propósito de la custodia compartida).

familiar" luce tan amplia que se utiliza para instituciones familiares como la unión de hecho estable[27]. No obstante, se afirma que "debe establecerse un régimen de visita que permita la mayor dosis de *convivencia*"[28].

III. FUNDAMENTO.

Variadas son las ideas que dan fundamento al instituto en estudio en la búsqueda de un tratamiento unitario[29]:

1. El interés superior del menor: expresamente reconocido por múltiples instrumentos[30]. El derecho de relación es manifestación del interés superior del menor[31], caracterizándose por la subordinación a éste; sólo debe limitarse o excluirse cuando su interés así lo exija[32]. Su finalidad es cubrir las necesidades afectivas y educacionales del menor de edad con base a su interés, por lo que el contacto ha de ser lo más extenso posible[33].

2. El parentesco o la relación afectiva: el instituto se fundamenta principal, aunque no exclusivamente en una previa relación jurídica familiar entre el visitante y el visitado. Otros ponen el acento en la relación afectiva que une a las dos

27 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. 693 de 2-6-15, y el concubinato formas éstas de convivencia familiar.

28 Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 12.

29 Botana García, G. A.: "Notas", cit., pp. 121 y 122.

30 *Vid.* Constitución, art. 78, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.1, LOPNNA, art. 8; Morales, G.: "El interés superior del niño en materia de instituciones familiares", *Segundo Año de Vigencia de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente. Terceras Jornadas sobre la LOPNA*, UCAB, Caracas, 2002, pp. 397-440; Reyna de Roche, C. L.: "Del interés del menor al interés superior de los niños, niñas y adolescentes", *Primer Año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. Segundas Jornadas sobre la LOPNA*, UCAB, Caracas, 2001, pp. 55-81; Reyna de Roche, C. L.: "Del "Interés del Menor" al "Interés superior del niño" en la protección jurídica de la infancia en Venezuela", *De los menores a los niños una larga trayectoria*, UCV, Caracas, 1999, pp. 359-384; Wills Rivera, L: "Visión jurisprudencial sobre el interés superior del niño", *RFCJP,* núm. 136, UCV, 2012, pp. 123-158; Sira, G.: "El interés superior del niño en las decisiones de la Sala Constitucional del TSJ (2013-2017)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 10-III edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 981-1005; Sillero Crovetto, B.: "El interés superior del menor: y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, febrero 2017, pp. 11-40; Guilarte Martín-Calero, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 107 Colección Privado, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014; Guilarte Martín-Calero, C.: "El interés superior del niño: La nueva configuración del art. 2 de la Ley Orgánica de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor", en AA.VV.: *Comentarios sobre las leyes de Reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (coord. I. Ravetllat Ballesté y V. Cabedo Mallol), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 87-129; Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

31 San Martín, M.: *Derecho*, cit., p. 23.

32 Guilarte Martín-Calero, C.: "El interés", cit., pp. 93-103; Jueza Unipersonal N° XV de la Sala de Juicio del Circuito Judicial del Tribunal de Protección del Niño, Niña y del Adolescente y Nacional de Adopción Internacional de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 11-3-09, Asunto AH51-X-2009-000210: "… sólo puede estar condicionado al *interés superior del niño*. En tal sentido, no puede haber ninguna otra consideración que limite o cercene el derecho de la madre y de los hijos a relacionarse regularmente, puesto que constituiría un atentado a derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes consagrados en la propia ley".

33 *Vid.* Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., p. 70.

partes[34]. En el ordenamiento venezolano encuentra soporte en la filiación, el parentesco y en el afecto.

3. Instrumento de la vigilancia: se afirma que el progenitor que no ejerce la custodia detenta una función de vigilancia mediante las visitas[35]. En Venezuela antes de que la LOPNNA de 2007 que estableciera el carácter conjunto e irrenunciable del atributo de responsabilidad de crianza se aludía a la labor conjunta de los progenitores en materia de educación[36]. Custodiar y vigilar conciernen al deber de cuidado personal básico de los padres sobre aspectos de la vida del hijo para disminuir cualquier peligro o amenaza que los pueda afectar física o mentalmente[37]. La gran oportunidad del progenitor no custodio de inculcar educación al hijo es durante su relación con éste, con el cuidado que se impone, pero la figura presenta una justificación integral que excede tales nociones.

4. Derivado de la patria potestad: se ve como una derivación del régimen de la patria potestad a favor del progenitor que no ejerce la custodia. Graterón Garrido señala que la convivencia familiar "forma parte de la responsabilidad de crianza como facultad que integra el contenido de la patria potestad" [38]. Sin embargo, técnicamente, el instituto subsiste inclusive en casos de privación de la patria potestad, lo que denota su independencia[39], aunque podría generar una restricción del régimen. También es independiente del *ejercicio*[40].

5. Derecho derivado de la especial naturaleza de la relación filiatoria*:* Tiene su base y fundamento en el derecho natural[41], en la naturaleza humana[42], en la

34 Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 121; García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 232; Echarte Feliú, A. M.: *Patria potestad*, cit., p. 112.

35 García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 233 y 234.

36 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, TSJ, 3ª ed., Caracas, 2010, pp. 221 y 222.

37 Varela Cáceres, E. *Lecciones de Derecho Civil I Personas*, RVLJ, Caracas, 2019, p. 525.

38 Graterón Garrido, M. S.: *Derecho Civil*, cit., p. 230.

39 *Vid.* Martínez Calvo, J.: "La privación", cit., p. 538; García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 234 y 268; Freijanes Benito, A.: "La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación", *El menor y la familia. Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie III, Universidad Pontificia Comillas/Instituto Universitario "Matrimonio y Familia", Madrid, 1998, p. 81: el régimen de visitas no es un efecto directo de la patria potestad, puesto que también existe en aquellos casos en que se hubiere privado al progenitor de ella y en los que se hubiera suspendido por razón de protección; Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 126.

40 La titularidad de la patria potestad puede perderse por *privación* y por *extinción*, la primera es temporal, la segunda es definitiva. La privación por juicio principal (LOPNNA, art. 352) supone conductas relativamente graves de maltrato o abandono, pero susceptible de ser restituida (LOPNNA, art. 355); la extinción supone en principio la desaparición del régimen por causa del padre o del hijo (LOPNNA, art. 356). Se diferencia de las causas de *exclusión* del ejercicio, en las que no obstante mantenerse la titularidad, el afectado no poder ejercer las funciones inherentes a dicho régimen (CC, art. 262), como la ausencia, no presencia e interdicción (aunque la LOPNNA impropiamente incluyó esta última en la privación, contrariando su naturaleza); Domínguez Guillén, M. C.: *Ensayos*, cit., pp. 131-173.

41 *Vid.* Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 63; Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 121.

42 García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 229-237; Moya Escudero, M.: *Aspectos Internacionales*, cit., p. 29.

especial naturaleza de las relaciones paterno-filiales[43]. El menor tiene derecho a relacionarse con aquel progenitor que no ejerce la patria potestad, ya que la figura no nace de tal, sino de la existencia de la filiación[44]. Es menos nocivo para un niño mantener una relación esporádica con su progenitor, aun siendo éste indigno o incapaz de ocuparse de él, que no mantener ninguna[45]. El fundamento radica en que el hijo no pierda su trato y afecto con el progenitor que no ostente la custodia[46].

6. Necesidad de ambos progenitores: Todo niño tiene derecho a crecer en el seno de una familia. "El niño requiere para su sana evolución 'integral' de una familia"[47]; tiene el derecho de no ser separado de sus progenitores[48]. Progenitor e hijo se necesitan aunque no convivan"[49]. El interés del hijo está en conservar los lazos con sus dos progenitores[50] en un plano de igualdad[51]. Padre y madre son imprescindibles en el desarrollo psico-afectivo del menor. El progenitor no custodio sigue vinculado a sus hijos[52]. Se considera valiosa la interacción fecunda de ambos padres con sus hijos menores, aunque no convivan[53], debiendo procurarse el mayor acercamiento posible del hijo con ambos padres, evitándose, toda decisión que tienda a cercenarlo[54]. La ausencia de una de alguno de los

43 García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 237; San Martín, M.: *Derecho*, cit., p. 35: Encuentra su fundamento profundo en la propia relación de filiación; AMCSFM1, Sent. 10-8-94, T. 131, p. 110: se trata de un derecho de naturaleza familiar personal, perteneciente a las relaciones paternofiliales.

44 Martínez Calvo, J.: "La privación", cit., p. 533; Martínez calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 326.

45 *Vid.* Moya Escudero, M.: *Aspectos Internacionales*, cit., p. 29.

46 López del Carril, J.: *Patria potestad, tutela y curatela*, DePalma, Buenos Aires, 1993, p. 65; Cossío Martínez, M.: *Las medidas*, cit., p. 26, cita sentencia española de la Audiencia Provincial de Huesca de 24-5-94, que no se produzca un desarraigo con el progenitor con quien el hijo no conviva habitualmente, procurando que no se produzcan carencias afectivas y formativas en el menor.

47 Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 19; TSJ/SConst., Sent. 609 de 10-6-10.

48 *Vid.* Salanova Villanueva, M.: "El derecho del menor a no ser separado de sus padres", *Revista de Derecho Privado y Constitucional*, núm. 7, septiembre-diciembre 1995, pp. 231-297.

49 Juzgado Unipersonal núm. XV del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de Caracas, Sent. 21-1-09, Asunto AP51-V-2008-015949.

50 García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 252 y 255: lo cierto es que el hijo los necesita a los dos.

51 TSJ/SConst., Sent. 1707 de 15-11-11: "las responsabilidades y obligaciones de los padres con los hijos, están en un plano de igualdad, sin predominio de uno sobre otro"; TSJ/SConst., Sent. N° 0251 de 8-8-19: "acerca de la garantía para el mantenimiento de las relaciones familiares y el derecho del progenitor que no posee la custodia de los hijos, que el art. 76 constitucional coloca en principio en un plan de igualdad al padre y a la madre… Por su parte, el art. 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no establece discriminación alguna, al crear obligaciones de los padres con respecto a los hijos … Luego, las responsabilidades y obligaciones de los padres con los hijos, están en un plano de igualdad, sin predominio de uno sobre otro. Pero cuando los padres se separan, y cesa la vida en común, la legislación crea medidas, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor de edad, fundadas en razones biológicas, sociológicas, culturales, afectivas, entre otras; que marcan el paso en la distribución de los derechos y deberes de los padres, pero que atienden a una justificada desigualdad en el trato que la ley da a los padres, debido a que cada uno habita en casas distintas, y al hecho real que los hijos del matrimonio o de la unión, pasan a habitar con uno de los cónyuges, lo que se traduce en una nueva realidad para los hijos que necesariamente coloca a los padres en situaciones concretas diferentes, conforme a quien habite o deba vivir con el menor".

52 Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 12.

53 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 23.

54 *Ibid*., pp. 63 y 64; AMCSFM2, Sent. 12-3-99, J.R.G., T. 152, p. 57; AMCCSTPNAAMC, Sent. 4-6-01, J.R.G., T. 177, p. 30.

progenitores deja una marca indeleble, no superable en el tiempo[55]. El hijo busca admirar y reconocerse en lo mejor de cada uno de sus progenitores, tanto del padre como de la madre[56]. "La formación integral del niño contempla la presencia de sus dos progenitores con sus diferencias pero que se deben complementar"[57].

IV. NATURALEZA.

1. Derecho propio y autónomo, o límite a otros derechos: se configuraría como un derecho propio y autónomo[58]. Dicha postura enfoca la convivencia familiar desde el punto de vista del progenitor que pretende limitársele calificándolo inclusive de "visitante", siendo que su naturaleza es más amplia.

2. Derecho subjetivo o mera facultad jurídica: algunos lo encuadran dentro de las características del derecho subjetivo, de naturaleza familiar, personal, tipificado legalmente y perteneciente a las relaciones paterno-filiales. En contra de esa teoría, se argumenta que no se trata de una mera facultad puesto que tiene entidad autónoma [59]. La simple idea de derecho subjetivo asociado a la noción de facultad no es idónea para explicar su naturaleza.

3. Derecho de la personalidad: Graterón Garrido señala que "el contenido de la convivencia familiar es esencialmente afectivo, que se debe enmarcar entre los derechos de la personalidad, y se encuentra supeditado al interés superior del menor"[60]. Los derechos de la personalidad son aquellos que protegen la esencia física y moral de la persona desde el punto de vista civil, esto es, en un plano de igualdad[61]. Pero el instituto bajo análisis presenta un contenido mayor que excede la protección privada del hijo, aunque su violación, no escapa de la misma indemnización derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad (daño moral)[62].

55 Medina, G.: "Daños", cit.: Segura, C y otros: "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil", *Cuadernos de Medicina Forense*, núm. 43-44, Sevilla, enero-abril 2006: "Sea cual fuere el miembro de la pareja con quien conviva el niño se ha de garantizar la relación con ambos tras la separación; los regímenes de visitas tienen varias e importantes funciones psicológicas para el desarrollo de la infancia; las visitas protegen los derechos del menor de acceso al progenitor no custodio, al igual que los de este último; así mismo, se protege el vínculo emocional entre el niño y sus progenitores, ya que se le proporcionan modelos de rol alternativos".

56 Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., p. 69.

57 *Ibid*., p. 73.

58 *Vid.* Echarte Feliú, A. M.: *Patria potestad*, cit., p. 114: en mi opinión estamos ante un derecho autónomo.

59 *Vid.* Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 122; Varsi Rospigliosi, E.: "Derecho", cit.: se trata de un derecho subjetivo familiar.

60 Graterón Garrido, M. S.: *Derecho Civil*, cit., p. 231; Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 40: se encuadra sistemáticamente entre los derechos de la personalidad.

61 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad", *Revista de Derecho* núm. 7, Caracas, TSJ, 2002, pp. 49-311.

62 *Vid. Ibid*., pp. 250-284.

4. Derecho humano: Forner Delaygua señala que "el contacto o acceso de los hijos a los progenitores se concibe como un derecho humano en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño" al que remiten las leyes[63]. La Sala Constitucional señaló que negar tal derecho a un progenitor hace nugatorio no solo un derecho constitucional sino un derecho humano, lo cual constituye una grosera violación imposible de permitirse[64]; su protección viene dada por una obligación de medio y no de resultado[65]. La expresión "derechos humanos" alude a la protección de los derechos de la persona frente al Estado (quien los puede violentar por acción o por omisión[66]). El derecho-deber bajo análisis puede ser vulnerado por el Estado si este dificulta su ejercicio. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se reseñan casos de indemnización por violación del derecho de visitas entre progenitor e hijo[67].

5. Patrimonio espiritual común: Tortoledo de Salazar y Salazar señalaban: "El régimen de visitas … es un patrimonio espiritual común, en donde hay diversos condóminos: los padres, los abuelos, los parientes, el guardador, el vigilante, el menor y el Estado. Como en toda comunidad los participantes pueden disfrutar del bien o bienes comunes, pero sin perjudicar los intereses de otros"[68]. La expresión "patrimonio espiritual común" si bien puede ser expresiva en un sentido figurado de la trascendencia de la figura, no abona técnicamente a explicar su naturaleza.

63 Forner Delaygua, J.: "El acceso", cit., p. 23.

64 *Vid.* sentencias todas de TSJ/SConst.: núm. 0097 de 14-5-19; núm. 1707 de 15-11-11; núm. 817 del 6-6-11: se estarían conculcando los *derechos humanos* del adolescente y de su madre; núm. 1046 del 23-7-09; Tribunal Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Régimen de Transición de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 26-10-10, 2436-26-009-10-4-10; Callejo Rodríguez, C.: *Trabas*, cit., p. 52: las autoridades no pueden impedir este derecho so pena de violar la vida familiar.

65 TSJ/SConst., N° 0251 de 8-8-19: El Estado debe garantizar este importante derecho… el Estado como garantía debe preservar que los niños, niñas y adolescentes no pierdan el contacto directo y regular con los padres, lo que sucedería si el menor es escondido, o llevado fuera del país.

66 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: "Aproximación al", cit., pp. 73 y 74; Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho Civil I*, cit., p. 281.

67 *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R. y P. Chaparro Matamoros: "Responsabilidad por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos", *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J. R. De Verda y Beamonte), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 338-344, citan entre otras STEDH de 11-7-00, 13-7-00, 11-10-01 y 30-6-05; Callejo Rodríguez, C.: *Trabas*, cit., p. 54, cita TEDH, decisión 18-2-14, F.J. Fernández Cabanillas contra España; Rivero Hernández, F.: "La protección", cit., pp. 331-380.

68 Tortoledo de Salazar y Salazar: *El Derecho*, cit., pp. 60 y 61.

6. Derecho-deber: debe configurarse como un derecho deber[69]. No se trata pues solo del derecho del progenitor sino también del derecho del hijo[70], a su vez con el deber correlativo. Ello dado el carácter de reciprocidad o doble titularidad en juego y por ello la simple negativa del hijo no obstante la necesidad de escuchar su opinión no puede definir el régimen de convivencia[71]. Aunque curiosamente se aluda a "acreedor" como titular del derecho, siendo que se trata de un derecho y deber "recíproco"[72]. También constituye un correlativo deber para el progenitor que convive junto al menor, que está obligado a permitir —e incluso facilitar— el correcto desarrollo del mismo[73]. Es la posición que consideramos más a tono con su naturaleza.

V. FINALIDAD.

La figura en estudio permite la frecuentación o relación que es innata y natural a la relación filiatoria, logrando que la distancia y el tiempo no erosione o

69 *Vid.* Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 122; Romero Coloma, A. M.: *Incumplimientos*, cit., p. 21; Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 29; Landa Trujillo, F.: "Régimen de visitas", cit. ; Cossío Martínez, M.: *Las medidas*, cit., p. 24; Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., pp. 67 y 68; Cuadros Rodríguez, P.: *La fijación del régimen de visitas en los procedimientos matrimoniales: La ejecución de dicho pronunciamiento*, p. 4813; Gonzálvez Vicente, M.: "Anotaciones sobre la situación del menor en los supuestos de crisis familiar", *El menor y la familia. Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie III, Universidad Pontificia Comillas/ Instituto Universitario "Matrimonio y Familia", Madrid, 1998, p. 114; Echarte Feliú, A. M.: *Patria potestad*, cit., p. 113; Tribunal de Protección del Niño, Niña y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 6-5-10, Asunto PP01-V-2010-000108: las visitas constituyen un derecho tanto del padre o la madre que no tiene la custodia del niño o adolescente, como de éste. No como lo conciben algunos padres que lo ven sólo desde el punto de vista del padre o madre que no tiene la guarda, soslayando el derecho del niño o adolescente a tener contacto con el padre o madre con el cual no convive. Ello quiere decir, que cuando se conculca el derecho de visitas al progenitor que no tiene la custodia del hijo, obviamente que también se le está violando el derecho de éste de mantener contacto con aquel; Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito de Protección del Niño, Niña y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 24-2-11, Asunto PP01-V-2010-000413; Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sala de Juicio, Jueza Unipersonal núm. 15, Sent. 17-3-08, Asunto AH51-X-2008-000246: no es un derecho contemplado sólo para el progenitor no guardador, sino que principalmente, es un derecho de frecuentación para el niño, niña y/o adolescente de que se trate, tanto con su padre como con su madre de forma equitativa, siempre y cuando no sea contrario a su interés superior, es decir, consiste en el derecho y el deber del progenitor que no vive con el niño, niña y/o adolescente específico, de mantener una relación directa y regular con su(s) hijo(s), pero este a su vez, se convierte en un derecho recíproco que no sólo le corresponde al padre no guardador sino también a los hijos ejercerlo de manera regular aunque convivan separadamente"; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Jueza temporal núm. 2, Sent. 26-5-09, Asunto PH05-V-2008-000890. Véanse nuestros: "La educación del menor como contenido esencial de la guarda", *RFCJP* núm. 116, UCV 2000, pp. 354 y 355; *Ensayos*, cit., p. 197; *El régimen*, cit., pp. 61-65; *Manual*, cit., pp. 272 y 273.

70 Morales, G.: "Instituciones familiares. La Familia de origen en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente", *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, UCAB, Caracas, 2000, p. 288; Quintana Villar, M. S. "Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 33, Diciembre 2009, pp. 149-172: La legislación chilena suprimió la expresión "derecho de visita" aludiendo a "derecho-deber".

71 *Vid.* Mizrahi, M.: *Familia, Matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 431: como principio general, la oposición del niño a la comunicación con su progenitor no es causa suficiente para suspender las visitas.

72 *Vid.* Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Cojedes, Jueza Primera, Sent. 21-1-11, Asunto HP11-V-2010-000190: "el legislador ha querido garantizar el derecho de mantener relaciones afectivas con sus familiares aun cuando no habite con ellos, además, garantizar al acreedor del derecho de convivencia familiar…".

73 Martínez Calvo, J.: "La privación", cit., p. 533.

desvanezca el afecto que regularmente debe existir entre los sujetos amparados por este derecho-deber. De allí que el instituto pretenda preservar el vínculo filiatorio del menor de edad con el progenitor, así como con otros familiares y terceros que forman parte de su esfera afectiva.

La finalidad del instituto es propiciar de un modo adecuado el desarrollo integral del menor, en el aspecto educacional, emocional y afectivo, lo cual exige continuidad en la relación con sus dos progenitores"[74]. Esto es, el mantenimiento de una natural y adecuada comunicación del hijo con el progenitor que no convive, procurando que se distancie lo menos posible[75]. Se pretende evitar que la ruptura entre los progenitores y su falta de convivencia se extienda también a las relaciones entre estos e hijos[76]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que para progenitor e hijo ser una unidad representa un elemento fundamental de la vida familiar[77].

VI. CARACTERES[78].

1. Subordinación al interés superior del menor: Como otras tantas instituciones asociadas a la temática de la infancia y la adolescencia, rige en la materia el interés superior del menor[79], principio que no obstante su abstracción, supone la consideración de múltiples circunstancias del caso concreto con proyección de un pronóstico de lo que sería más favorable al menor. Se alude a la subordinación del interés del menor pues el interés de los hijos está en continuar manteniendo el contacto necesario con el progenitor apartado de ellos, aunque sin romper la estabilidad de la convivencia con el otro[80]. El Máximo Tribunal en Sala Constitucional

74 Pérez Conesa, C.: *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2006, p. 50; Varsi Rospigliosi, E.: "Derecho", cit.: su finalidad es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos; Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 117: Si el progenitor "no puede convivir con el niño, es importante que los lazos de unión y de afectividad sean mantenidos"; Echarte Feliú, A. M.: *Patria potestad*, cit., p. 113: permite al progenitor apartado cumplir con los derechos deberes que le incumben.

75 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 65.

76 Graterón Garrido, M. S.: *Derecho Civil*, cit., p. 232; Mizrahi, M.: *Familia*, cit., p. 427: El desmembramiento de la custodia para uno de los progenitores quedando el otro excluido en principio de ésta, debe ser compensado precisamente con la institución de las visitas. http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/junio/1965-25-FP02-V-2009-000925-PJ0212009000514.html (dato incompleto en la web): "El objeto de la fijación en esta materia, no es otro que garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes el Derecho a mantener, de forma regular y permanente, las relaciones personales y el contacto directo con su padre y madre, aun cuando exista separación entre éstos, mediante la determinación y el establecimiento judicial del Régimen de convivencia familiar"; Landa Trujillo, F.: "Régimen de visitas", cit.: Impedir el alejamiento y preservar las relaciones afectivas a los fines de influir en el desarrollo del menor constituye la finalidad básica de la figura.

77 Moya Escudero, M.: *Aspectos Internacionales*, cit., p. 17, con inclusión de nota 21.

78 *Vid.* Botana García, G. A.: "Notas", cit., pp. 123 y 124; Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., pp. 85-88; Medina, G.: "Daños", cit.

79 *Vid.* Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 38; Serra Rodríguez, A.: "Suspensión del derecho de visita de los padres respecto del menor acogido. Comentario a la STS (sala 1ª) 663/2013, de 4 de noviembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, p. 543: el derecho de visitas se configura como uno de los derechos-función cuyo ejercicio queda subordinado al "interés superior del menor".

80 Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 123.

señala: "nuestro sistema de protección del niño, niña y del adolescente es claro y tajante al centrar el derecho de convivencia familiar en el interés superior del niño"[81]. El interés superior sirvió de base a la citada Sala para ante la divergencia de la madre biológica y la de crianza, establecer un régimen de convivencia a favor de la primera[82]. Tal interés supone seguir ciertas pautas que permitan definir las condiciones necesarias para el óptimo desarrollo del menor, no debiendo confundir su bien con el deseo de éste[83]. Se determina ante el caso concreto, analizando las condiciones particulares del supuesto en específico y ponderando qué sería lo más conveniente para el niño[84]. "El interés del menor debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, analizándolo con proyección a su futuro"[85].

2. Relatividad: El régimen de convivencia familiar es según refiere Botana García "esencialmente relativo en función de persona, tiempo y circunstancias. Es un tema esquivo a brindar soluciones con pretensión de validez general". "Por ser en cada caso también distintas las personas a quienes relaciona, y las circunstancias concurrentes". LOPNNA, en su art. 456 "Cuando se modifiquen los supuestos conforme a los cuales se dictó una decisión sobre Responsabilidad de Crianza, Régimen de Convivencia Familiar u Obligación de Manutención, puede presentarse una nueva demanda de revisión y el juez o jueza decidirá lo conducente, siguiendo para ello el procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título IV de esta Ley".

3. Variabilidad: la materia está marcada por la posibilidad de modificación, esto es, por el cambio o variación a la par de las circunstancias[86], siendo el régimen esencialmente modificable[87]. La sentencia hace cosa juzgada formal, más no "material", pues subsiste la posibilidad de revaluar el natural cambio de circunstancias. Se trata de determinados aspectos que por esencia son dinámicos o cambiantes[88]. En España con base a la ley se alude al "efecto irreversible del tiempo" en las decisiones asociadas al menor que podrán ser modificadas[89]. El

81 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. Nª 817 de 6-6-11.

82 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. 1687 de 6-11-08: "la separación intempestiva del niño de su madre de crianza *sería contraria al interés superior del niño* … No obstante lo anterior, esta Sala juzga que *sería contrario al interés superior del niño* impedirle el contacto directo del niño con la ciudadana, con quien, a pesar de lo sucedido, subsiste el vínculo materno filial por haber sido la que lo gestó…por lo que se ordena a la ciudadana … permitir que la referida ciudadana tenga el más amplio contacto con él…"

83 Torres de la Perea, J. M.: *Interés del Menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009, p. 23.

84 *Vid.* Morales, G.: *El Derecho*, cit., pp. 264 y 265: las circunstancias de vida de los padres, las reales situaciones que colocarían en riesgo al niño, la necesidad de relacionarse, etc.

85 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 92; TSJ/SConst., Sent. núm. 1812 de 8-10-07 (también en: J.R.G., T. 248, pp. 229-231).

86 Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 123.

87 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 88; Botana García, G. A.: "Notas sobre", cit., p. 124: "las resoluciones sobre el *ius visitandi* no producen cosa juzgada, siendo clara su provisionalidad".

88 La LOPNNA en su art. 177 parágrafo primero, letra e, alude expresamente a la fijación y "*revisión*" de régimen de convivencia familiar.

89 Alba Ferre, E.: "El efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor y la adopción de la guarda y custodia compartida. Comentario a la STS de España, núm. 124/2019, de 26 de febrero", *Revista Boliviana de*

crecimiento de los niños constituye un cambio cierto que puede variar las medidas adoptadas en su momento[90].

4. Orden público: estamos ante una figura de orden público[91], sustraída de la autonomía de la voluntad[92], o más precisamente la voluntad entra en juego en la medida que la ley lo permita[93] como es el caso del acuerdo amigable. Se trata de una materia de "interés social"[94]. De allí su irrenunciabilidad, inalienabilidad e intransmisibilidad[95], como acontece con la patria potestad.

5. Personalísimo: el régimen es enteramente personalísimo, pues tiene lugar única y exclusivamente en atención a las particulares características de los sujetos involucrados. Al desaparecer el respectivo progenitor, los demás interesados precisan de un nuevo régimen. Es un derecho-deber personalísimo y como tal intransmisible e indelegable, pues al ser su función mantener una relación afectiva entre progenitor e hijo, sólo el trato personal entre ambos sujetos puede ser operativo[96], y por tal el respectivo procedimiento judicial se extingue con la muerte[97].

6. Inalienable[98]: consecuencia lógica de ser de orden público. Es intransmisible dado su carácter personalísimo, toda vez que no es susceptible de transmisión, ni activa ni pasivamente, ni por actos entre vivos ni mortis causa[99].

Derecho, núm. 29, enero 2020, pp. 520 y 521, art. 2.3 LOPJM.

90 *Vid. Ibid*., pp. 524 y 525.

91 *Vid.* Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 30: pertenece al orden público familiar de lo que se deriva su carácter innegociable o indisponible; TSJ/SConst., Sent. núm. 1237 de 23-7-08 (también en: J.R.G., T. 256. pp. 277-280): "Si bien los asuntos relativos al ahora llamado régimen de convivencia familiar…se encuentra comprendido el *orden público*".

92 *Vid.* Freijanes Benito A.: "La protección", cit., p. 81; Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 124: "Este derecho se sustrae a la autonomía de la voluntad, para formar parte de unas relaciones familiares cuyo módulo viene marcado por el Estado".

93 *Vid.* De Freitas de Gouveia, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2013, pp. 37-181.

94 *Vid.* TSJ/SCS Acc., Sent. núm. 0012 de 23-1-12: "… sí existen razones de interés social que lo justifiquen… en la acción que sobre régimen de convivencia familiar".

95 Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 327.

96 García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 261: "concedido para fomentar la relación personal y afectiva entre el beneficiario de tal derecho y el menor"; Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 124: es indelegable, porque "es impensable que el padre delegue en otra persona para que fomente una relación de afecto que sólo le corresponde a él. No hay ninguna duda sobre su intransmisibilidad: el beneficiario no puede disponer ni ceder el derecho de visita ya que excedería a su ejercicio; Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 327.

97 Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 20-10-09, Asunto 1701-20-18712: "… Que siendo el padre fallecido uno de los beneficiarios del derecho, el cual es personal e intransmisible, no tiene esencia el presente procedimiento de fijación de régimen de Convivencia Familiar…declara "*extinguida* la solicitud de *régimen de convivencia familiar*". *Vid.* nuestro trabajo: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, Colección Estudios Jurídicos N° 17, TSJ, Caracas, 2007, p. 217.

98 *Vid. Idem*; Mizrahi, M.: *Familia*, cit., p. 431; López del carril, J.: *Patria potestad*, cit., p. 69; Pantoja Murillo, C.: "El derecho", cit.

99 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 85.

7. Imprescriptibilidad: el instituto no se ve afectado por el transcurso del tiempo en cuanto a su ejercicio y fijación. La inercia no afecta el derecho-deber de relacionarse entre progenitores e hijos. "El beneficiario de este derecho puede reclamar su efectividad en cualquier momento"[100].

8. Reciprocidad: Las relaciones filiatorias son de carácter recíproco[101]: "se concibe como una relación recíproca entre padres e hijos, es decir, se trata de un derecho correlativo o de doble titularidad dirigido a mantener la integridad de la relación paterno-filial" [102]. Se afirma así que "las visitas son un derecho de dos caras"[103], siendo natural inferirlo de la reciprocidad de los derechos familiares[104]. Ello según el artículo 385 de la LOPNNA de 2007"[105]; "más que un derecho del padre, la convivencia familiar, es un derecho del niño y la niña"[106]. Lo anterior a tono con naturaleza de derecho-deber de la figura.

9. Independiente de la causa de disgregación familiar: la convivencia familiar es procedente al margen de la separación de los progenitores, solo limitándose excepcionalmente ante circunstancias graves que implican potencial riesgo de daño[107]. Se alude así a la independencia de su origen causal[108].

10. Inseparable de la condición de progenitor e hijo: aunque el denominado antiguamente "derecho de visita" es extensible a otros familiares o terceros en razón del vínculo afectivo, lo cierto es que es absolutamente inmanente o

100 Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 124; Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 327.

101 Pantoja Murillo, C.: "El derecho", cit.

102 Morales, G.: "Responsabilidad", cit., p. 252; Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 68, *doble titularidad*; Medina, G.: "Daños", cit.

103 Carrillo Perera, M. R.: "Consideraciones hermenéuticas sobre la normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en materia de conciliación: Los casos de patria potestad, guarda, obligación alimentaria y régimen de visita", *Primer Año de vigencia de la LOPNA. Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, UCAB, Caracas, 2001, p. 228, incluye el derecho del padre que no ejerce la custodia y por otro el derecho del hijo a ser visitado.

104 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 67.

105 Luego de referirse al derecho de convivencia familiar del progenitor no custodio, dispone que el hijo "*tiene este mismo derecho*". La norma de la LOPNA de 1998 indicaba "el niño o adolescente tiene derecho a ser visitado".

106 *Vid.* entre otras: Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación y para el Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial Estado Delta Amacuro, Sent. 9-2-11, Asunto YP11-V-2010-000096; Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito de Protección del Niño, Niña y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 24-2-11, Asunto PP01-V-2010-000413; Tribunal de Protección del Niño, Niña y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 6-5-10, Asunto PP01-V-2010-000108; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Jueza temporal núm. 2, Sent. 26-5-09, Asunto PH05-V-2008-000890; Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sala de Juicio, Jueza Unipersonal núm. 15, Sent. 17-3-08, Asunto AH51-X-2008-000246: "se convierte en un *derecho recíproco* que no sólo le corresponde al progenitor sino también a los hijos".

107 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 87; Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 25-4-16, Asunto UP11-V-2015-000283: el derecho de visita surge independientemente de las causas que dieron origen a la ruptura familiar (divorcio, separación de cuerpos, privación de patria potestad, residencias separadas de los padres, otros).

108 Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 123; Echarte Feliú, A. M.: *Patria potestad*, cit., p. 113.

inherente a la condición de progenitor e hijo, esto es, se trata de un derecho inseparable o inescindible a la relación filiatoria[109].

11. De contenido afectivo: su contenido es puramente afectivo pues permite al titular expresar sus sentimientos con el otro, siendo su naturaleza estrictamente extrapatrimonial[110], a diferencia de la obligación de manutención. Se reseña también su función reparadora a fin de no perder los lazos de afecto[111].

12. Vulnerabilidad: derivada de la complejidad de elementos en juego. Por lo que es común la proliferación de reclamos y acciones asociados al instituto[112].

VII. NORMATIVA.

La figura en estudio encuentra soporte en distintos instrumentos normativos[113] tales como la Constitución (arts. 75[114] y 76[115]), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 9.3 y 18.1)[116], Declaración de los Derechos del Niño, LOPNNA (art. 27[117], 385[118] y 387). En similar sentido en España[119].

109 García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 251.

110 Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 40; Graterón Garrido, M. S.: *Derecho Civil*, cit., p. 231.

111 *Vid.* Barón del Toro, A.: *El régimen de guarda y custodia en el Derecho Civil Común*, Comillas Universidad Pontificia, Madrid, 2019, p. 46: El derecho de visitas en el sistema de custodia compartida cumple con una función reparadora, ya que permite mantener los lazos afectivos del menor con ambos progenitores, en los periodos de no convivencia.

112 Rivero Hernández, F.: "La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, enero-diciembre, 2006, pp. 332 y 333: Aunque el problema no es de ahora, proliferan por doquier los pleitos más o menos sonoros sobre reclamación o incumplimiento del derecho de visita, no sólo en cuanto a las relaciones padres/hijos, sino también las entre abuelos y nietos, y otras menos notorias; incremento y actualidad que son consecuencia directa de una evolución y cambios sociales perfectamente conocidos … Quizá la nota más caracterizadora en este caso es la particular vulnerabilidad de este derecho y de aquellas relaciones, que obedece a varias causas, sobre todo en razón de la complejidad de la relación jurídico-familiar, que con sus acusadas componentes metajurídicas (afectivas, psicológicas, personales, sociales) desborda los esquemas jurídicos formales a que estamos acostumbrados.

113 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 0251 de 8-8-19.

114 "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen".

115 "El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas...".

116 San Martín, M.: *Derecho*, cit., p. 37

117 "Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a mantener, de forma regular y permanente, relaciones personales y contacto directo con su padre y madre, aun cuando exista separación entre éstos, salvo que ello sea contrario a su interés superior".

118 "El padre o la madre que no ejerza la Patria Potestad, o que ejerciéndola no tenga la responsabilidad de Custodia del hijo o hija, tiene derecho a la convivencia familiar, y el niño, niña o adolescente tiene este mismo derecho".

119 *Vid.* Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., pp. 75-77, la Ley 26/2015, de 28 de julio, art. 161; Martínez Calvo, J.: "La privación", cit., p. 532: Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., pp. 325 y 326.

VIII. CONTENIDO.

En sus orígenes el contenido del derecho de visita se correspondía con su significación etimológica: con el tiempo se permitió que el visitado se trasladara a la casa del visitador[120]. Lo aconsejable, en principio, es que el contacto no se cumpla en el domicilio del progenitor que ejerce la custodia[121]. Pero la figura no solo comprende la visita en sentido estricto sino que engloba en su seno la comunicación, la convivencia[122] y la estancia[123]. El contenido del derecho incluye así la estancia, convivencia o pernocta con el progenitor que pueden acontecer en su vivienda o en otro lugar que reúna condiciones de seguridad para el menor[124]. Ello proyectándose en el tiempo a través según el caso de horas, días, fines de semana, festividades o períodos más largos como vacaciones.

La mera "visita", más bien es una vía residual y subsidiaria a la que únicamente se recurre cuando no es posible que el derecho-deber se satisfaga de manera más provechosa a su finalidad[125]. La figura no se limita a la estadía del progenitor en la casa del menor sino que implica una relación de contenido mayor referida a la oportunidad de compartir y comunicarse ampliamente[126] y que se extiende a cualquier forma de contacto o comunicación. Indica el artículo 386 de la LOPNNA al referirse al "contenido": "La convivencia familiar puede comprender no sólo el acceso a la residencia del niño, niña o adolescente, sino también la posibilidad de conducirlo a un lugar distinto al de su residencia, si se autorizare especialmente para ello al interesado o interesada en la convivencia familiar. Asimismo, pueden comprender cualquier otra forma de contacto entre el niño, niña o adolescente y la persona a quien se le acuerda la convivencia familiar, tales como: comunicaciones telefónicas, telegráficas, epistolares y computarizadas".

Las modalidades a distancia deben acontecer sin intervención del progenitor custodio en aras de preservar la intimidad y privacidad[127]. Tales formas alternativas

120 Makianich de Basset, L. N.: Derecho, cit., p. 103.

121 Mizrahi, M.: *Familia, Matrimonio*, cit., p. 429; Ordás alonso, M.: *El Derecho*, cit., p. 79: el Tribunal Supremo no considera posible el desarrollo de la visita en el domicilio del progenitor que ejerce la guarda y custodia por representar una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo que no impide que este se establezca por pacto entre las partes; Pantoja Murillo, C.: "El derecho", cit.: "supondría someter al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles y quitar a la relación el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos".

122 Romero Coloma, A. M.: *Incumplimientos*, cit., p. 22.

123 Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., pp. 78-88; Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 329.

124 Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., pp. 85 y 86.

125 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., pp. 103 y 104: comporta solo contactos esporádicos y predeterminados perturbados por la artificialidad y falta de espontaneidad propiciando acercamientos que carecen de eficacia, pues es necesario el trato fluido entre padres e hijos.

126 *Vid. supra*, núm. 11; CSJ/Cas., Sent. 23-7-70, J.R.G., T. 27, pp. 385-388; AMCSFM1, Sent. 10-8-94, T. 131, p. 110; AMCCSTPNAAMC, Sent. 4-6-01, J.R.G., T. 177, p. 29; TSJ/SConst., Sent. N° 0251 de 8-8-19.

127 *Vid.* Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., pp. 81-84: se recomienda horario a fin de no interrumpir rutinas del menor.

de relacionarse –importantes desde luego en el día a día- deben presentarse como mecanismos supletorios o complementarios del contacto personal entre progenitor e hijo[128].

La relación paterno-filial supone mucho más que un rato para no perder el "contacto", por lo que se impone un régimen amplio[129], generoso[130] y flexible que en buena medida se acerque (aunque no en términos matemáticos) al tiempo compartido por el progenitor custodio, en razón del ejercicio conjunto de la responsabilidad de crianza consagrado en la LOPNNA de 2007[131]. Es necesario que se garantice a los padres la ubicación y accesibilidad no solo a los hijos, sino a quien los tiene bajo su cuidado[132].

IX. RESTRICCIONES.

Se afirma que este derecho-deber no es absoluto siendo susceptible excepcionalmente de limitaciones[133]. El Juzgador puede según las circunstancias restringir el régimen de convivencia familiar mas no "suprimirlo" porque una supresión definitiva vulneraría el vínculo filiatorio. El instituto sigue latente mientras transcurre la excepcionalidad como parte de la necesaria relación filiatoria[134]. "El régimen de convivencia familiar supervisado se rige por los principios de excepcionalidad y provisionalidad en consonancia con el principio de mínima intervención del Estado que justifica su intervención en las relaciones familiares sólo en forma *excepcional y provisional*, durante el tiempo más breve posible y

128 *Vid.* Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 132.

129 *Vid.* Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 65: debe favorecerse un régimen que sea lo más amplio posible; Stilerman, M.: *Menores. Tenencia.* Régimen de visitas, Editorial Universidad, 2ª ed., Buenos Aires, 1992, p. 63: el régimen amplio contribuye a proteger al menor del desamparo y la incertidumbre.

130 *Vid.* Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., p. 71: por ello debe recomendarse que lo ejerzan con generosidad; García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 240.

131 Es obvio que para ejercer tales funciones que competen a ambos progenitores de "criar", educar, orientar al hijo se precisa "*contacto*", "relación", "oportunidad", "cercanía". El conocido refrán "*el roce hace el cariño*" es de cierta forma aplicable a la institución en comentarios. Por ello la importancia vital de un régimen flexible, amplio, generoso y espléndido que no deje al progenitor que no ejerce la custodia, con el amargo sabor de ser un simple visitante en la vida del ser al que está obligado a "criar".

132 TSJ/SConst., Sent. 1707 de 15-11-11; TSJ/SConst., Sent. núm. 0097 de 14-5-19: Esta accesibilidad significa que los padres puedan con regularidad, visitar a sus hijos; TSJ/SConst., Sent. núm. 0251 de 8-8-19: de nada vale el ejercicio de un derecho de visita…si no hay sitio para visitar, o si no se encuentra al menor, o se hace onerosa y dispendiosa tal visita.

133 Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 327: las visitas no constituyen un derecho de carácter absoluto, ya que puede ser excluido, limitado o suspendido por el juez cuando concurran circunstancias que así lo aconsejen.

134 Juzgado Superior del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 22-12-11, Asunto KP02-R-2011-001092-140-2011; García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 253: únicamente circunstancias excepcionales pueden llevar a limitar el derecho de visita y siempre de forma que permita tutelar en la mayor medida posible el interés del hijo a conservar el contacto con ambos progenitores; Varsi Rospigliosi, E.: "Derecho", cit.: "La limitación o privación de las visitas sólo debe tener lugar por causas graves".

únicamente cuando existan fundados indicios de amenazas o violaciones en contra de tres derechos en concreto: la vida, la salud y la integridad personal"[135].

La LOPNNA prevé en su art. 387: "El Régimen de Convivencia Familiar supervisado será establecido fuera de la sede del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes"[136]. La presencia de terceras personas o la pretensión de que sea en la residencia del hijo constituyen verdaderas limitaciones, que excepcionalmente encontraría sentido cuando el rechazo del hijo a la visita pudiere evolucionar favorablemente si éstas se desarrollan al principio en presencia de una persona a quien el menor le tenga confianza[137]. "El Régimen de Convivencia Familiar Supervisado debe ejecutarse en espacios que aseguren un ambiente idóneo para el desarrollo del encuentro familiar y en condiciones de seguridad para los niños, niñas y adolescentes[138]. La función de la autoridad judicial será la de fijar la oportunidad de las frecuentaciones[139]. Vale citar algunos supuestos:

1. Enfermedad o reclusión en centro penitenciario[140]: en caso de enfermedad mental es evidente que la conducta involuntaria del progenitor y su falta de discernimiento precisa de la supervisión pertinente a los fines de la protección del hijo. Se afirma que tales patologías, "no son por sí solas causas de supresión del derecho de visitas". Por lo que la solución será recurrir a medidas excepcionales como la supervisión de una tercera persona durante la visita[141].

135 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 1739 de 17-12-09: la Sala no puede dejar de destacar la circunstancia de la inusitada prolongación temporal de la causa originaria para la fijación de régimen de convivencia familiar, que se ha alargado casi tanto como el tiempo de vida de la niña, lo cual contraría frontalmente los principios que rigen dicha institución y han perjudicado seriamente su desarrollo…"; TSJ/SConst., Sent. núm. 0097 de 14-5-19: Sólo es posible en casos muy excepcionales impedir que un niño, niña o adolescente se relacione, con su padre o madre no custodio; por ejemplo, su integridad física o mental pueda resultar realmente comprometida, pues aun en casos difíciles debe velarse por el mantenimiento de las relaciones paterno filiales bajo el régimen de supervisión; TSJ/SConst., Sent. núm. 0251 de 8-8-19: Cuadros Rodríguez, P.: *La fijación*, cit., p. 4833: "Son varias las circunstancias que pueden dar lugar a esta limitación, como por ejemplo, que el progenitor no custodio sea drogadicto, o tenga una enfermedad psíquica que pueda implicar un riesgo para los menores, en estos supuestos, la jurisprudencia, opta, por admitir limitaciones en cuanto al régimen de visitas que por un lado, no impidan del todo la relación de los menores con el progenitor no custodio, y por otro, garantice la seguridad de éstos"; Botana García, G. A.: "Notas", cit., p. 132; Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 328: cabe entender que la exclusión, limitación o suspensión del derecho de visitas tendrá en todo caso carácter temporal, descartándose la posibilidad de suprimirlo de forma definitiva.

136 Orientaciones y directrices generales sobre la fijación y ejecución del Régimen de Convivencia Familiar Supervisado, dictadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en 30-9-09 (G.O. 39.320 de 3-12-09). *Vid.* respecto de España la importancia del Punto de encuentro familiar en caso de un entorno artificial para el desarrollo de las visitas: Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., pp. 105-108.

137 García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 159 y 260.

138 *Vid. Orientaciones y directrices generales sobre la fijación*, art. 8; Jueza Unipersonal núm. XV del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de Caracas, Sent. 21-1-09, AP51-V-2008-015949: "Se fija un Régimen de Convivencia Familiar Provisional *supervisado*, que se llevará a cabo en las instalaciones de la Oficina de Equipos Multidisciplinarios adscrita a este Circuito Judicial…".

139 Morales, G.: "Instituciones familiares", cit., p. 289.

140 *Vid.* Tortoledo de Salazar, F. y F. Salazar: *El Derecho*, cit., p. 40: en caso de enfermedad el padre guardador podrá acompañar al menor a la institución: en caso de Centro Penitenciario, adaptándose a las normas de la institución, en sitio seguro y protegido.

141 García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 258 y 259.

También subsiste el régimen en caso de privación de libertad del progenitor. El Estado está en la obvia obligación de propiciar condiciones de seguridad para garantizar la integridad del menor, a fin del ejercicio efectivo de este derecho-deber. Mal puede desestimularse la visita, alegando la falta de condiciones del centro penitenciario[142], siendo que el Estado está obligado a garantizar condiciones para hacer efectivo el instituto, so pena de violación de derechos humanos.

Una normativa de rango sublegal que regule la visita de los niños y adolescentes a los Centros penitenciarios imponiendo restricciones quincenales[143] (la paternidad quincenal ha sido criticada) se traduciría en una limitación a un derecho-deber constitucional[144]. Sólo en caso de que la privación de libertad del progenitor derive de un delito contra en el hijo, propiciaría la suspensión del régimen de convivencia en función del interés superior[145].

2. Niño lactante y niño de corta edad: El estado de lactancia del niño, hasta los seis (6) meses, recomienda evitar la lejanía de la madre y considerar la limitación de la separación de ésta en función del interés del menor. El régimen podría tener lugar con la proximidad de la madre, aunque no necesariamente en la residencia de ésta. No puede pretenderse la lejanía del padre por la condición de lactancia. Los niños obtienen de sus padres un modelo de percepción, pero las investigaciones demuestran que esa influencia acontece desde la etapa de la lactancia[146]. El derecho de visita surge de la necesaria vinculación que se establece entre padres e hijo

142 *Vid.* Tribunal Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 21-10- 09, Asunto JP41-R-2009-000012: "si bien es cierto que la niña tiene derecho de acceder y compartir con su padre y viceversa, también es cierto que *el ambiente de reclusión en que se encuentra el padre no es el idóneo ni propicio para el desarrollo de un régimen de convivencia familiar* … al *a quo* se le requirió instar al Director del Centro Penitenciario a fin "que se destinara dentro de las instalaciones del centro penitenciario un lugar para que los niños, niñas y adolescentes puedan cumplir con el régimen de convivencia familiar"

143 *Vid.* Lineamiento General para regir la visita de los niños, niñas y adolescentes a los Centros de Privación de Libertad (GO 39.362 del 5-2-10) Ministerio del Poder Popular para las comunas y protección social IDENA. Su art. 4 indica: "Los niños, niñas o adolescentes sólo ingresaran al Centro de Privación de Libertad, los días de visita previsto para el grupo familiar, la misma se realizará un domingo cada quince (15) días"; Ordás alonso, M.: *El Derecho*, cit., p. 77, en España la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el art. 160.1.

144 Se ha criticado una suerte de paternidad quincenal en los regímenes de convivencia familiar que no tiene que ser impuesta por vía normativa sublegal a los progenitores privados de libertad. *Vid.* también: Herrera, M.: *Daños derivados por el incumplimiento de visitas*: el caso "Nowicka c. Polonia" del TEDH en sentencia de fecha 03-12-02, condenó al Estado polaco a reparar el daño moral proveniente de la restricción de visitas a una madre que se encontraba en prisión por parte de sus hijas, permitiéndolas sólo esporádicamente y de manera excepcional, por violación al art. 8 del Convenio que regula el derecho a la vida íntima y familiar". Cita también Sala 2ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, de 16-09-06, que hizo lugar a la acción autónoma de daños y perjuicios iniciada por un padre que por una falsa denuncia de abuso sexual en el marco de un conflicto por visitas estuvo preso durante 22 días y no tuvo contacto con su hijo.

145 *Vid.* "Lineamiento" citado inmediatamente supra, art.: "Los niños, niñas y adolescentes, que hayan sido víctimas de hechos punibles por parte del padre, la madre, representante o responsable, sólo podrán visitar a su presunto agresor o agresora, hasta tanto no exista una sentencia definitivamente firme que determine la violación del derecho vulnerado".

146 Torres de la Perea, J. M.: *Interés*, cit., p. 47: determinando el ulterior desarrollo físico y psíquico del menor.

"desde el mismo instante en que el menor nace" [147]. Para algunos el niño pequeño menor de cinco (5) años debe afectarse por visitas breves que no alteren sus hábitos[148]. Pero los hábitos afectivos deben iniciarse a temprana edad, porque de lo contrario siempre será tarde para acercarse más a uno de los dos progenitores y los primeros años son fundamentales en el desarrollo integral del menor[149]. La necesidad de ambos progenitores aplica desde el nacimiento; cuanto más tarde se inicia la relación o contacto menos conveniente será para progenitor e hijo. Se aprecia decisión asociada a la oposición de la madre a que la hija pernoctara con el progenitor por ser de corta edad, esto es ocho (8) meses. El Tribunal acertadamente acordó el respectivo régimen (incluyendo pernocta) al progenitor no obstante la corta edad de la niña que para el momento de la sentencia eran once (11) meses[150]. De tal suerte que la preferencia en materia de custodia a favor de la madre de los niños menores de siete (7) años que todavía en forma arcaica dispone la LOPNNA, a pesar de los aires de igualdad de la Reforma de 2007[151], se limita a la "custodia" y en modo alguno al régimen de convivencia, cuya amplitud y generosidad debe imperar respecto del otro progenitor o del padre, *ab initio.* No puede esgrimirse que un hombre por el solo hecho de serlo no está capacitado para cuidar un niño de corta edad[152].

3. Privación de la patria potestad: los padres que hubieran sido privados de ésta (de su titularidad, y no de su mero ejercicio) en principio lo ostentarían, en tanto que al no ser la privación de la patria potestad una medida irreversible, debe mantenerse en alguna medida una relación del progenitor privado con sus hijos[153]. Sin embargo, surge inquietud cuando estamos ante causales verdaderamente graves como la farmacodependencia o corrupción, pues la interdicción seguirá siendo en nuestro criterio por su naturaleza una causa de exclusión del ejercicio. También podría mantenerse en la "extinción" de la patria potestad por "reincidencia en la privación" (LOPNNA, art. 356, letra d) considerando la impropiedad en que incurrió el legislador incluyendo como causales de privación algunas que no se

147 Tortoledo de Salazar, F. y F. Salazar: *El Derecho*, cit., p. 13.

148 Stilerman, M.: *Menores. Tenencia.*, cit., p. 156.

149 García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 250.

150 Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Cojedes Jueza Primera, Sent. 21-1-11, Asunto HP11-V-2010-000190: "…se determina en la presente causa que por cuanto la madre ejerce la custodia preferente de la niña y en consecuencia el contacto permanente con ella y asimila la mayor carga en su manutención, está obligada a permitirle al padre y demás familiares de éste mantener relaciones afectivas con la niña … y participar en sus cuidados y asistencia material y moral , para lo cual se amerita su contacto frecuente y que dada su corta edad , debe ser un régimen que no comporte rigurosamente un horario pues la niña aun no tiene edad para ajustarle su horario a las facilidades de sus progenitores y así se dispondrá en la dispositiva del fallo. Así se establece".

151 *Vid.* nuestro *Manual de Derecho Civil I*, cit., p. 365.

152 García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 250.

153 Serra Rodríguez, A.: "Suspensión", cit., p. 542: como declara la sentencia, el derecho de comunicación de los progenitores, aun privados o suspendidos de la patria potestad, con el hijo se configura como derecho básico de este último, salvo que en razón de su propio interés pueda acordarse otra cosa; Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 40: el progenitor, aunque no ejerza la patria potestad tiene derecho a relacionarse con su hijo.

corresponden con el instituto como la interdicción o el incumplimiento genérico de los deberes inherentes a la patria potestad. El rechazo a la supresión apunta a seguir la idea de restricción supervisada.

4. Residencia en el exterior: Cuando se reside en ciudades diferentes del país, se toma en consideración para el régimen la distancia, la dificultad de trasporte, los recursos económicos, etc., a fin de determinar la periodicidad o frecuencia de las visitas[154]. Situación que ciertamente se mantiene fuera del territorio nacional, hablándose inclusive de "derecho de visita transfronterizo", cuyos límites y determinación también queda en manos de la autoridad judicial en función del interés del menor[155]. El derecho a relacionarse entre progenitor e hijo en casos de residir en Estados diferentes es reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 10.2) estableciendo el derecho de visita o régimen de convivencia internacional[156]. La LOPNNA, en su art. 177, parágrafo primero letra e, alude a la competencia del Tribunal de Protección en materia contenciosa respecto al régimen de convivencia familiar "nacional e *internacional*"[157] y su letra g alude a "negativas o desacuerdos en autorizaciones para residenciarse dentro y fuera del país" [158]. Se dispone la necesidad de informe multidisciplinario en los casos de autorización para residir fuera del país[159].

Se aprecian decisiones del Máximo Tribunal en Sala Político Administrativa relativa a los criterios determinantes de la jurisdicción del Juzgador venezolano a propósito de régimen de convivencia familiar internacional, esto es asuntos familiares, señalándose además del domicilio del menor (entendiendo por éste su residencia habitual[160] porque "se encuentren en el territorio nacional"

154 *Vid.* Tortoledo de Salazar, F y F. Salazar: *El Derecho*, cit., pp. 40 y 41.

155 *Vid.* Moya Escudero, M.: *Aspectos Internacionales*, cit., pp. 28-30.

156 García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 244 y 245.

157 *Vid.* TSJ/SCS, Sent. núm. 0026 del 22-1-14: el mantener relaciones personales y contacto directo de los hijos con ambos padres, cuando exista separación entre éstos, salvo que ello sea contrario a su interés superior -art. 27 *eiusdem*- lo que implica mantener el ambiente de la familia de origen, el intercambio de afectos, alegrías, tristezas, experiencias y todas aquellas vivencias del día a día que envuelven al grupo familiar, resulta indispensable a los fines de garantizar que el progenitor no guardador mantenga contacto directo y constante con sus hijos.

158 *Vid.* Tribunal Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Régimen de Transición de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 26-10-10, Asunto 2436-26-009-10-4-10: Se declarara sin lugar el cambio de residencia del menor al exterior porque ello afectaría sustancialmente la relación entre progenitor e hijo y produciría una alteración sustancial del status quo de este último contrario a su interés superior "estimando que el ejercicio de la patria potestad implica que su titular debe encontrarse presente en la cotidianidad de sus hijos…otorgar el cambio de residencia acarrea la separación del niño… de su hogar y entorno, todo lo cual puede tener graves consecuencias, pues se trata de la modificación de su status, con las repercusiones que esto comporta…resultaría imposible garantizarle al niño su derecho a relacionarse con el progenitor, y a su vez, el derecho del progenitor a relacionarse con su hijo".

159 *Vid. Orientaciones sobre los criterios que deben ponderar los jueces y juezas de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para ordenar la elaboración de informes técnicos a los equipos multidisciplinarios*, dictado por el TSJ el 30-9-09 (G.O. 39.320 de 3-12-09), "art. 10. En los casos de autorizaciones para residir fuera del territorio nacional deberá ordenarse la elaboración de Informes Técnicos Integrales a los Equipos Multidisciplinarios de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes".

160 *Vid.* Ley de Derecho Internacional Privado (G.O. 36.511 del 6-8-98, arts. 11 y 13): LOPNNA, art. 453.

según la LOPNNA, art. 1), amén de los referidos en el n 42 de la LDIP, art. 42, el interior superior del menor que se presenta de orden público pues se refiere la necesidad de salvaguardar los derechos e intereses de niños y adolescentes involucrados de nacionalidad venezolana[161]. El domicilio de uno de los progenitores en el extranjero podría resolverse con relación en época de vacaciones[162]; que sería susceptible de complementarse –dado su bajo costo y fácil acceso- con comunicaciones telefónicas y/o electrónicas[163]. Las autorizaciones para viajar[164] al exterior que otorga un progenitor al otro como requisito legal, constituyen de cierta forma una proyección del derecho-deber bajo análisis[165].

5. El interés superior del menor: podría restringirse bajo el criterio del interés del hijo[166], a la luz del caso concreto, la figura es revisable y por ende pudiera el régimen respectivo ser limitado. El interés del menor es punto fundamental a considerar para limitar el régimen de convivencia familiar o establecer un régimen supervisado[167].

X. DETERMINACIÓN.

1. *Amigable:* Lo lógico y natural es que los progenitores decidan con intervención del menor el régimen que más se ajuste a sus necesidades. El Legislador venezolano otorga la potestad a los padres de establecer de común acuerdo lo relacionado al

161 *Vid.* sentencias todas de TSJ/SPA, núm. 03674 de 2-6-05, núm. 00769 de 23-5-07; núm. 00281 de 4-3-09; núm. 00357 de 5-5-10, núm. 01137 del 11-11-10; núm. 01233 de 21-2-10; núm. 00586 de 4-5-11.

162 *Vid.* Tortoledo de Salazar, F. y F. Salazar: *El Derecho*, cit., pp. 38-40.

163 *Vid.* Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Dec. 2-2-11, Asunto 826-2-Com: no ha sido impedimento para la jurisdicción venezolana lograr la tutela judicial efectiva, porque mediante un acto iuscibernético procesal realizado en el sur del mismo continente (Venezuela), se utilizó el sistema de Chat a través del programa Messenger…De este modo se produjo una ficción jurídica referente a la presencia de la ciudadana demandada y su hijo, quienes fueron entrevistados directamente por el Juez Unipersonal No.1, haciendo acto de presencia en el Tribunal, gracias a los medios tecnológicos, quedando constancia de todo esto en las actas del expediente". Se aprecian otras decisiones judiciales que aluden igualmente a la comunicación electrónica: "…el progenitor podrá llamar a la niña vía telefónica, a través de Internet u otro medio de comunicación"; La madre se compromete a garantizar el contacto directo padre-hijas a través de cualquier medio de comunicación: Internet: Web-Cam, Chat y correo electrónico.

164 *Vid.* sobre las autorizaciones para viajar: LOPNNA, arts. 391-393 (La falta de autorización puede ser suplida judicialmente, art. 393); Montero, L.: "Autorizaciones para viajar", *Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Terceras Jornadas sobre la LOPNA*, UCAB, Caracas, 2002, pp. 381-396; TSJ/SConst., Sent. 1953 de 25-7-05; TSJ/SCS, Sent. 356 de 17-9-19.

165 TSJ/SCS, Sent. 0944 de 3-8-11: se precisa para "disfrutar parte de sus vacaciones en el exterior donde su padre se encuentre, la correspondiente autorización para viajar otorgada por la madre o en su defecto por el Tribunal de Protección, en cada oportunidad".

166 *Vid.* con relación a las visitas: Guilarte Martín-Calero, C.: *La concreción*, cit., pp. 63-69.

167 Juez Unipersonal núm. 4 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 16-5-11, Asunto 524-16-14941-54: "Considera este juzgador que si bien quedó demostrado en actas que el ciudadano … mantiene relaciones personales y contacto directo con su hijo … Con respecto al niño, se demostró a través de la evaluación psicológica que ve en su padre una figura que le brinda protección y afecto, ejerciendo control disciplinario sobre él; se observó que el niño muestra afecto hacia su progenitor. En dicho informe se recomienda establecer un régimen de convivencia familiar en ausencia de la progenitora…en virtud de lo anterior, se evidencia que no fue demostrado el segundo supuesto para que proceda la limitación del régimen de convivencia familiar".

régimen de visitas o convivencia familiar, por cuanto son ellos quienes conocen las necesidades de sus hijos e hijas, con la finalidad de evitar la intervención del Estado a través de los Órganos Jurisdiccionales que supla la voluntad de las partes en los acuerdos familiares[168].

La "importancia del pacto" de los progenitores es determinante "pues nadie mejor que los propios padres para poder concretar un régimen razonable, factible y en interés de su hijo"[169]. El acuerdo amigable no necesariamente indica una óptima relación entre los progenitores sino la disponibilidad de éstos de solventar las situaciones en beneficio del hijo. "ciertamente, no se puede forzar a ambos padres a que exista cordialidad entre ellos, o que permanezcan juntos"[170], pero han de superar sus diferencias en interés del hijo. A falta de acuerdo, queda la vía jurisdiccional, por lo que las formas de determinación de un régimen se reducen en dos, a saber, amigable o en su defecto judicial [171].

Dispone el del artículo 387 de la LOPNNA: "El Régimen de Convivencia Familiar debe ser convenido de mutuo acuerdo entre el padre y la madre, oyendo al hijo o hija. De no lograrse dicho acuerdo, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente, podrá solicitar al juez o jueza que fije el Régimen de Convivencia Familiar …". La referida norma contempla la fijación del régimen privilegiándose el acuerdo entre las partes como primera opción y tomando en cuenta la opinión del hijo. Sólo a falta de acuerdo podrá intervenir el Juez[172]. En caso de separación no contenciosa o divorcio por el 185-A del Código Civil, la LOPNNA (art. 351) dispone la necesidad de referir lo relativo al régimen de convivencia familiar en el escrito correspondiente.

"No hay que perder de vista, que en principio, el régimen de visitas deber ser amplio y flexible, entrando a regir para caso de desacuerdo el antes expresado,

168 Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y para el Régimen Procesal Transitorio de la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, Sent. 11-1-11, Asunto YH11-V-2007-000105._

169 Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., pp. 88 y 89; Morera Villar, B.: "Guarda", cit., p. 432: Si los progenitores son los mejores conocedores de la situación que están viviendo, nadie mejor que ellos para establecer el sistema que mejor se va a funcionar tras el cese de la convivencia; DFMS1CM, Sent. 6-12-79, J.R.G., T. 67, pp. 16 y 17: "Cuando existe acuerdo entre las partes sobre el régimen de visitas, no le es dable al Juez fijar uno distinto, pues ha de entenderse que nadie mejor que ellos, con entero conocimiento de las necesidades, hábitos y costumbres del hijo, puede establecer mejor régimen; es sólo en caso de que no exista entre los padres ese acuerdo cuando el Juez puede resolver lo conducente, tomando en cuenta la conveniencia del hijo".

170 Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 23-3-11, Asunto 2445-23-JJ1-726-10: sin embargo, en beneficio de la niña mencionada supra, se debe hacer todo lo que se encuentra dentro de sus posibilidades para llegar a un ambiente ameno.

171 Tortoledo de Salazar, F. y F. Salazar: *El Derecho*, cit., p. 60: Si la estipulación voluntaria no se produce, se hace indispensable la vía judicial; López del carril, J.: *Patria potestad*, cit., p. 69; Carrillo Perera, M. R.: "Consideraciones hermenéuticas", cit., p. 229.

172 Morales, G.: "Instituciones familiares", cit., p. 290; Morales, G.: "El derecho", cit. p. 266: "los abogados que se especializan en el área de familia y menores no deben profundizar los desacuerdos al convertirse en instrumentos de agresión en los conflictos judiciales de índole jurídico-familiar".

y ello, sin duda, tiene como fin propiciar los acuerdos entre los progenitores, ya que son éstos los que mejor conocen la realidad diaria tanto de sus necesidades como de las de los menores" [173]. Además de ser amplio, flexible, debería referir contacto frecuente. Este último debería ser mínimo semanal, pero dependerá en gran medida del acuerdo de las partes, en lo que generalmente el Juez considera que no se vulnere el interés del menor. Algunos recomiendan "huir del concepto de padres quincenales"[174], pues la necesidad de relación se evidencia en la cotidianidad[175]. Lo contrario propicia la situación de que uno de los progenitores sea un mero visitante de fin de semana, ostentando una posición jurídica bastante mermada[176]. "La participación del progenitor no custodio en la rutina del hijo, es lo que mejor salvaguarda su interés, al no relajarse los lazos afectivos entre ellos, e impidiendo el desprendimiento paulatino del no custodio de sus deberes parentales"[177]. La amplitud del régimen podría preparar al menor hacia el tránsito para una custodia compartida[178]. Se hace necesario entonces combinar flexibilidad con cotidianidad para superar la visita en sentido estricto. Pero cada familia conoce su dinámica, por lo que el éxito del régimen depende de la flexibilidad en su práctica[179].

Se recomienda adoptar un régimen concreto en previsión de que la cordialidad no permanezca entre la pareja con la finalidad principal de asegurar el cumplimiento de la convivencia familiar. Se dice que las variables a considerar son

173 Cuadros Rodríguez, P.: *La fijación*, cit., p. 4820.

174 Pérez-Salazar Resano, M.: "La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar", *Custodia compartida y protección de Menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Madrid, 2010, p. 274.

175 *Vid.* Morales, G.: "Procedimiento especial", cit., 181.

176 Echarte Feliú, A. M.: *Patria potestad*, cit., p. 168.

177 *Vid.* Juez Unipersonal núm. XIV de la Sala de Juicio del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 31-5-10, Asunto AP51-V-2009-016610 (del mismo tribunal: Sent. 23-10-08, Asunto AH51-X-2008-000993 y Sent. 30-10-07, Asunto AP51-V-2006-018339); Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 9-3-09, Asunto 1415-9-4365-55; Juez Unipersonal, núm. 2, de la Sala de Juicio del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 16-12-09, Asunto AH51-X-2008-000438.

178 *Vid.* Meco Tébar, F.: "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio EDJ 2013, 149996", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, p. 594: A este respecto es ejemplificativa la STS 17 diciembre 2013 (ROJ 2013, 5966), que en su fundamento jurídico tercero establece que "el actual sistema de visitas con una pernocta entre semana y otro día más después del horario escolar hasta las 20 horas, desarrollado con normalidad, ha preparado a los menores para un sistema de custodia compartida, dado el amplio espacio de tiempo que han estado con el progenitor no custodio… De igual manera la STS 495/2013. *Vid.* sin embargo en Venezuela que la custodia compartida es excepcional a tenor del art. 359 de la LOPNNA, nos comenta Tomas Guite Andrade quien además de profesor fuera Fiscal del Ministerio Público en la materia que una custodia compartida, implica el mismo tiempo para cada uno de los progenitores, debiendo establecerse con cuidado y sutileza, pues puede afectar el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente de que se trate, debido a que aun cuando exista la necesaria cordialidad que debe existir entre los padres involucrados en la situación, atendiendo a la edad de los hijos, ello puede afectar sus actividades diarias y la creación de hábitos en una etapa muy importante de desarrollo que pudiera resultar contraproducente. También nos comenta que situaciones como la actual pandemia del coronavirus debe ser tratada con buena fe por los progenitores a fin de evitar incidentes negativos que puedan afectar la convivencia familiar.

179 González Vicente, M.: "Anotaciones", cit., p. 114.

infinitas según las necesidades y circunstancias y pueden fijarse inclusive preavisos para determinación de períodos concretos. Si hay distancia sería útil prever el costo del transporte[180] y previsiones en torno a enfermedad del hijo[181]. En caso de custodia compartida, se podrían hacer igualmente previsiones[182]. Se aclara que por esta vía amigable sólo se pueden convenir en la forma en que se ejercerá el régimen mas no parece razonable imponer prohibiciones relativas a visitas, comunicaciones telefónicas, telegráficas, epistolares o electrónicas[183]. Se puede considerar un mínimo de días a la semana, adicionalmente tardes en la que se colabore con actividades ordinarias del hijo y la posibilidad de fijar cualquier otro momento previo aviso o acuerdo con el progenitor custodio.

Es necesario escuchar la opinión del menor, no sólo por imposición de ley sino por ser el principal interesado cuyas actividades resultan afectadas por el respectivo régimen. Se acota que para que el menor emita opinión debe ser previa y debidamente informado[184] de la situación que acontece, en la medida de su comprensión. Se recomienda flexibilidad entremezclada con un mínimo de previsión. El régimen establecido en el acuerdo es una simple orientación que podrá ser variada libremente según las necesidades del menor y las circunstancias[185].

2. *Judicial.*

A) Consideraciones generales: La intervención judicial para garantizar la frecuentación[186] procede a falta de acuerdo. En todo caso, el progenitor que

180 Pérez-Salazar Resano, M.: "La guarda", cit., pp. 274 y 275.

181 *Vid. Revista de Derecho de Familia. Doctrina Jurisprudencia Legislación*, núm. 20, Julio, 2003. España, Editorial Lex Nova, 2003, p. 195, Ap. Valladolid, Sec. 3ª, sent. 28-10-02, se alude a la validez de la cláusula en la que los progenitores pactan que, en los supuestos de enfermedad padecida por el menor, el progenitor que lo tuviere a su cuidado se lo comunicará al otro inmediatamente pudiendo en tal caso ser visitado sin ningún tipo de limitación.

182 *Vid.* López Azcona, A.: "El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, p. 217: la custodia compartida no parece incompatible con la posible fijación de un régimen de visitas a favor de cada progenitor durante el periodo de convivencia que no le corresponda, especialmente cuando se trate de periodos de larga duración.

183 Carrillo Perera, M. R.: "Consideraciones hermenéuticas", cit., p. 229.

184 *Vid.* Guzmán Fluja, V.C. y R. Castillejo Manzanares: *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pp. 118 y 119; Requena Huertas, M.: "La protección jurídica del menor en el ámbito del Consejo de Europa: El Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño", *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia. Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Mira Editores, España, 2000, p. 194; Stilerman, M.: *Menores*, cit., p. 63: siendo esencial hacerle saber que este acontecer no tiene su causa en él, aunque sí tiene efecto sobre él.

185 Domínguez Guillén, M. C.: "Innovaciones", cit., p. 176.

186 Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. 11-3-13, Asunto AP51-V-2011-023520: el padre o madre custodio no debe ser obstáculo en el fortalecimiento del vínculo filiatorio sino precursor, motivador y copartícipe de ello, así como el Estado a través de los Tribunales de Protección debe garantizar el derecho a visitas, a la frecuentación al fortalecimiento de los vínculos afectivos-parentales y a que tanto padres e hijos puedan mantener contacto directo continuo y permanente.

no convive con su hijo es automáticamente[187] titular del derecho-deber bajo análisis y "al juez no le corresponde reconocerlo sino modularlo de acuerdo a las circunstancias"[188]. La limitación del régimen ha de ser considerada excepcional[189]. Además de ser informado y escuchado, deben respetarse otras garantías procesales a favor del menor[190].

B) Tribunal competente y legitimación: Prevé el artículo 387 de la LOPNNA: "El Régimen de Convivencia Familiar debe ser convenido de mutuo acuerdo entre el padre y la madre, oyendo al hijo o hija. De no lograrse dicho acuerdo, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente, podrá solicitar al juez o jueza que fije el Régimen de Convivencia Familiar, quien decidirá atendiendo al interés superior de los hijos e hijas. La decisión podrá ser revisada a solicitud de parte, cada vez que el bienestar del niño, niña o adolescente lo justifique. Al admitir la solicitud, el juez o jueza apreciando la gravedad y urgencia de la situación podrá fijar el Régimen de Convivencia Familiar provisional que juzgue conveniente para garantizar este derecho y tomar todas las medidas necesarias para su cumplimiento inmediato. En la audiencia preliminar el juez o jueza deberá fijar un Régimen de Convivencia Familiar provisional, salvo que existan fundados indicios de amenazas o violaciones en contra del derecho a la vida, la salud o la integridad personal del niño, niña o adolescente, caso en el cual fijará un Régimen de Convivencia Familiar provisional supervisado. Excepcionalmente, cuando estas amenazas o violaciones sean graves y existan pruebas suficientes en el procedimiento, el juez o jueza no fijará el Régimen de Convivencia Familiar provisional. El Régimen de Convivencia Familiar supervisado será establecido fuera de la sede del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes". "En la demanda para la fijación de un Régimen de Convivencia Familiar se debe indicar el Régimen de Convivencia Familiar propuesto" (LOPNNA, art. 456, par. Segundo).

El tribunal competente será el Juez de la residencia habitual del menor al momento de la solicitud a tenor del artículo 453 de la LOPNNA[191], privilegiándose si otro Juzgador ha conocido previamente de alguna institución familiar[192]. Están legitimados cualquiera de los progenitores, así como el hijo adolescente (12 años,

187 TSJ/SConst., Sent. núm. 0097 de 14-5-19: la fijación de un régimen de convivencia familiar procede *ipso iure*.

188 Tortoledo de Salazar, F. y F. Salazar: *El Derecho*, cit., p. 43.

189 García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 241.

190 *Vid.* sobre España: Guilarte Martín-Calero, C.: "El interés", cit., pp. 126 y 127: además intervención de profesionales expertos, participación de los representantes, motivación de la decisión.

191 TSJ/SCS, Sent. núm. 0186 del 22-2-11: "pretendiendo la parte actora establecer un régimen de convivencia familiar con base en el interés superior de la niña, es la ubicación de ésta el elemento sustancial que determina la competencia por el territorio del Tribunal".

192 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 0097 de 14-5-19: corresponderá al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que conozca del primer procedimiento relacionado con las instituciones familiares que involucre a un mismo grupo familiar, conocer de las restantes causas que tengan conexidad con el asunto primigenio.

LOPNNA, art. 2), siendo un caso de legitimación directa dado su discernimiento al margen de su incapacidad de obrar[193]. Se adiciona los Consejos de Protección[194].

C) Procedimiento contencioso: El asunto se tramita por el procedimiento ordinario contencioso consagrado en la LOPNNA en los artículos 450 y ss., a tenor del artículo 177 eiusdem que establece la competencia de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y adolescentes, parágrafo primero (asuntos de familia de naturaleza contenciosa), letra e: "Fijación y revisión de Régimen de Convivencia Familiar nacional e internacional".

D) Carácter subsidiario*:* La intervención judicial es subsidiaria o supletoria, reservada para cuando haya sido imposible el pacto entre los progenitores[195]. Si no media convenio entre los legitimados sobre el régimen se hará necesaria la intervención judicial por vía del procedimiento contencioso que en honor a la verdad y a la naturaleza del asunto debería ser excepcional, pues sólo denota ineptitud de los progenitores de solventar por sí solos sus propias diferencias en atención al interés del hijo común[196]. Son los padres quienes, no obstante, sus diferencias, conocen las verdaderas necesidades del hijo en común y por ello la importancia de evitar la intervención jurisdiccional[197]. "La judicialización de las relaciones entre los progenitores, en ocasiones inevitable, dificulta el ejercicio de la patria potestad"[198]. La instancia judicial puede conspirar contra la propia efectividad de la decisión y revertirse negativamente sobre los menores[199]. Se afirma que la jurisdicción podría ser inclusive un punto de mayor conflicto[200].

193 Véanse nuestros: "Más sobre la capacidad procesal del menor (a propósito del art. 451 de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes)", *Revista de Derecho*, núm. 29, TSJ, Caracas, 2009, pp. 122 y 123, con inclusión de nota 71; *Ensayos*, cit., pp. 89-130.

194 *Vid.* LOPNNA, art. 160, letra l, señala dentro de las atribuciones de los Consejos de Protección de niños, niñas y adolescentes "solicitar la fijación de la Obligación de Manutención y del *Régimen de Convivencia Familiar*".

195 San Martín, M.: *Derecho*, cit., p. 48.

196 *Vid.* Goldstein, J.: ¿En interés superior de quién?, *Derecho, infancia y familia,* Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Mary Belfo (compiladora), Gedisa, Barcelona, 2000, Trad. G. Pinto, pp. 120 y 121: "los progenitores pierden una parte importante de su autonomía al tener que acudir a la justicia"

197 *Vid.* Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y para el Régimen Procesal Transitorio de la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, Sent. 11-1-11, Asunto YH11-V-2007-000105: "... no puede dejar pasar por alto esta Juzgadora y hacerle un llamado a los padres del mencionado niño, *a los fines de evitar continuar trayendo a los Órganos de Administración de Justicia, causas que perfectamente pueden ser resueltos por ambos sin necesidad de la intervención judicial, donde el Estado deba tomar y suplir una decisión que se encuentra en sus manos*".

198 San Martín, M.: *Derecho*, cit., p. 72.

199 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., pp. 30 y 31, cita sentencia de CNCiv. Sala B., 17-5-84, ED 11-57, p. 30: Ello pues lo jurídico es sólo un aspecto de un problema mucho más complejo y profundo y a menudo sin soluciones ideales que tiene su génesis en cuestiones que el hombre de derecho es incapaz de resolver.

200 *Vid.* Morales, G.: *El derecho*, cit., p. 262: "los que trajinamos los conflictos jurídico-familiares, percibimos el malestar que sienten los profanos en justicia cuando se ven obligados a recurrir a ella. En efecto, un padre que podríamos calificar como de buen ciudadano, que no se ha visto constreñido a actuar en una instancia judicial, le resulta incomprensible que para relacionarse con su propio hijo y con quien vivía hace poco tiempo antes, tenga que acudir a una instancia no familiar para poder frecuentarlo, máxime si la negativa de la madre es caprichosa e injustificada. En estos casos, el tener que acudir a un terreno inhóspito, con esa

En todo caso, el Juzgador está ante una posición delicada pues por encima del desacuerdo o enfrentamiento debe desentrañar lo que a su juicio constituye el verdadero interés del niño o adolescente; los progenitores y sus expectativas son secundarias ante la prioridad que impone el menor. Indica la Sala Constitucional del Máximo Tribunal que el enfrentamiento de los progenitores se decide con base al interés del menor"[201].

La intervención del Juzgador en la materia por previsión de la propia ley es subsidiaria[202] por lo que no aplica la actuación oficiosa[203], sin perjuicio de acordar un régimen "distinto" al solicitado[204].

E) Mediación y conciliación: en el camino de la vía amigable es importante la oportunidad de conciliación y mediación[205] que busca estimular la ley como medios alternativos de resolución de conflictos. La materia en estudio por la variedad de sus intereses presenta extensas posibilidades de éxito respecto de tales medios[206]. La LOPNNA en los artículos 369 y siguientes regula la fase de mediación, ubicando la figura entre los que requiere la obligatoria presencia personal de las partes a la audiencia preliminar privada[207]. La Ley de procedimientos especiales en materia de

inaccesibilidad característica de la justicia en cualquier sociedad, le resulta factor de distancia. El sistema judicial se convierte entonces en un instrumento de humillación para el padre".

201 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 1308 del 1-8-11: "cuando la madre y el padre se enfrentan judicialmente, y el juez o jueza decide, se persigue buscar de manera inmediata una solución que garantice primordialmente el interés superior del niño, niña o adolescente".

202 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 677 del 9-7-10, "... se exhorta al padre de la niña, a quien le fue acordada la custodia (responsabilidad de crianza), para que de mutuo acuerdo con la madre establezcan un régimen de convivencia familiar (régimen de visitas) adecuado que permita el esencial contacto entre madre hija, de no existir un acuerdo se insta a las partes a acudir a los Tribunales de Protección del Niña, Niña y del Adolescente de la Circunscripción Judicial donde resida la niña para que éstos establezcan el régimen de convivencia familiar".

203 *Vid.* TSJ/SCS., Sent. núm. 0018 del 31-1-07: no se puede imponer un régimen no solicitado porque ello equivale a extrapetita (también en: J.R.G., T. 241, pp. 734-736); DFMS6CM, Sent. 9-8-83, J.R.G., T. 83, p. 65: una vez solicitada su intervención podrá establecer el régimen según las necesidades e interés superior del menor. En todo caso, la decisión judicial no es obstáculo para que el padre y la madre puedan convenir en un sistema diferente para el régimen de visitas y, ampliarlo a voluntad.

204 *Vid.* CSJ/Cas., Sent. 13-8-92, J.R.G, T. 122, p. 666: "Al resolver el interés del menor puede el Juez separarse de lo planteado por las partes, porque la protección de la infancia por el Estado tiene carácter de orden público, y en esos casos está autorizado a dictar providencias no solicitadas por los litigantes, de acuerdo al citado art. 11 del Código de Procedimiento Civil y 191 del Código Civil. En el caso, la protección del menor excede el interés privado de las partes, y por tanto al conceder un régimen de visitas diferente al aceptado por la actora, en detrimento del demandado, no incurrió el Juez en ultrapetita".

205 *Vid.* Morales, G.: "La idoneidad de la mediación para atender los conflictos familiares", *Derecho de la infancia y la adolescencia*, Serie Eventos núm. 24, TSJ, Caracas, 2007, pp. 203-224 (también en: *Quinto año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección* del niño y del adolescente. *VI Jornadas sobre la LOPNA*, UCAB, Caracas, 2005, pp. 249-268); Juez núm. 1, del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 6-6-11, Asunto 521-6-19718-1087: "La mediación se caracteriza por la intervención de un tercero, el mediador, cuya función es lograr el acuerdo entre las partes". *Vid.* sobre la conciliación: Wills Rivera L.: *La Guarda del hijo sometido a patria potestad*, Torino, Caracas, 2001, pp. 195-208.

206 Lovera de Sola, I.: "Conflictos destinados a mediación familiar, límites de la mediación familiar", *Derecho de la infancia y la adolescencia*, Serie Eventos núm. 24, TSJ, Caracas, 2007, pp. 231 y 232.

207 *Vid.* también: LOPNNA, art. 484: "…la audiencia de juicio…En los procedimientos relativos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar, es obligatoria la presencia personal de las partes".

protección familiar de niños, niñas y adolescentes, busca fomentar tales figuras[208] tanto en sede administrativa[209] como judicial, aunque el artículo 4 *eiusdem* considera la conciliación característica de los procedimientos administrativos[210] y la mediación de los judiciales. La doctrina, sin embargo, destaca la inexistencia de una diferencia sustancial entre mediación y conciliación y por tal el fracaso de los intentos de distinción basados en una pretendida mayor o menor participación del tercero (mediador-conciliador) en la proposición de soluciones"[211]. Encontramos referencias a ambas en a la ley[212]. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal también refiere la materia en estudio[213].

F) Los informes multidisciplinarios: se reseña la importancia de los expertos en juicios como el de visitas[214] y de allí la trascendencia de los respectivos informes técnicos o multidisciplinarios (área social, psicológica y psiquiátrica)[215] toda vez que los mismos pueden evidenciar aspectos no percibidos a simple vista por el Juzgador e inclusive contrarios a la opinión del menor, así como denotar la idoneidad de las condiciones del progenitor[216]. Tales informes podrían ser a tenor del artículo el art. 481 de LOPNNA integrales (impliquen una amenaza grave o

208 G.O núm. 39.570 de 9-12-10.

209 *Vid.* adicionalmente: LOPNNA, arts. 308 y ss., desarrolla el "Procedimiento para la Conciliación ante las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes"; art. 160, letra a; art. 202, letra f.

210 *Vid.* LOPNNA, art. 160, letra a, entre las atribuciones de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, señala "Instar a la *conciliación* entre las partes involucradas en un procedimiento administrativo"; LOPNNA, art. 202, letra f, entre los servicios que prestan las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes pueden prestar: "…promover conciliaciones … en materias tales como: Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar, entre otras" (destacado nuestro).

211 *Vid.* Aguilar Camero, R.A.: "La conciliación en el proceso contencioso administrativo": *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales,* Colección Estudios Jurídicos N° 92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 698, cita a Marcos Carrillo, quien considera que los términos pudieran utilizarse como sinónimos.

212 El art. 15 de la Ley de procedimientos especiales, ubica el régimen de convivencia dentro de las materias objeto de conciliación. Su art. 34 dispone que la mediación puede tener lugar en cualquier fase y grado del procedimiento judicial; el art. 39 prevé la necesidad de notificación al Fiscal del Ministerio Público en la fase de mediación.

213 *Vid.* Gaceta Oficial núm. 39.913 de 2-5-12, art. 8, núm. 5, establece la competencia del Juez de paz: "En los casos de medidas relativas a la convivencia familiar y a la obligación de manutención decretadas por los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como coadyuvante en el cumplimiento de las mismas".

214 *Vid.* Mecerreyes Jiménez, J.: "La práctica pericial psicológica en los Juzgados de Familia", *Papeles del psicólogo*, Junio núm. 73, 1999.

215 *Vid.* LOPNNA, art. 481: "…si la demanda se refiere a Régimen de Convivencia Familiar…el juez o jueza *puede* ordenar la elaboración de informes técnicos integrales o parciales, siempre que sean indispensables para la solución del caso…". Indica su Exposición de Motivos que estos equipos estarán integrados por profesionales de la medicina psiquiátrica, de la psicología, del trabajo social, del derecho y, en las zonas en que sea necesario, de expertos interculturales bilingües en idiomas indígenas; Orientaciones sobre los criterios que deben ponderar los jueces y juezas de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para ordenar la elaboración de informes técnicos a los equipos multidisciplinarios, dictado por el TSJ el 30-9-09 (G.O. 39.320 de 3-12-09); *Los equipos multidisciplinarios de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente*, (J. R. Perdomo –Coord.). TSJ Caracas, 2006.

216 *Vid.* Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 23-2-10, Asunto 128-23-1956-2225; Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, Sent. 13-3-11, Asunto 2445-14-JJ1-2307-10: "Esta Juzgadora, aprecia el informe realizado por la Médico Psiquiatra adscrita al Equipo Multidisciplinario…"

vulneración) o parciales (si los intervinientes están afectados en su salud física o mental, se invoquen efectos perjudiciales, las circunstancias del régimen afecten la convivencia, se trate de negativa del niño, se afirme que existen amenazas graves de retención indebida o traslado ilícito)[217]. Sin embargo, pudiera no precisarse de tales informes "cuando se aleguen hechos o circunstancias que no constituyan causales o supuestos relevantes para determinar la procedencia de fijar un régimen de convivencia familiar" o "Cuando se aleguen hechos o circunstancias fundadas en valores discriminatorios para negar el cumplimiento de la convivencia familiar"[218]. Además del material probatorio, los Informes serán importantes en atención al valor de la experticia[219], teniendo preeminencia en su género[220]. Aunque el Juzgador no podrá delegar en un ningún experto su decisión, pues al margen de los ribetes traumáticos, debe resolver un problema jurídico[221]. El interés superior del menor no siempre será fácil de determinar y por tal la importancia del auxilio de los expertos[222].

G) Ministerio público: También es de recordar la importancia del Ministerio Público de conformidad con la ley[223] como parte del sistema de justicia (Constitución art. 253) no solo en el curso del proceso contencioso sino en la fase de mediación[224] y ejecución; su participación no debe entenderse como la de un mero espectador, por el contrario, es éste el órgano por excelencia llamado a advertir y alertar de las ilegalidades o inconsistencias cometidas dentro de un juicio en el que pueda resultar perjudicado un niño, niña o adolescente…velar por, entre otras cosas, el cumplimiento de las decisiones[225].

H) Necesidad de escuchar la opinión del menor: La norma especial (LOPNNA, art. 387), reproduce la obligación general impuesta en la ley relativa a la necesidad de escuchar la opinión del menor[226]. El Juez estaría obligado a pronunciarse

217 *Vid. Orientaciones sobre los criterios que deben* …, "Informes Técnicos *Integrales* en Convivencia Familiar Art. 11, "Informes Técnicos *Parciales* en Convivencia Familiar, Art. 12.

218 *Vid.* en torno a la improcedencia de tales informes: *Orientaciones sobre los criterios que deben* …, Art. 7º, núms. 7 y 8

219 *Vid.* LOPNNA, art. 481: "Los informes del equipo multidisciplinario emitidos en un proceso judicial constituyen una experticia, los cuales prevalecen sobre las demás experticias"; Corte Superior Primera del Circuito de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. 22-4-08, Asunto AZ51-R-2005-000079: "Esta Alzada valora con mérito probatorio pleno, el Informe Integral anterior, en aplicación de los arts. 1.422 y 1.427 del Código Civil…".

220 *Vid.* LOPNNA, art. 481: "…Los informes del equipo multidisciplinario emitidos en un proceso judicial constituyen una experticia, los cuales prevalecen sobre las demás experticias…"

221 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 34.

222 Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., p. 91.

223 *Vid.* Art. 170, letra d, LOPNNA no obstante art. 463 *eiusdem*; Ley de Procedimientos…, art. 39.

224 *Vid. Ley de procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes*, art. 39.

225 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 817 de 6-6-11; TSJ/SConst., Sent. 1707 de 15-11-11.

226 *Vid.* LOPNNA, art 80; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12; *Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección*, TSJ, Sala Plena, 25-4-07, GO 38.705 de 14-6-07; Dubuc Pineda, E: "Notas sobre el

respecto de las razones que lo motivaron a prescindir de tal deber[227], como sería el caso de dictar un régimen provisional ante la imposibilidad de escuchar su opinión[228]. Señala una sentencia a propósito de una acción de amparo declarado con lugar a raíz de un Colegio que sancionó a una adolescente por colorearse un mechón de cabello: "La opinión de los niños, niñas y adolescentes, en razón a la orientación anterior, no constituye medio de prueba, a tal efecto, no resulta valorable como probanza por quien suscribe, sin embargo, resulta vital denotar, que el ser oído, es un derecho que posee todos los niños, niñas y adolescentes, consagrado en el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que como sujetos de derecho, les permite dar su impresión acerca de su situación personal, muy especialmente con respecto a la litis planteada, por lo tanto es apreciada por esta Sentenciadora, al ser demostrativa de la condición física, psíquica y emocional, en que se encuentra la adolescente de autos, e incluso, de cómo el proceso instaurado ha influido en su esfera subjetiva, considerándose entonces de suma importancia, para dictar una decisión acorde con su interés superior"[229]

En el niño de corta edad, la doctrina duda del poder de su opinión –no obstante la necesidad de audiencia- porque "no hay que asimilar sin más los deseos formulados por el menor con su interés. Igualmente hay que tener en cuenta que en muchos casos el Juez necesitará recurrir a la ayuda de peritos psicólogos que le permitan descifrar lo expresado por el niño"[230]. Se acota que el caso del adolescente suele ser más delicado, especialmente si está próximo a la mayoridad. Conforme más se vaya acercando a la mayoría de edad más se tendrá en cuanta la voluntad del menor[231]. Su opinión puede ser determinante en la fijación del régimen de convivencia porque imponerle a un ser casi adulto un régimen de visita supone la imposibilidad de ejecutar la medida amén de que sus sentimientos ya son difícilmente manipulables[232]. El Juez deberá fijar un régimen inclusive ante la

acto procesal de oír la opinión de los niños, niñas y adolescentes", *La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales. Recopilación de aportes para la formación en el ámbito judicial*, TSJ/UNICEF, Caracas, 2008, pp. 69-94; TSJ/SConst, Sent. núm. 335 de 23-3-00; TSJ/SConst., Sent. núm. 0001/2011: La Sala ordena la realización de una videoconferencia para oír la opinión del niño residente en el exterior, https://enplural.org/catedra/jurisprudencia.html#A2011

227 TSJ/SConst., Sent. núm. 1237 de 23-7-08 (también en: J.R.G., T. 256. pp. 277-280).

228 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 943 de 15-6-11.

229 Juez del Tribunal Tercero (3°) de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. 17-2-11, Asunto AP51-O-2011-001139.

230 García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 246.

231 Morera Villar, B.: "Guarda", cit., p. 423.

232 García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 258 y 251: siendo para algunos una "falta de respeto a su personalidad". Por su naturaleza éste no puede repartir la totalidad de su tiempo libre entre su padre y su madre, sino que necesita un margen de independencia para combinar sus estudios, sus amigos, etc. Por lo que se sugiere un régimen flexible, dejando que sea el hijo el que libremente acuda a ver el progenitor con el que no convive.

voluntad negativa del adolescente, pues la dificultad de su cumplimiento efectivo forma parte de la dinámica de la vida familiar[233].

l) Aspectos a considerar: El Juzgador habrá de considerar diversos elementos o aspectos[234]. Las resoluciones judiciales se orientan por ciertas reglas de sentido común: no disturbar el statu quo si el menor tiene raíces en un lugar y se encuentra saludablemente bien, evitar separar hermanos, tener en cuenta la aptitud como padres y no la conducta como cónyuge, los deseos del hijo en la medida que su edad[235] y madurez lo hagan capaz de manifestar su preferencia, la proclividad del peticionante a facilitar contacto con el otro progenitor[236].

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado cuyos límites la ley no precisa con exactitud pero que debe referirse a un supuesto concreto al momento de su aplicación[237]; complicado por su "relativismo" porque lo determina el juez, quien a fin de cuentas es una persona cargada de prejuicios y valores[238]. El interés del menor no se puede determinar en abstracto sino en función de un caso en concreto y de allí los variados elementos a considerar[239]. Se traduce en una suerte de pronóstico de lo que sería más favorable para el menor.

Por su parte, el denominado "síndrome de alienación parental" acontece cuando el progenitor manipula al menor con ocasión de una disputa con el

233 *Vid.* Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 19-2-08, Asunto BP02-R-2007-000779-1624: frente a esta conflictividad familiar que se traduce en una falta de comunicación efectiva entre la adolescente y su madre, que impide una relación armónica … se hace inevitable, vista la necesidad que se invoca y la revisión de las actuaciones, fijar ciertas condiciones y limitaciones al régimen de convivencia familiar …

234 *Vid.* Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 26-11-09, 1700-26-21241: deberá considerar sus actividades necesarias, y por ende no debe vulnerarse las obligaciones e intereses fundamentales del niño o adolescente. Se ha de buscar la integración o adaptación a la vida y actividades del menor. "... Los criterios de fijación de la frecuentación debe estar dada por los siguientes aspectos: a) respeto a la personalidad de niños, niñas y adolescentes, quienes constituyen en estos procedimientos un elemento frágil; b) el contacto con ambos progenitores, o a falta de estos, con su familia de origen, lo que constituye un factor decisivo en un equilibrado desarrollo psicológico; c) debe equilibrarse los distintos intereses en juego, tanto el del padre, madre y abuelos, como el de los niños, niñas y adolescentes involucrados; d) debe respetarse los compromisos propios de los niños y/o adolescentes debido a las etapas de desarrollo de cada uno, pues el crecimiento impone fases de socialización que se intensifican con los años; e) que no debe desconocerse los derechos del progenitor que detenta la custodia de los hijos, ni debe interferirse en sus facultades; f) los progenitores y ambas familias (materna y paterna) deben asumir obligaciones en las actividades de los hijos y hacer presencia en los momentos más transcendentales de sus vidas; y g) el régimen que se escoja o se determine no debe monopolizar la vida y relaciones de la hija"; Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 89.

235 García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 256-258: especialmente en caso de rechazo a las visitas.

236 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 91.

237 Rivero Hernández, F.: *El interés*, cit., p. 57. Alude a su relativismo, *ibid*., pp. 96-102.

238 *Ibid*., pp. 96-103.

239 *Ibid*., pp. 203-205, tales como: a) atender primero a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación) así como a las de tipo espiritual (afectivas, educacionales); b) deseos, sentimientos y opiniones del menor interpretados según su madurez y discernimiento; c) el mantenimiento del "status quo", es decir, evitar en la medida de lo posible la alteración del entorno personal tales como colegio, amigos, religión; d) considerar la edad, el sexo y la personalidad; e) riesgos que la situación actual la subsiguiente a la decisión en "interés del menor"; f) perspectivas personales, intelectuales y profesionales

objeto de descalificar al otro progenitor; "hace referencia a un trastorno caracterizado por la presencia de una campaña de difamación y rechazo de un progenitor", siendo común en materia de visitas[240]. El asunto ha sido referido por algunas sentencias que aluden a "síndrome" de alienación[241], en tanto otras a "alienación parental" (prescindiendo de la palabra "síndrome"[242]). También se reseña la expresión "alineación" como una suerte de identificación del niño con el progenitor que considera débil, surgiendo "preferencia" o empatía a favor del progenitor con el que el hijo menor tiende a "alinearse"[243]; otras no ofrecen claridad en la terminología[244]. En España, también se reseña la figura[245], con independencia de su reconocimiento como enfermedad, siendo un fenómeno que está presente en muchas situaciones de crisis familiar y que puede provocar importantes perjuicios psíquicos en el menor[246].

Finalmente, se sugiere que la sentencia refiera un régimen específico y detallado, toda vez que las diferencias de los progenitores los llevaron a la jurisdicción. Por lo que la sentencia debe ser clara y precisa, mas no ser fuente de imprecisiones, sin dejar en otros profesionales el régimen concreto. De allí que se aluda a la improcedencia de un "régimen abierto" o "indefinidos" que sean fuente de constantes conflictos[247]. En cuanto a la no separación de los hermanos[248], la LOPNNA no plantea referencia en cuanto al régimen. Lo que denota

240 *Vid.* entre otros: Ros, E. y otros: "Síndrome de alienación parental (SAP) en procesos de separación", *Jornades de Foment de la investigación*, Universitat Jaume I, p. 2.

241 *Vid.* nuestro: *La convivencia*, cit., pp. 212-239. *Vid.* con referencia al informe técnico: Tribunal Tercero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Lara, Sent. 10-6-11, Asunto KP02-V-2009-00054. *Vid.* las partes aludiéndose a síndrome, aunque no hay referencia expresa de la Sala al mismo: TSJ/SConst., Sent. N° 820 de 6-6-11.

242 En una de ellas, se refiere que "en el caso de autos se escuchó la opinión de los niños, donde puede apreciarse el alto nivel de *alienación parental* al estar los niños muy identificados con la madre: Juzgado Superior del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 15-6-11, KP02-R-2011-000269. *Vid.*, pero con ocasión de informes técnicos: Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 25-4-11, Asunto KP12-V-2009-000052; TSJ/SConst., Sent. 582 de 15-5-09; Sala 2 del Despacho del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 17-12-09, Asunto 522-17-11369-663; Juez Unipersonal No. II de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de esta Circunscripción Judicial. Extensión Barlovento, Sent. 19-2-08, Asunto 98-19-06-7734; Sala 4 del Despacho del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 9-7-09, Asunto 524-9-13939-38 *Vid.* en España: Martínez calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 315: utilizaré la expresión "alienación parental", prescindiendo del término "síndrome", pues, por el momento no cuenta con el reconocimiento de la comunidad médica.

243 Sala II del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 6-1-08, Asunto AP51-V-2007-004330.

244 *Vid.* Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 10-8-09, Asunto 1613-10-05801: "... Síndrome de Alineación Parental que tiene la niña, entre ellos: mentiras para cubrir a su progenitor y descalificar a otro, manipulación de los padres a su conveniencia". *Vid.* aludiendo a "alienación" pero señalando "estar los niños muy identificados con la madre" lo que responde más bien a la "alineación": Juzgado Superior del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 15-6-11, Asunto KP02-R-2011-000269. *Vid.* refiriéndose, tanto a "alineación", como al "síndrome de alienación parental" señalado por el equipo técnico: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 19-4-09, Asunto BP02-V-2005-001371.

245 Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., pp. 312-320; García Garnica, M. de C.: "El síndrome de alienación parental. A la luz del interés superior del menor", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, enero-diciembre 2009, p. 221 (refiere decisiones judiciales).

246 Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 320.

247 *Vid.* Ordás Alonso, M.: *El Derecho*, cit., pp. 94-97.

248 *Ibid*., pp. 97-99.

que los progenitores conocen las circunstancias que pueden recomendar una separación[249]. El juez para decidir, deberá considerar también la vulnerabilidad afectiva que pueda afectar a algunos niños y que los conduce a evitar cualquier enfrentamiento entre sus padres y mucho más si llegare a considerarse causante de ese enfrentamiento[250].

"Respecto de la forma de cumplimiento efectivo de las visitas, el juez podrá establecerlas utilizando reglas más o menos elásticas o más o menos rígidas, según las características del caso, y teniendo en cuenta como dato preponderante lo expresado por los progenitores y el interés del menor".[251] Se afirma que el ordenamiento en esta materia, como en muchas otras del Derecho de Familia, le concede al Juzgador un amplio poder discrecional[252], pero éste debe estar dotado de una especial sensibilidad[253], prudencia[254] y equidad[255], porque su decisión marcará la suerte de una vida familiar en forma irreversible. Así pues, que las limitaciones al régimen son excepcionales y deben ser debidamente probadas. Pues la regla general apunta que el contenido del derecho-deber en comentarios ha de ser en principio amplio y flexible[256].

J) Carácter de la decisión: La sentencia es recurrible mediante los recursos generales que prevé la LOPNNA[257], no obstante que dado el carácter mutable de

249 El CC permite que los progenitores designen distinto tutor a los hermanos (art. 307) a diferencia del Juzgador que no detenta tal opción (art. 310).

250 Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, Sent. 25-4-16, Asunto UP11-V-2015-000283: el juez deberá agudizar su observación y análisis y aprovechar las máximas de experiencia que por su oficio haya podido acumular en casos similares, para evitar situaciones difíciles de manejar para el niño, niña o adolescente.

251 Ferreyra de la Rúa, A.: "Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas", *Revista de Derecho Procesal,* 2002-2.

252 Cossío Martínez, M.: *Las medidas*, cit., p. 30.

253 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. 820 de 6-6-11: "Quiere destacar la Sala, una vez más, que las materias relacionadas de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes es de carácter social y que por sus características posee un alto grado de sensibilidad en sus operadores y requiere la humanización de las instituciones procesales…"; Cossío Martínez, M.: *Las medidas*, cit., p. 30.

254 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. 2320 de 18-12-07: "Casos como el presente exigen mucha prudencia, responsabilidad y razonabilidad, gran ponderación, un dominio impecable de las instituciones familiares, con sus efectos y consecuencias sociales; además, de una especial sensibilidad y un manejo de los distintos institutos procesales, toda vez que las decisiones que se dictan en torno a los niños, niñas y adolescente producen e inciden de manera decisiva en su desarrollo y formación integral".

255 *Vid.* Sala de Apelaciones núm. 1 de la Corte Superior del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. 18-4-07, Asunto AP51-R-2007-002085: "Queda aún un apreciable margen que se reconoce al órgano en la búsqueda de soluciones a menudo tributarias de la equidad. El conflicto familiar exige una composición "humana"; que no se agota en el estricto marco de lo jurídico, que, si bien le brinda soporte a la decisión y aleja cualquier atisbo de arbitrariedad, no impide la prevalencia de criterios esencialmente discrecionales…".

256 *Vid.* usando tan expresión: Cuadros Rodríguez, P.: *La fijación*, cit., p. 4820.

257 *Vid.* LOPNNA, la sentencia tiene posibilidad de *apelación* en el solo efecto devolutivo (art. 488) mas no de casación (art. 489, letra b, *vid*.: TSJ/SCS, Sent. núm. 0097 de 28-2-12, amén del recurso de control de legalidad en el solo efecto devolutivo (art. 490). El recurso de interpretación precisaría conectarlo al caso concreto (art. 491). *Vid.* TSJ/SCS, Sent. 24-5-00, J.R.G., T. 165, p. 766: la sentencias relativas a régimen de visita no tienen recurso de casación. *Vid.* sobre el recurso de control de legalidad a propósito de convivencia familiar: TSJ/SCS, Sent. 1230 de 3-11-11.

la situación están sujetas a la "revisión" del régimen[258] lo cual denota su mutabilidad o variabilidad según el cambio de circunstancias. El artículo 387 eiusdem señala expresamente: "… La decisión podrá ser *revisada* a solicitud de parte, *cada vez que el bienestar del niño, niña o adolescente lo justifique* …"[259]. La versatilidad y mutabilidad son característica de las decisiones relativas a la materia"[260]. Por lo que las sentencias de la materia refieren su carácter "formal", más no "material"[261], dada la posibilidad de cambio futuro en función de las circunstancias sobrevenidas[262]. "La ejecución del régimen de convivencia familiar acordado por las partes y homologado … sólo puede ser modificado por solicitud de cualquiera de ellas"[263]. Se afirma inclusive que la decisión "… no es obstáculo para que el padre y la madre puedan convenir en un sistema diferente para el régimen de visitas y, ampliarlo a voluntad"[264].

K) Ejecución: en materia de ejecución se aprecia una remisión a las normas adjetivas generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil (arts. 523 y ss.) que tiene aplicación supletoria según el artículo 452 de la LOPNNA: "La ejecución de las sentencias dictadas en los procedimientos contenciosos incluyendo el procedimiento de régimen de convivencia familiar, salvo disposición en contrario, deberán ser solicitadas en el mismo expediente donde fue dictada la sentencia por el Juez de la causa…"[265]. En virtud del carácter de cosa juzgada formal de los

258 *Vid.* LOPNNA, art. 177, parágrafo primero letra e, relativa a la competencia del Tribunal de protección en materia contenciosa: "e) Fijación y "revisión" de Régimen de Convivencia Familiar nacional e internacional".

259 *Vid.* Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 23-3-11, 2445-23-JJI-726-10: hay elementos de convicción suficientes que hacen procedente la revisión del régimen preexistente y el establecimiento de un nuevo régimen que se adapte a las condiciones actuales, en consecuencia, es por lo que procede a decidir la causa, con los elementos aportados"; Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 4-8-11, Asunto FP02-V-2010-000417.

260 *Vid.* Ferreyra de la Rúa, A.: "Aspectos procesales", cit.: toda medida precautoria tanto la guarda provisoria como la fijación de las visitas son esencialmente interinas y mutables, y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen…Se caracterizan por su inestabilidad y versatilidad, y es sabido que ellas pueden ser ordenadas en forma experimental y luego ajustadas a las circunstancias. Ello es así puesto que cumplen un fin tuitivo respecto de los menores; en consecuencia, deben modificarse, si así lo aconseja su interés, tantas veces como sea necesario.

261 *Vid.* Juez Unipersonal núm. 4 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 31-3-11, Asunto 524-31-19272-170: "Aprobado y homologado el convenio de Régimen de Convivencia Familiar… se le da el carácter de cosa juzgada formal más no material" (*vid.* en el mismo sentido del mismo Tribunal: Sent. 28-3-11, Asunto 524-28-19243-142 y 524-6-19059-23; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, Juez Unipersonal No. 3, Sent. 21-2-11, Asunto 523-21-18016-122: "Aprueba y homologa el convenimiento … otorgándole a la presente decisión el carácter de cosa juzgada formal".

262 *Vid.* luego de distinguir entre cosa juzgada formal y material con base a los arts. 272 y 273 del CPC: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Jueza Unipersonal núm. 01, Sent. 20-3-06, Asunto 228-20-26713: Ahora bien, debe recalcarse que no siempre la cosa juzgada formal tiene como consecuencia la material como es el caso de los alimentos, con respecto a los cuales, después de su asignación puede alterarse la condición de las partes".

263 TSJ/SCS, Sent. 0944 de 3-8-11: por lo cual, el mismo sólo tiene efecto de cosa juzgada formal y no material"

264 DFMS6CM, Sent. 9-8-83, J.R.G., T. 83, p. 65.

265 http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/junio/1965-25-FP02-V-2009-000925-PJ0212009000514.html (dato incompleto en la web).

acuerdos de la materia homologados por sentencia judicial de conformidad con el artículo 518 de la LOPNNA[266], luce acertado el criterio que sostiene la inoficiosa tramitación autónoma del "cumplimiento" del régimen de convivencia familiar" previamente homologado[267]. La ejecución de la sentencia es de tracto sucesivo porque no se agota en un solo acto[268]. Algunos decretos de ejecución forzosa ordenan oficiar a la Comandancia de Policía del Estado a los fines de requerirle la asignación de varios funcionarios de conformidad con lo pautado en el artículo 21 del Código de Procediendo Civil, así como al equipo Multidisciplinario del correspondiente Circuito Judicial a objeto de que esté presente el día y hora del acto de ejecución conjuntamente con el Tribunal[269]. Alguna decisión en fase de ejecución refiere la necesidad de una terapia familiar[270]. La Sala Constitucional del Máximo Tribunal señaló la importancia del Ministerio Público inclusive en fase de ejecución[271], así como refiere que la vía de amparo no es la idónea para la ejecución de la respectiva sentencia[272].

K) Régimen provisional: Dada la urgencia que reclama no perder el contacto por el transcurso del tiempo, la LOPNNA de 2007[273] en el citado artículo 387 prevé la posibilidad del Juzgador de fijar un régimen de convivencia familiar provisional. Dicho régimen provisional podrá ser normal o también podría ser

266 Que dispone: "Los acuerdos extrajudiciales deben ser homologados por el juez …Aquellos acuerdos referidos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención, *Régimen de Convivencia Familiar*, liquidación y partición de la comunidad conyugal tienen *efecto de sentencia firme ejecutoriada*" (destacado nuestro).

267 *Vid.* referencia del Juzgador en: TSJ/SCS, Sent. núm. 1004 de 9-8-11: el Juzgado declarado competente … a. su decir, "debe ser ejecutada por vía incidental en el asunto que se tramitare la misma, no así aperturando un procedimiento autónomo, pues constituiría el inicio del juicio pretendido, una dilación indebida e inoficiosa al ordenarse las diligencias propias de una demanda nueva pudiéndose agotar la vía de la ejecución de la sentencia in comento, como en efecto en la práctica jurídica jurisdiccional se hace"; Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 6-7-11, Asunto FP02-V-2010-000040: el incumplimiento de un acuerdo homologado judicialmente o fijado mediante sentencia definitiva, trae como consecuencia, la posibilidad de solicitar el cumplimiento o ejecución de tal sentencia pues al pretender una demanda nueva de cumplimiento, se estaría creando un círculo vicioso de proliferación de procedimientos (*vid.* del mismo Tribunal: Sent. 1-6-11, Asunto FP02-V-2010-000040 y Sent. 31-5-11, Asunto FP02-V-2010-000974). *Vid.* compartiendo el carácter de cosa juzgada formal en razón de la homologación del: Ramón Alfredo Aguilar Camero (consulta electrónica 19-1-12).

268 TSJ/SCS, Sent. 0944 de 3-8-11.

269 *Vid.* LOPNNA, art. 179-A, letra f; Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 4-3-11, Asunto UH05S2008000592; Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 23-3-09, Asunto HH11-V-2004-000043 (del mismo Tribunal: Sent. 17-1-11, Asunto HP11-H-2009-000208, comisiona suficientemente al Equipo Multidisciplinario realizar un informe de todo lo actuado con la urgencia del caso).

270 Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, Sala de Juicio-Juez Unipersonal núm. 03, Sent. 6-5-09, Asunto 523-6-12.758-22l.

271 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 817 de 6-6-11.

272 *Vid.* TSJ/SConst. Sent. núm. 1138 de 26-6-01; Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. 18-5-11, Asunto AP51-O-2011-008346.

273 *Vid.* Morales, G.: "Responsabilidad", cit., p. 253: la Reforma en forma novedosa contempla la posibilidad de fijar un régimen de convivencia familiar provisional.

supervisado o excepcional, si las delicadas circunstancias lo precisan. Finalmente, en forma excepcional si la grave situación permite suponer peligro respecto del menor, ni si quiera se acordará este último. Los conflictos en esta materia reclaman "una solución provisional inmediata y sin pretensiones de perdurar que rompe o restaura el status"[274]. El régimen provisional como su denominación lo denota tiene carácter provisorio o temporal en espera del régimen de convivencia familiar definitivo, y tiene por propósito garantizarle al menor "el derecho a mantener contacto personal y directo con sus padres y a su interés superior"[275]. Se aprecia del citado artículo 387 que las oportunidades para que el Juzgador se pronuncie sobre el régimen provisional son dos: en la admisión de la solicitud y en la audiencia preliminar, en la primera es discrecional [276], en tanto que en la segunda es obligatoria[277]. En ésta última el pronunciamiento es imperativo, toda vez que el Juzgador tendría que justificar inclusive si median graves circunstancias la posibilidad de un régimen excepcional o en su defecto no dictar ni siquiera éste. La posibilidad excepcional de suspensión del régimen requeriría gravedad y prueba, dada la magnitud de una decisión de tal naturaleza[278].

El artículo 466, parágrafo primero, letra d de la LOPNNA también prevé que el Juzgador puede ordenar "Régimen de Convivencia Familiar provisional" entre las medidas preventivas. Pero a falta de lo indicado su procedencia sería obvia por vía de medida preventivas innominada en una materia donde el tiempo es fundamental. Por lo que si bien antiguamente no estaba previsto un régimen provisional de visitas[279], la doctrina y la jurisprudencia se pronunciaba favorablemente[280], no obstante advertir la conveniencia de la consagración expresa, pues en la práctica el juez que lo acordaba era recusado por "emitir opinión de fondo"[281].

274 Forner Delaygua, J.: "El acceso", cit., p. 25.

275 Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación y para el Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial de Tucupita Estado Delta Amacuro, Sent. 9-2-11, Asunto YP11-V-2010-000096.

276 "Al *admitir* la solicitud, el juez o jueza apreciando la gravedad y urgencia de la situación *podrá* fijar el Régimen de Convivencia Familiar provisional..." (destacado nuestro).

277 "En la *audiencia preliminar* el juez o jueza *deberá* fijar un Régimen de Convivencia Familiar provisional ..." (destacado nuestro).

278 "Excepcionalmente, cuando estas amenazas o violaciones sean graves y existan pruebas suficientes en el procedimiento, el juez o jueza no fijará el Régimen de Convivencia Familiar provisional".

279 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 3477 de 11-11-05 (también en: J.R.G., T. 227, pp. 172 y 173).

280 Tortoledo de Salazar, F. y F. Salazar: *El Derecho*, cit., p. 43: "La fijación de un régimen provisional de visitas, desde el momento en que se admite la solicitud se justifica plena y totalmente, y es definitivamente legal"; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 29-3-07, Asunto 1428-29-5210: "No obstante, el juez de protección, basado en su conocimiento privado y en observancia del interés superior del niño o del adolescente, podría acordar, provisionalmente, que el padre o la madre, dependiendo del caso, tenga comunicación y contacto con el menor hasta tanto establezca el régimen de visitas. …de conformidad con lo establecido en el art. 26 de la Constitución, esto es, en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas ...".

281 *Vid.* Reyes Rebolledo, R. I.: "Regulaciones especiales en materia de patria potestad, guarda, obligación alimentaria, visitas y colocación familiar", *Derecho de la infancia y la adolescencia*, Serie Eventos núm. 24, TSJ, Caracas, 2007, p. 75.

El Máximo Tribunal en Sala Constitucional señala que dada la importancia de la visita el Juzgador podría acordarlo ajustado a derecho al dictar el mismo vista la imposibilidad de obtener la opinión de la niña[282]. La Sala deja claro que su fijación provisional se realiza para garantizar el derecho constitucional y legal de las relaciones paterno filiales entre hijos y padres[283]. Se aclara que el amparo no resulta la vía idónea para recurrir de la decisión relativa al régimen provisional de convivencia familiar a favor de los abuelos, sino el recurso ordinario de apelación[284]. No obstante, la misma Sala Constitucional dentro del curso de un proceso de amparo otorga como medida cautelar innominada un régimen provisional de visita[285]. La razonabilidad y la prudencia deben sustentar la fijación de este régimen interino que normalmente se determina en atención a las circunstancias de la causa. La situación requiere una prudente evaluación de los intereses en juego y los riesgos existentes, teniendo presente que la interrupción de trato del progenitor con los hijos es de aplicación restrictiva[286]. El tiempo pérdido es irrecuperable y ello se proyecta a través del establecimiento de un régimen de convivencia familiar provisional, que igualmente aplica a otros parientes como los abuelos[287].

XI. SANCIONES.

1. Privación de la custodia:señala el artículo 389-A de la LOPNNA: "Incumplimiento del Régimen de Convivencia Familiar. Al padre, la madre, o a quien ejerza la Custodia, que de manera reiterada e injustificada incumpla el Régimen de Convivencia Familiar, obstaculizando el disfrute efectivo del derecho del niño, niña o adolescente a mantener relaciones y contacto directo con su padre o madre, podrá ser privado o privada de la Custodia". La norma prevé una formula sancionatoria para el padre custodio, cuando éste incumpla, obstaculice o impida el cumplimiento del régimen de convivencia establecido, lo que podría traer

282 TSJ/SConst., Sent. núm. 943 de 15-6-11: "la juzgadora prescindió de dicha opinión para la fijación del régimen de convivencia provisional luego de procurar activamente entrevistar a la niña. Tal actuación, a juicio de esta Sala Constitucional no resulta violatoria o lesiva de derecho constitucional alguno, pues resulta acertado el análisis del Tribunal Superior, con respecto a que el Juez de primera instancia realizó una correcta ponderación entre el ejercicio de un derecho –opinar o ser oído- y la aplicación del derecho de convivencia paterno filiar, entendiendo que este último aporta una serie de beneficios al desarrollo familiar, por lo que reviste de gran importancia que se mantenga de forma regular y permanente, relaciones personales y contacto directo de los niños con ambos padres…"

283 TSJ/SConst., Sent. núm. 635 de 11-5-11.

284 TSJ/SConst., Sent. núm. 338 de 22-2-06.

285 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 1308 de 1-8-11: toda vez que el tiempo transcurrido sin que se relacione con su padre podría hacer de ese ser una persona desconocida para ella, de allí que resulte aconsejable que la aproximación de ambos se lleve a cabo de manera progresiva y plácida, lo que no parece lograrse ni con el régimen fijado en la primera instancia (fundamentalmente porque el factor referido al tiempo transcurrido sin que se relaciones padre e hija) ni el fijado por el Superior que hace alusión o lo condiciona a una serie de eventos, mismos que discute el accionante en amparo. De allí que considera esta Sala conveniente abordar, como medida cautelar innominada, durante la pendencia de este proceso, la modificación provisional del régimen de visitas; TSJ/SConst., Sent. núm. 817 de 6-6-11.

286 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., pp. 233 y 235.

287 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. núm. 338 de 22-2-06.

como resultado la revisión del ejercicio de la custodia y una eventual privación de la misma"[288]. Algunas decisiones judiciales advierten expresamente esta posible sanción[289]. Para algunos "esta novedosa norma pretende combatir una odiosa y reiterada práctica del progenitor custodio del niño, cual es la de entorpecer impunemente las frecuentaciones del hijo con el progenitor no custodio"; acoge el criterio según el cual tal entorpecimiento lo descalifica como progenitor custodio[290]. Pero el criterio clave en la atribución de la custodia debe ser el interés superior del menor; no debiendo privar los criterios sancionatorios. De allí que criticáramos la norma[291], pues una ley como la LOPNNA que insiste en que el menor es sujeto de derecho no debe convertir a éste en objeto de castigo[292]. En caso de conflicto debe prevalecer el interés del menor (LOPNNA, art. 8). La sanción al progenitor que detenta la custodia "no siempre será la mejor solución al problema pues dicho cambio puede resultar perjudicial para el hijo"[293]. Para algunos tal opción solo es apreciable en casos extremos que impliquen maltrato al menor[294].

2. Limitación de la convivencia o visitas por incumplimiento del deber de manutención: Ya la LOPNNA de 1998, en su artículo 389 consideró la privación de las visitas en caso de incumplimiento de la obligación de alimentos (actualmente denominada de manutención)[295]. Asunto que fue acertadamente criticado por la

288 Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 21-10-09, Asunto HP11-R-2009-000009.

289 Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 5-8-09, Asunto 1239-5-6527-470.

290 Morales, G.: "Responsabilidad", cit., p. 258; Reyes Rebolledo, R. I.: "Regulaciones especiales", cit., p. 76: "es novedosa la norma y busca crear conciencia en el progenitor que está provisto de la custodia, de que el mejor padre o madre o el que hace posible el contacto de su hijo con el progenitor que no la ejerce"

291 *Vid.* "Innovaciones", cit., pp. 177-179; *Ensayos*, cit., p. 200; Aguilar Gorrondona, J. L: *Derecho Civil Personas*, UCAB, 17ª ed., Caracas, 2005, p. 264: la LOPNA se limita a sancionar al progenitor sin atender al eventual interés del hijo a ser visitado.

292 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. 2320 de 18-12-07: Cuando se dictan medidas judiciales que los afectan se produce una innovación sentimental y afectiva; pero además, éstas repercuten en el aspecto social y estilo de vida; de tal manera, que no pueden los jueces y juezas disponer de los niños, niñas y adolescentes *como si de objetos se tratara;* ellos no sólo son sujetos de derecho, sino que debe tenerse presente cómo sienten y padecen de manera significativa a consecuencia de un proceso judicial, y cómo una decisión judicial puede llegar a ser fundamental en su existencia; por tanto, no puede ordenarse trasladar de un lado para otro, sin mediar y ponderar las transformaciones de vida que ello implica (destacado nuestro).

293 Medina, G.: "Daños", cit.; Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., pp. 28 y 29: las legislaciones apuntan en uno y otro sentido.

294 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., pp. 29 y 30: solo es factible cuando las conductas obstructivas sean tan graves y reiteradas que se traduzcan en un potencial daño psíquico, moral y físico para el menor: Romero Coloma, A. M.: *Incumplimientos*, cit., p. 109: por su fuerza y rigidez, sólo será viable, desde mi punto de vista, cuando la actitud negativa del progenitor custodio –que ha de facilitar el derecho de visitas del otro progenitor- es de tal intensidad y gravedad que provoca un atentado grave y repetido, con visos de definitivo e irremediable, al derecho de visitas. Se trata de una oposición irreductible, sin esperanza razonable de cambio de actitud y, por supuesto, una vez que hayan fracasado las demás medidas oportunas establecidas para ello"; González del Solar, J.: *Derecho de la Minoridad. Protección Jurídica de la Niñez*, Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2005, pp. 123 y 125: en Argentina las trabas que a menudo ponen los guardadores para el cumplimiento de las visitas ha motivado su sanción penal.

295 "*Improcedencia del régimen de visitas:* El padre o la madre a quien le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación alimentaria, por haberse negado a cumplirla injustificadamente, pese a contar con recursos económicos, no se le concederá un régimen de visitas, a menos que se declare judicialmente

doctrina- porque se traducirse en una sanción para el hijo[296]. Considerada por López del Carril como "contra-humanistas y contra-lege"; el derecho de visita interesa fundamentalmente al hijo, a quien no hay que alejar por ningún concepto de su progenitor, por elementales razones de afecto, solidaridad familiar, emoción y formación espiritual del menor, etc."[297]. La LOPNNA de 2007, art. 389[298] alude a "limitación" del régimen de convivencia, introduciendo un ligero cambio de redacción que flexibiliza la norma previa que se refiere a "improcedencia". Limitación que ciertamente precisará de la intervención judicial[299]. El incumplimiento de la manutención no debería afectar el régimen de convivencia que protege la relación afectiva filiatoria, amén que el primero constituye causa autónoma de privación de la patria potestad (LOPNNA, art. 352, letra i), siendo que la convivencia familiar subsiste ante la privación de la patria potestad por lo que adicionalmente se traduce en una doble sanción al progenitor en perjuicio del hijo.

Ello es también criticado en la doctrina extranjera[300], que refiere que los Tribunales mantienen la idea de que el impago de la pensión alimenticia no es causa de limitación o suspensión del régimen, pues tal incumplimiento tiene su forma específica para responder por tal[301]. De allí que en feliz conclusión de Mizrahi "para nosotros, la incorporación de las "visitas" en la categoría del deber en ambos extremos de la relación padre-hijo, veda disponer suspensiones por falta de pago de los alimentos"[302]..

su rehabilitación y sea conveniente al interés del hijo. La rehabilitación procede cuando el respectivo padre ha cumplido fielmente, durante un año, los deberes inherentes a la obligación alimentaria".

296 *Vid.* Morales, G.: *Temas*, cit., p. 153: "Aun cuando entiendo que la intención del legislador ha sido procurar por todos los medios el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte del padre obligado; no comparto la inclusión de una disposición legal que acreciente el discurso de la negociación visitas-pensión alimentaria que, por lo demás, le otorga fuerza jurídica a la idea popular de si no pagas no lo ves. Esta plataforma legal es incompatible con un Juez que debe conciliar y no profundizar y estimular los desacuerdos. Por otra parte, si bien el niño necesita la pensión de alimentos, también necesita frecuentar a su padre. En consecuencia, no comparto este mecanismo de presión para lograr el cumplimiento alimentario"; Morales, G.: "El derecho", cit., p. 266; Morales, G.: "Procedimiento", cit., p. 198.

297 López del Carril, J.: *Patria potestad*, cit., p. 66; Mizrahi, M.: *Familia*, cit., pp. 434 y 435: una suerte de *exceptio non adimpleti.*

298 *"Limitación del Régimen de Convivencia Familiar"*: "Al padre o la madre a quien le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la Obligación de Manutención, por haberse negado a cumplirla injustificadamente, pese a contar con recursos económicos, a consideración del juez o jueza y con base en el interés superior del beneficiario o beneficiaria, *podrá limitársele* el Régimen de Convivencia Familiar, por un lapso determinado. En todo caso, la suspensión de este derecho al padre o la madre que no ejerza la Custodia, deberá declararse judicialmente, determinándose claramente en la sentencia, el tiempo y las causas por las cuales se limita el Régimen de Convivencia Familiar". (destacado nuestro).

299 *Vid.* Morales, G.: "Responsabilidad", cit., pp. 256 y 257: y no por el progenitor custodio. Pues se precisan varias condiciones que determinará el Juzgador: que sea producto de una situación de hecho concreta, que se tengan recursos económicos, que la negativa sea injustificada, que se precise claramente la limitación y por cuanto tiempo, que convenga al interés superior del hijo.

300 García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 242 y 243.

301 *Ibid*., pp. 253; Ferreyra de la Rúa, A.: "Aspectos procesales", cit.: No debe vincularse el incumplimiento del régimen de visitas al menor con el incumplimiento de la obligación alimentaria. Si ello se hiciera no sólo se estaría castigando al renuente sino también al hijo, el que debe permanecer ajeno a los problemas legales existentes entre los progenitores.

302 Mizrahi, M.: *Familia*, cit., p. 436.

3. Indemnización por daño moral: La vía idónea, que no violenta el interés del menor será la indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil del progenitor que vulnera el régimen[303], inclusive por vía del abuso de derecho[304]. La responsabilidad civil se extiende a la esfera Civil familiar o extramatrimonial[305], que incluye el caso bajo estudio[306]. La negativa injustificada a contribuir con el derecho del otro progenitor a relacionarse con su hijo, de cuya formación sana e integral es responsable se incurre en una acción u omisión ilícita que puede ocasionar daños extrapatrimoniales y patrimoniales[307]. Así lo ha referido la jurisprudencia española[308].

Cabe aclarar que la posibilidad de daños y perjuicios se extiende también a aquel progenitor displicente en el ejercicio de sus derecho-deber de frecuentación. Si bien se trata de un deber incoercible, ello no es óbice para que se pueda afirmar que es un deber, cuyo incumplimiento podrá tener otras consecuencias[309]. "El derecho-deber que se analiza constituye sin duda una obligación de hacer, cuya omisión repele la ejecución forzada que implique violencia, por lo que ante el incumplimiento deberá transformarse en una subsidiaria obligación de resarcir los daños y perjuicios" [310]. De allí que se aluda al resarcimiento por el incumplimiento del régimen de visitas del progenitor no custodio[311]. Aunque el

303 *Vid.* Callejo Rodríguez, C.: *Trabas*, cit., p. 66: los tribunales españoles son proclives a la indemnización por daños y perjuicio por la conducta obstaculizadora del otro progenitor en las visitas; Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 30: de su lesión derivan daños morales.; Herrera, M: *Daños derivados*, cit.; *Daños y perjuicios derivados de las conductas de uno de los padres que impiden el contacto del otro con el hijo*, Ponencia núm. 24, CVII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 2, 3 y 4 Octubre 2002.

304 Varela Cáceres, E. y M. C. Domínguez Guillén: "El abuso de derecho. Un estudio. Tres autores", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 8, Edición Homenaje a Jurista Españoles en Venezuela, 2017, p 546; Romero coloma, A. M.: *Incumplimiento*, cit., pp. 52-55; Marín García, I. y D. López Rodríguez: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril, 2010.

305 *Vid.* nuestros: "Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del derecho de familia", *Revista de Derecho*, núm. 32, TSJ, 2010, pp. 33-72; "Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Argentina, Año IV, núm. 2, marzo 2012, pp. 50-71; "El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia", *IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*, SRRA, Caracas, 2012, T. I, pp. 159-219.

306 *Vid.* nuestro: "Notas", cit., p. 69. *Vid.* también ambos de Romero Coloma, A. M.: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 133-150; *Incumplimientos*, cit., pp. 25 y ss.

307 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., pp. 27 y 28; Medina, G.: "Daños", cit.: el asunto podría reducirse civilmente a una indemnización pecuniaria, sin perjuicio de la procedencia de otras acciones. La autora cita Makianich para quien la "agresión al bolsillo" puede hacer entrar en razón.

308 *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R. y P. Chaparro Matamoros: "Responsabilidad por intromisión", cit., p. 337: Siendo emblemática a decir de los autores la sentencia del STS de 30-6-09 que condena que a la madre a pagar al padre de 60.000 euros por haber impedido que este se relacionar con su hijo. *Ibid*., pp. 347-355, citan entre otras, la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia de 20-2-06, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16-1-09, la sentencia del Tribunal Supremo de 30-6-06 por haber obstaculizado la madre que el hijo tuviera la posibilidad de relacionarse con el padre.

309 García Pastor, M.: *La situación*, cit., p. 261.

310 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 71.

311 *Vid.* De Verda y Beamonte, J.R. y P. Chaparro Matamoros: "Responsabilidad por intromisión", cit., pp. 358-362: la SAP Madrid de 13-2-98 aunque los argumentos de algunas sentencias no les parecen convincentes;

"incumplimiento" podría abarcar desde el abuso del derecho de visita (en su ejercicio), el incumplimiento del progenitor custodio, hasta inclusive el no ejercicio de la visita[312].

El artículo 390 de la LOPNNA alude a la reparación de daños ante la "Retención del niño o niña"[313]. Se ha interpretado la citada norma[314], distinguiéndose la retención de la sustracción porque en la primera el traslado de la residencia habitual del menor se produce con consentimiento inicial pero luego opera una retención ilegal, en tanto que la sustracción supone una ausencia total del consentimiento desde un principio[315]. Podría proyectar relevancia internacional, según la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores [316] y la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores[317]. "El Estado como garantía debe preservar que los menores de edad no pierdan el contacto directo y regular con los padres, lo que sucedería si el menor es escondido, o llevado fuera del país"[318].

4. Privación de la patria potestad: para algunos podría proceder la privación de la patria potestad[319]. Posición que en el caso venezolano se pretende subsumir en la criticada causal genérica relativa al incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (LOPNNA, art. 352, letra c)[320]. El carácter abierto de dicha causal rompe

el AAP Madrid de 22-3-10, aunque el tribunal consideró que no procedía la indemnización por daños y perjuicios sino por vía de gasto extraordinario.

312 *Vid.* Romero Coloma, A.: *Incumplimientos*, cit., pp. 48-61; García Pastor, M.: *La situación*, cit., pp. 267 y 268; *Vid.* Bellini Domínguez, C.: *El derecho de visita. Conflictos que plantea y posibles soluciones*, Universidad Palmas de Gran Canaria, España, 2005 (tesis doctoral).

313 "El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo o hija cuya custodia haya sido otorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la Custodia, y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al hijo o hija, debiendo reintegrar todos los gastos que se haya hecho para obtener la restitución del niño, niña o adolescente retenido"; Morales, G.: Responsabilidad, cit., pp. 258 y 259; Morales, G.: "Instituciones", cit., pp. 290 y 291; Domínguez Guillén, M. C.: La convivencia, cit., 278-287.

314 *Vid.* entre otras todas sentencias de TSJ/SConst.: núm. 0097 de 14-5-19; núm. 1181 de 25-7-11; núm. 820 de 6-6-11: núm. 2779 de 12-8-05; núm. 2609 de 17-11-04.

315 Barrios, H: "¿Sustracción, retención o restitución nacional e internacional de niños, niñas y adolescentes? Interrogantes más frecuentes que plantea su regulación", *Estudios sobre Derecho de la Niñez y Ensayos penales. Libro Homenaje a María Gracia Morais*, UCAB, Caracas, 2011, p. 21.

316 Adoptada por la OEA el 15-7-89, G.O. Ext. 5.070 de 28-5-96.

317 Aprobado 25-10-80, G.O, 36.004 de19-7-96 ; Barrios, H: "¿Sustracción", cit., pp. 14-34; Del moral, A.: "La retención indebida de niños y adolescentes en el marco del Convenio de la Haya y la Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores", *LEX Nova*, núm. 241, Colegio de Abogado del Estado Zulia, 2002, pp. 125-148; Guerra, V. H.: "La retención y el traslado ilícito de niños, niñas y adolescentes: una visión socio-jurídica", *Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Terceras Jornadas sobre la LOPNA*, UCAB, Caracas, 2002, pp.361-380; TSJ/SPA; Sent. núm. 00005 del 12-1-10; Ochoa Múñoz, J.: "Caso Helle vs Pérez. Una batalla judicial internacional genera doctrina judicial constitucional sobre la restitución internacional y nuevas normas sobre las visitas internacionales", 21-7-14.

318 TSJ/SConst., Sent. núm. 0097 de 14-5-19.

319 *Vid.* Ballarín, S. y G. Iglesias: "Sanciones ante el incumplimiento del régimen de visitas", *XVI Jornadas de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1997.

320 *Vid.* Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sala de Juicio, Juez Unipersonal núm. 02, Sent. 5-5-09, As818-5-C-8704-07: "…a quien se pide advertir a la

la tipicidad que precisa una sanción tan grave. Para otros acontece conforme con la letra b de la norma: "los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo o hija"[321].

5. Desacato (LOPNNA, art. 270): prevé: "Quien impida, entorpezca o incumpla la acción de la autoridad judicial, del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o del o la Fiscal del Ministerio Público, en ejercicio de las funciones previstas en esta Ley, será penado o pena con prisión de seis meses a dos años" [322]. El incumplimiento en general puede provenir tanto del progenitor custodio como del no custodio; el primero dada su obligación de facilitar el mismo o al progenitor no custodio que es indiferente al ejercicio del derecho-deber.

XII. OTROS LEGITIMADOS[323].

Dispone el artículo 388 de la LOPNNA: "Los parientes por consanguinidad, por afinidad y responsables del niño, niña, o adolescente podrán solicitar la fijación de un Régimen de Convivencia Familiar. También podrán solicitarlo aquellos o aquellas terceros o terceras que hayan mantenido relaciones y contacto directo permanente con el niño, niña o adolescente. En ambos casos, el juez o jueza podrá acordarlo cuando el interés superior del niño, niña o adolescente así lo justifique". Se evidencia que el instituto supera en su interés a los progenitores[324], pues el régimen puede extenderse a otros parientes o terceros porque el interés del

madre accionada a fines didácticos que el incumplimiento injustificado y reiterado al *régimen de convivencia familiar* judicialmente homologado configura causal de privación de patria potestad de conformidad con las previsiones del art. 352 literal "C" LOPNA".

321 *Vid.* Morales, G.: "Procedimiento", cit., pp. 200 y 201.

322 *Vid.* Morales, G.: "Procedimiento", cit., pp. 200 y 201; Corte Superior Primera del Circuito de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. 22-4-08, Asunto AZ51-R-2005-000079: se les advierte, que se abstengan de obstaculizar el cumplimiento de esta decisión, por cuanto tal actitud pudiera ser sancionada"; Sala 1 del Despacho del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 2-3-11, 521-2-18799-129: Hace un llamado a la reflexión a ambos padres, para que dejen a un lado las diferencias que puedan traer como consecuencia el entorpecimiento o incumplimiento del régimen de visitas acordado en la presente sentencia y en este mismo sentido se les advierte, que la negativa por parte de alguno o de ambos progenitores de dar cumplimiento con el régimen acordado, dará lugar al procedimiento penal correspondiente para la imposición de la sanción por desacato previsto y sancionado en el art. 270 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, sin perjuicio forzoso de la presente Régimen de Convivencia Familiar; TSJ/SConst., Sent. núm. 817 de 6-6-11; https://enplural.org/catedra/jurisprudencia.html, N° 1988/2011: La Sala ordena notificación de la madre para que un lapso de tres (3) días, dé estricto cumplimiento al régimen de visita so pena de incurrir en el delito de desacato.

323 *Vid.* nuestro: *Convivencia familiar*, cit., pp. 239-275; Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración*, cit., p. 30,

324 Juez Unipersonal núm..4 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 20-7-10, 524-20-17688-103: "De dicha norma puede observarse que el derecho de régimen de convivencia familiar posee un contenido más amplio que el de mantener relaciones personales y contacto directo con los progenitores, por cuanto podría ser acordado a personas ajenas al núcleo familiar, cuando el interés del niño, niña y/o adolescente así lo requiera, es decir, que va dirigido a mantener el desarrollo integral, físico y emocional del mismo, en virtud de los lazos afectivos que pudieren haberse generado producto de una convivencia o un contacto permanente entre el niño, niña y/o adolescente y la persona que se le ha fijado el régimen de convivencia familiar".

menor reclama un concepto amplio de familia[325]. Por lo que no "podrá impedirse sin justa causa las relaciones del menor con otros parientes o allegados"[326], aunque ciertamente su extensión no sea tan amplia como la de los progenitores[327]. Supuesto considerado como "atípico"[328].

Con base al citado artículo 388 que alude a "podrá", se afirma que la concesión de un régimen a los demás miembros de la familia o terceros, es producto de la "discrecionalidad" o concesión judicial[329]. Pero el cambio de redacción de la LOPNNA con relación a la previa Ley Tutelar de Menores que contenía referencia expresa a los *abuelos* no permite concluir que el Juzgador es discrecional en concederles a tales un eventual régimen de convivencia, sino que la intervención judicial se limita a regular el régimen en cuestión, dada la transcendencia del papel de los abuelos en la vida del menor[330]. Inclusive si se siguiera la tesis que configura un derecho humano, su carácter progresivo e irreversible, haría indiferente un

325 *Vid.* Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 26-11-09, Exp. 21.241: el interés superior de la niña vinculado a la trascendencia que para ellos resultan el cultivo de sus relaciones familiares debe ser visto bajo la óptica de que la autoridad parental es un derecho-función ... quien debe disfrutar del cariño de su padre y *demás familiares tanto maternos como paternos*…" (destacado nuestro).

326 Makianich de Basset, L. N.: *Derecho*, cit., p. 63; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sala de Juicio el Vigía, Sent. 25-4-11, 1415-25-7219-61: este derecho es establecido, fundamentalmente, en beneficios de los niños, niñas y adolescentes y no puede verse cercenado por razones ajenas a ellos, como pueden serlo las desavenencias y resentimientos existentes entre las familias, por el contrario, debe ser la madre garante de la eficacia de los derechos que la ley le reconoce al niño; Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 26-11-09, 1700-26-21241; LOPNNA art. 34: la familia de origen se extiende a ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto (4°) grado de consanguinidad.

327 Cossío Martínez, M.: *Las medidas*, cit., p. 28.

328 *Vid.* AMCCSTPNANAI, Sent. 8-11-04, J.R.G., T. 217, p. 40: se trata de un caso atípico, contrario a lo que suele consuetudinariamente ventilarse por ante el órgano jurisdiccional, por cuanto la acción ha sido ejercida por abuelos y tíos maternos.

329 *Vid.* Morales, G.: "Instituciones", cit., pp. 290: la posibilidad de acordar las visitas a parientes o a otras personas, se encuentra especialmente prevista, no ya como un derecho, sino como una concesión judicial tomando en consideración el interés del niño; TSJ/SConst., Sent. núm. 2177 del 16-11-07; Aguilar Gorrondona, J.L: D*erecho Civil*, cit., pp. 263 y 264: la ley vigente no concede el derecho de visitar a personas que no sean los padres pues no lo extiende de pleno derecho, como lo hacía antes con los abuelos por razones prácticas.

330 *Vid.* voto salvado: TSJ/SPA, Sent. núm. 00586 de 28-4-11: quien disiente no entiende, ni puede aceptar cómo un derecho que se extiende hasta "terceros y terceras que hayan mantenido contacto directo con el niño, niña o adolescente", en el fallo disentido se haya restringido a los abuelos maternos quienes anhelan el acercamiento y disfrute con su única nieta, de su única hija, derecho que sin duda desde el punto de vista humano y jurídico les pertenece. Todo lo anteriormente dicho se sustenta en el supuesto cierto de que los abuelos y las abuelas desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia … Contrario a este concepto que el fallo sobre el cual disiento resaltó, opino que en este caso, procurar, estimular y tutelar la relación de los abuelos maternos con su nieta, además de ser fuente de amor, comprensión y apoyo mutuo, representa la única conexión que podría tener la adolescente con su madre y aquellos a su vez con su hija fallecida; Rivero Hernández, F.: "Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas", en *Nous reptes del dret de famíliamaterials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Universidad de Gerona, 2005, pp. 275-334: El derecho de visita y relaciones personales abuelos/nietos es un caso y manifestación particular de la cuestión más general de las relaciones personales. Tiene un fundamento próximo al de las relaciones de los padres con sus hijos, …La cuestión jurídica más importante y grave relativa a ese derecho y relaciones radica en las justas causas que pueden legitimar su denegación (y aun la restricción, suspensión modificación ...). A ese respecto parece que no puede haber otro criterio general que el del interés de los nietos; TSJ/SConst., Sent. núm. 355 23-3-01: "la participación plena en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento de las niñas, se enriquece con las relaciones de ellas con sus abuelos, a menos que se encuentre que éstas resulten perniciosas".

cambio de redacción normativa. "En las relaciones de convivencia, fundamento de la vida social, los abuelos desempeñan un protagonismo importante"[331]. El derecho de visita de los abuelos tiene su fundamento último en la mutua protección del núcleo familiar, su solidaridad y afecto"[332]. Por lo que a nuestro sentir también procede "ipso iure", aunque en principio no sea tan amplio como el concedido al progenitor no custodio, salvo que el caso concreto lo requiera en virtud del interés superior del menor[333]. Aunque no referidos expresamente en la antigua ley, consideración similar es predicable respecto de los hermanos, quienes tienen la necesidad de preservar las relaciones fraternales entre ellos[334]. Los hermanos y los abuelos están obligados subsidiariamente en obligación de manutención (LOPNNA, art. 368), es justo que ello sea coetáneo a la frecuentación.

El instituto también es extensible a otros parientes como tíos por ser la familia fuente de enriquecimiento afectivo[335], aunque se dice que "hay que evitar que la vida cotidiana del menor se vea salpicada de sucesivos derechos de visita con distintos parientes"[336]. Lo ideal sería que los parientes comunes se unan en la convivencia para dejar espacio al menor[337]. El tercero vinculado afectivamente (niñera, pareja del progenitor, padrino, etc.) también podría solicitar lo pertinente, en cuyo caso parecer resultar más cónsona la antigua expresión "régimen de visitas".

331 Díaz-Ambrona Bardají, M. D. y F. Hernández Gil: *Lecciones de Derecho de Familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 449.

332 López del Carril, J.: *Patria potestad*, cit., pp. 65-67.

333 *Vid.* Colás Escandón, A. M.: "El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, sala 2.ª, n.º 138/2014, de 8 de septiembre), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, p. 182: aunque un régimen amplio a favor de los abuelos ciertamente limitaría el ejercicio de la patria potestad por el padre, podría estar perfectamente justificada.

334 Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent 19-4-09, Asunto BP02-V-2005-001371; TSJ/SConst., Sent. 1981 de 15-12-11: "Por ello, mal puede procurar el quejoso, con la interposición de la demanda de amparo bajo examen, pretender que la adolescente no mantenga contacto con su hermana materna…"

335 Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida Sala de Juicio el Vigía, Sent. 25-4-11, Asunto 1415-25-7219-61: el interés superior del niño vinculado a la trascendencia que para él resulta el cultivo de sus relaciones familiares debe ser visto bajo la óptica de que la autoridad parental es un derecho-función, es decir, que las madres no pueden, por su propio parecer, privar a sus hijos de relacionarse con miembros tan próximos del círculo familiar, como son su padre, los abuelos, tíos y primos, cuyo contacto se presume que constituye para el niño una fuente de enriquecimiento personal, afectivo, así como la búsqueda y conocimiento de sus raíces, salvo que se trate de una relación cuyo contexto específico, pueda ser peligrosa o perjudicial para los niños (en el mismo sentido: *Vid.* Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 26-11-09, Asunto 1700-26-21241). *Vid.* régimen de convivencia a favor de la tía materna de la progenitora, con quien adicionalmente el niño convivió: Juez Unipersonal No. 3 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescente del Estado Zulia, Sent. 15-3-2011, Asunto 523-15-17044-36.

336 *Vid.* Navarro Castro, M.: "El régimen de visita de los abuelos y otros parientes y allegados tras la Ley 402/2003 de 21 de noviembre", *Libro homenaje al prof. Manuel Albaladejo García*, (coord. J. M. González Porras y F. Méndez González), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Murcia, España, 2004, vol. I, p. 3469.

337 *Vid.* con relación a la visita de la abuela: TSJ/SConst., Sent. núm. 2177 del 16-11-07 (también en: J.R.G., T. 249, pp. 293-296): si bien las visitas pretenden fortalecer lazos familiares, no debe erigirse en una carga en el sentido de que deba trasladarse el menor a otra población para hacerla efectiva.

Finalmente, la institución de las visitas subsiste inclusive entre adultos, siendo particularmente importante en casos de discapacidad[338]. Ello porque la frecuentación como manifestación del parentesco o la amistad responde a un sentimiento natural que el orden jurídico a través del Juzgador se limita a regular a falta de acuerdo entre los interesados. La necesidad de preservar nuestros afectos es pues inherente a la naturaleza humana; sin duda, el contacto o la oportunidad de relacionarse, lo hace posible.

338 AMCSFM2, Sent. 3-7-97, J.R.G., T. 144, p. 85: se encuentra ajustada a derecho la decisión del Juez de la causa, Juez de Familia, de regular en el presente caso de desavenencia familiar un régimen de visitas a favor de la ciudadana…para que sus hijas cumplan con la obligación que tienen de atender a la satisfacción de las necesidades físicas, morales y afectivas de su mencionada madre; Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 5-10-09, Asunto 1429-5-14308: acuerda que el tutor designado deberá autorizar las visitas diarias en el lugar donde se encuentre el entredicho, de lunes a lunes, sin ningún horario comprendido, para que sus hijos, hermanos y cualquier familiar o amigo pueda visitarlo, sin más limitación que aquella que indique el sentido común, en aras de procurar la estabilidad emocional del mismo; LOPNNA, arts. 351, 383 letra b; Cossío Martínez, M.: *Las medidas*, cit., p. 23: mayores incapacitados.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Camero, R. A.: "La conciliación en el proceso contencioso administrativo", *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Colección Estudios Jurídicos, núm. 92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 695-722.

Aguilar Gorrondona, J. L: D*erecho Civil Personas*, Universidad Católica Andrés Bello, 17ª ed., Caracas, 2005.

Alba Ferre, E.: "El efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor y la adopción de la guarda y custodia compartida. Comentario a la STS de España, núm. 124/2019, de 26 de febrero", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, enero, 2020, pp. 512-525.

Barón del Toro, A.: *El régimen de guarda y custodia en el Derecho Civil Común*, Comillas Universidad Pontificia, Madrid, 2019, https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/30613

Ballarín, S. y G. Iglesias: "Sanciones ante el incumplimiento del régimen de visitas", *XVI Jornadas de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1997.

Barrios, H.: "¿Sustracción, retención o restitución nacional e internacional de niños, niñas y adolescentes? Interrogantes más frecuentes que plantea su regulación", *Estudios sobre Derecho de la Niñez y Ensayos penales. Libro Homenaje a María Gracia Morais*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pp. 19-34.

Bellini Domínguez, C.: *El derecho de visita. Conflictos que plantea y posibles soluciones*, Universidad Palmas de Gran Canaria, 2005 (tesis doctoral).

Botana García, G. A.: "Notas sobre el Derecho de visita", *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 10, 1990, pp. 117-134.

Callejo Rodríguez, C.: *Trabas al Derecho de visita, responsabilidad y mediación*, Derecho Español Contemporáneo, Reus, Madrid, 2019.

Cardenal, R.: *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia* (dir. F. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez, coord. O. Monje Balmaseda), t. I, parte sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011.

Carrillo Perera, M. R.: "Consideraciones hermenéuticas sobre la normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en materia de conciliación: Los casos de patria potestad, guarda, obligación alimentaria y régimen de visita", *Primer Año de vigencia de la LOPNA. Segundas Jornadas sobre*

la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, pp. 201-231.

Colás Escandón, A. M.: "El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, sala 2.ª, núm. 138/2014, de 8 de septiembre), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 133-185.

Cossío Martínez, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Cuadros Rodríguez, P.: *Daños y perjuicios derivados de las conductas de uno de los padres que impiden el contacto del otro con el hijo*, Ponencia núm. 24, CVII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 2, 3 y 4 octubre 2002.

De Freitas de Gouveia, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2013, pp. 37-181.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 9-43.

De Verda y Beamonte, J. R. y P. Chaparro Matamoros: "Responsabilidad por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos", *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. De verda y beamonte), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 337-362

Del Moral, A.: "La retención indebida de niños y adolescentes en el marco del Convenio de la Haya y la Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores", *LEX Nova*, núm. 241, Colegio de Abogado del Estado Zulia, 2002, pp. 125-148.

Díaz-Ambrona Bardají, M. D. y F. Hernández Gil: *Lecciones de Derecho de Familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 2007.

Domínguez Guillén, M. C.: "Las tres instituciones familiares claves en materia de niñez y adolescencia", *Revista de Derecho de la Defensa Pública*, núm. 1, Caracas, 2015, pp. 49-67.

Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, Colección Manuales Universitarios, Ediciones Paredes, 2ª ed., Caracas, 2014.

Domínguez Guillén, M. C.: *La convivencia familiar (antiguo derecho de visitas)*, Paredes, Caracas, 2012.

Domínguez Guillén, M. C.: "El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia", *IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, Caracas, 2012, T. I, pp. 159-219.

Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Argentina, Año IV, núm. 2, marzo 2012, pp. 50-71.

Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes Editores, Caracas, 2011.

Domínguez Guillén, M. C.: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, Colección Nuevos Autores, Tribunal Supremo de Justicia, 3ª ed., Caracas, 2010.

Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del derecho de familia", *Revista de Derecho*, núm. 32, Tribunal Supremo de Justicia, 2010, pp. 33-72.

Domínguez Guillén, M. C.: "Más sobre la capacidad procesal del menor (a propósito del artículo 451 de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes)", *Revista de Derecho*, núm. 29, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009, pp. 97-123.

Domínguez Guillén, M. C.: "Innovaciones de la Reforma de la LOPNA en materia de patria potestad", *Revista de Derecho,* núm. 28, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 131-182.

Domínguez Guillén, M. C.: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, Colección Estudios Jurídicos, núm. 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007.

Domínguez Guillén, M. C.: "Comentarios sobre el procedimiento de privación de guarda", *Temas de Derecho Procesal. Libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza*, Colección Libros Homenaje, núm. 10, Fernando Parra Aranguren Editor, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, vol. I, pp. 311-342.

Domínguez Guillén, M. C.: "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad", *Revista de Derecho*, núm. 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 49-311.

Domínguez Guillén, M. C.: "La educación del menor como contenido esencial de la guarda", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* Nº 116, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 347-372.

Dubuc Pineda, E.: "Notas sobre el acto procesal de oír la opinión de los niños, niñas y adolescentes", *La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales. Recopilación de aportes para la formación en el ámbito judicial*, Tribunal Supremo de Justicia y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Caracas, 2008, pp. 69-94.

Echarte Feliú, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000.

Ferreyra de la Rúa, A.: "Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas", *Revista de Derecho Procesal*, 2002-2.

Forner Delaygua, J.: "El acceso de los hijos a sus progenitores: El *derecho de visita*", en AA.VV.: *Mundialización y Familia* (A. I. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel), Colex, Madrid, 2001, pp. 23-50.

Freijanes Benito, A.: "La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación", *El menor y la familia. Conflictos* e *implicaciones*, Nueva Serie III, Universidad Pontificia Comillas / Instituto Universitario "Matrimonio y Familia", Madrid, 1998, pp. 71-81.

García Garnica, M. de C.: "El síndrome de alienación parental. A la luz del interés superior del menor", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, enero-diciembre 2009, pp. 201-248.

García Pastor, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Goldstein, J.: ¿En interés superior de quién?, *Derecho, infancia y familia*, Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Mary Belfo (compiladora), Gedisa, Barcelona, 2000, Trad. g. pinto, pp. 115-129.

González del Solar, J.: *Derecho de la Minoridad. Protección Jurídica de la Niñez*, edit. Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2005.

Gonzálvez Vicente, M.: "Anotaciones sobre la situación del menor en los supuestos de crisis familiar", *El menor y la familia. Conflictos* e *implicaciones*, Nueva Serie III. Universidad Pontificia Comillas/Instituto Universitario "Matrimonio y Familia", Madrid, 1998, pp.109-122.

Graterón Garrido, M. S.: *Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2ª ed., 2010.

Guerra, V. H.: "La retención y el traslado ilícito de niños, niñas y adolescentes: una visión socio-jurídica", *Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Terceras Jornadas sobre la LOPNA*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp.361-380.

Guilarte Martín-Calero, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 107 Colección Privado, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

Guilarte Martín-Calero, C.: "El interés superior del niño: La nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor", en AA´VV.: *Comentarios sobre las leyes de Reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (coord. I. Ravetllat Ballesté y V. Cabedo Mallol), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 87-129.

Guzmán Fluja, V.C. y R. Castillejo Manzanares: *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

Herrera, M.: "Daños derivados por el incumplimiento de visitas", *La Ley,* 28-2-11.

Landa Trujillo, F.: "Régimen de visitas". http://www.teleley.com/articulos/art_landa.pdf

López Azcona, A.: "El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 19, 2015, pp. 206-235.

López del Carril, J.: *Patria potestad, tutela y curatela*, DePalma, Buenos Aires, 1993.

Lovera de Sola, I.: "Conflictos destinados a mediación familiar, límites de la mediación familiar", *Derecho de la infancia y la adolescencia*, Serie Eventos núm. 24, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007, pp. 225-240.

Makianich de Basset, L. N.: *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*, Hammurabi, 1ª reimp., Argentina, 1997.

Marín García, I. y D. López Rodríguez: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo", *InDret. Revista para el análisis del Derecho,* Barcelona, abril, 2010.

Martínez Calvo, J.: "La privación de la patria potestad al progenitor no custodio como consecuencia de la desatención económica y personal hacia su hijo menor. comentario a la STS de España, núm. 291/2019, de 23 de mayo (rj 2019, 1975)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, enero 2020, pp. 526-5441.

Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*, Consejo Económico y Social de Aragón, Zaragoza, 2019.

Martínez de Moretin Llamas, M.: *La frustración del derecho de visita*, en A.A.VV.: *Derecho Español contemporáneo* (C. Rogel Vide y S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2014.

Martínez Sanchis, N.: "La guarda y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, agosto 2016, pp. 76-95.

Martínez Sanchis, N.: "La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto 2018, pp. 402-417.

Mecerreyes Jiménez, J.: "La práctica pericial psicológica en los Juzgados de Familia", *Papeles del psicólogo*, junio, núm. 73, 1999.

Meco tébar, F.: "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio EDJ 2013, 149996", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 584-595.

Medina, G.: "Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador", abril 2009, http://www.afamse.org.ar

Mizrahi, M.: *Familia, Matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

Montero, L.: "Autorizaciones para viajar", *Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Terceras Jornadas sobre la LOPNA*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp. 381-396.

Morales, G.: "Responsabilidad de crianza y convivencia familiar", *IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La Reforma*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, pp. 241-259.

Morales, G.: "La idoneidad de la mediación para atender los conflictos familiares", *Derecho de la infancia y la adolescencia*, Serie Eventos núm. 24, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007, pp. 203-224.

Morales, G.: "La idoneidad de la mediación para atender los conflictos familiares", *Quinto año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente, VI Jornadas sobre la LOPNA*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, pp. 249-268.

Morales, G.: "Procedimiento especial de visitas. Una visión desde la práctica forense", *Cuarto año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. V. Jornadas sobre la LOPNA*, Publicaciones UCAB, Caracas, 2004, pp. 175-206.

Morales, G.: *Temas de Derecho del Niño. Instituciones familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Vadell Hermanos Editores, Caracas-Valencia-Venezuela, Vadell,2002.

Morales, G.: "El interés superior del niño en materia de instituciones familiares", *Segundo Año de Vigencia de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente. Terceras Jornadas sobre la LOPNA*, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2002, pp. 397-440.

Morales, G.: "Instituciones familiares. La Familia de origen en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente", *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, pp. 253-296.

Morales, G.: "El Derecho del Hijo a relacionarse con su padre (mal llamado derecho de visitas)", *De los Menores a los Niños, una larga trayectoria*, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, Caracas, 1999, pp. 257-269.

Morera Villar, B.: "Guarda y custodia compartida impuesta", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 9, agosto 2018, pp. 418-437.

Moya Escudero, M.: *Aspectos Internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998.

Navarro Castro, M: "El régimen de visita de los abuelos y otros parientes y allegados tras la Ley 402/2003, de 21 de noviembre", *Libro homenaje al prof. Manuel Albaladejo García* (coord. J. M. González Porras y F. Méndez González), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Murcia, España, 2004, vol. I, pp. 3465-3482.

Ochoa Gómez, O.: *Personas Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

Ochoa Múñoz, J.: "Caso Helle vs. Pérez. Una batalla judicial internacional genera doctrina judicial constitucional sobre la restitución internacional y nuevas normas sobre las visitas internacionales", 21-7-14, https://cartasblogatorias.com/2014/07/21/caso-helle-vs-perez-una-batalla-judicial-internacional-

Ordás Alonso, M.: *El Derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

Ortiz Herrera, S.: "Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Un avance hacia la integración y armonización del Derecho Civil en Europa", *Revista de Derecho* UNED, núm. 2, 2008, pp. 167-199.

Pantoja Murillo, C.: "El derecho de visita: elementos para su comprensión, regulación y tutela efectiva", *Revista Judicial*, núm. 86, abr., 2007.

Pérez Conesa, C.: *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2006.

Pérez-Salazar Resano, M.: "La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar", *Custodia compartida y protección de Menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Madrid, 2010, pp. 243-293.

Requena Huertas, M.: "La protección jurídica del menor en el ámbito del Consejo de Europa: El Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño", *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia. Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Mira Editores, España, 2000, pp. 187-205.

Reyes Rebolledo, R. I.: "Regulaciones especiales en materia de patria potestad, guarda, obligación alimentaria, visitas y colocación familiar", *Derecho de la infancia y la adolescencia*, Serie Eventos núm. 24, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007, pp.59-86.

Reyna de Roche, C. L.: "Del interés del menor al interés superior de los niños, niñas y adolescentes", *Primer Año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. Segundas Jornadas sobre la LOPNA*, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2001, pp. 55-81.

Reyna de Roche, C. L.: "Del "Interés del Menor" al "Interés superior del niño" en la protección jurídica de la infancia en Venezuela", *De los menores a los niños una larga trayectoria*, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, Caracas, 1999, pp. 359-384.

Rivero Hernández, F.: "La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20. Enero-diciembre 2006, pp. 331-380.

Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

Rivero Hernández, F.: "Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas", en *Nous reptes del dret de famíliamaterials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Universidad de Gerona, 2005, pp. 275-334.

Romero Coloma, A. M.: *Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Colección Scientia Iuridica, Reus, Madrid, 2010.

Romero Coloma, A. M.: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009.

Ros, E., Domingo, A. y Beltrán, O.: "Síndrome de alienación parental (SAP) en procesos de separación", *Jornades de Foment de la investigación*, Universitat Jaume I, http://www.padresdivorciados.es/pdf/SAP%20EN%20PROCESOS%20DE%20%20SEPARACI0N.pdf

Quintana Villar, M. S.: "Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 33, diciembre 2009, pp. 149-172.

Salanova Villanueva, M.: "El derecho del menor a no ser separado de sus padres", *Revista de Derecho Privado y Constitucional*, núm. 7, septiembre-diciembre 1995, pp. 231-300.

San Martín, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Colección Monografía del Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2014.

Segura, C. y otros: "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil", *Cuadernos de Medicina Forense*, núm. 43-44, Sevilla, enero-abril 2006.

Serra Rodríguez, A.: "Suspensión del derecho de visita de los padres respecto del menor acogido. Comentario a la STS (sala 1ª) 663/2013, de 4 de noviembre", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 19, 2015, pp. 536-545.

Sillero Crovetto, B.: "El interés superior del menor: y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 6, febrero 2017, pp. 11-40.

Sira, G.: "El interés superior del niño en las decisiones de la Sala Constitucional del TSJ (2013-2017)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 10-III edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 981-1005.

Stilerman, M.: *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*, Editorial Universidad, 2ª ed., Buenos Aires, 1992.

Tortoledo de Salazar, F. y F. Salazar: *El Derecho de Visitas Derechos de Menores*, Diario de Tribunales, Valencia, 1991.

Torres de la Perea, J. M.: *Interés del Menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009, p. 23.

Varsi Rospigliosi, E.: "Derecho de relación. Régimen de visita y derecho a la comunicación entre parientes", https://www.uss.edu.pe/uss/#

Varela Cáceres, E. *Lecciones de Derecho Civil I Personas*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2019.

Varela Cáceres, e. y M. C. Domínguez Guillén: "El abuso de derecho. Un estudio. Tres autores", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 8, Edición Homenaje a Jurista Españoles en Venezuela, 2017, pp. 515-549.

Wills Rivera, L.: *La Guarda del hijo sometido a patria potestad*, Torino, Caracas, 2001.

Wills Rivera, L: "Visión jurisprudencial sobre el interés superior del niño", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 136, Universidad Central de Venezuela, 2012, pp. 123-158.

EL DERECHO DE CORRECCIÓN: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL, PENAL Y DE LA PSICOLOGÍA DEL APRENDIZAJE

THE RIGHT OF CORRECTION: CURRENT STATE OF THE ISSUE FROM THE PERSPECTIVE OF CIVIL AND CRIMINAL LAW AND THE PSYCHOLOGY OF LEARNING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 284-333

María Remedios
GUILABERT
VIDAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de julio de 2020

RESUMEN: El derecho de corrección no se contempla expresamente en nuestra legislación civil, lo cual, en principio vetaría la posibilidad de ser apreciado como causa de justificación en el ámbito de la educación paterna, de manera los progenitores no podrían eludir las condenas penales en un sinfín de actuaciones cotidianas. Sin embargo, desde la perspectiva de las ciencias de la educación y de la lógica elemental, resulta imposible llevar a cabo el deber de educación que recae sobre los padres, sin corregir la conducta de los menores. De ahí que devenga necesario para lograr una interpretación normativa coherente, entender por qué se desterró de nuestra legislación el derecho de corrección y cómo ha de entenderse en la actualidad, bajo las máximas del principio del superior interés del menor y del respeto a su integridad física y moral.

PALABRAS CLAVE: Derecho de corrección; padres; menores; educación; malos tratos; lesiones; cumplimiento de un deber; causa de justificación.

ABSTRACT: *The right of correction is not expressly contemplated in our civil legislation, which, in principle, would veto the possibility of being assessed as a cause of criminal justification in the field of parental education, so the parents could not avoid criminal convictions in an endless number of daily performances. However, from the perspective of education sciences and elementary logic, it is impossible to carry out the duty of education that falls on parents, without correcting the behavior of minors. Hence, it is necessary to achieve a coherent normative interpretation, to understand why the right of correction was banished from our legislation and how it is to be understood today, under the maxims of the principle of the best interest of the minor and of respect for his physical and moral integrity.*

KEY WORDS: *Right of correction; parents; minors; education; bad treatments; injuries; fulfillment of a duty; ground for justification.*

SUMARIO.- I. EL DERECHO DE CORRECCIÓN EN DERECHO COMÚN Y EN EL DERECHO FORAL ESPAÑOL. ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. II. EL DERECHO DE CORRECCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ACTUAL DE LA PSICOLOGÍA DEL APRENDIZAJE: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS DENOMINADAS "TÉCNICAS OPERANTES" Y A LA APLICACIÓN DEL CASTIGO FÍSICO COMO MECANISMO CORRECTOR DE LA CONDUCTA. III. EL DERECHO DE CORRECCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL. 1. Análisis de esta causa de justificación y de las hipótesis de exclusión de la respuesta penal al margen de la misma. 2. Criterios jurisprudenciales en torno al derecho de corrección tras la reforma del art. 154 CC mediante la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, de 28 de diciembre: especial referencia a las agresiones paternas de carácter leve efectuadas con fines educativos. IV. CONCLUSIONES.

I. EL DERECHO DE CORRECCIÓN EN DERECHO COMÚN Y DERECHO FORAL. ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

Resulta ciertamente significativo el hecho de que en la actualidad nuestra legislación no recoja referencia alguna al denominado derecho de corrección, cuando se da la circunstancia de que el mismo ha sido tradicionalmente reconocido a los progenitores sobre la conducta inapropiada de sus hijos menores, y ello además con anterioridad a la promulgación del Código civil. Destaca incluso sobre este particular la especial sensibilidad del legislador de aquellas épocas, pues ya entonces no se concebía dicha prerrogativa paterna en términos absolutos[1].

Así las cosas, en virtud del art. 155.2 CC de 1889, los padres, y en su defecto la madre, la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente[2].

1 Así, en la Partida 4ª, Título XVII, Ley tercera que establecía expresamente que: "… E a las vegadas se toma esta palabra potestas, por ligamento de reverencia, e de subiection, e de castigamento, que debe aver el padre sobre su hijo". Incluso, como se puede apreciar, ya en las Partidas, esta potestad no se entendía de manera ilimitada, dado que en la Partida 4ª, Título XVIII, Ley 18ª, como en la Partida 7ª, Título VIII, Ley novena, que el castigo debía aplicarse "con mesura e con piedad", posicionándose a favor de los hijos el propio legislador cuando señala que "defendemos que no lo fagan así", al referirse a las agresiones de padres tildados por la norma de "crueles y desmesurados" que llegaban a herir a sus hijos con objetos contundentes tales como palos o piedras. Asimismo, los padres podían ser privados de la patria potestad si castigaba cruelmente y sin piedad al hijo, según prescribía la Partida 4ª, Título XVIII, Ley 18ª.

2 Esta disposición se contenía anteriormente en el art. 65.2º de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, al establecer que padre, y en su defecto la madre, como consecuencia de su potestad respecto de sus hijos legítimos no emancipados, tenían el derecho a corregirlos y castigarlos moderadamente.

• María Remedios Guilabert Vidal
Doctora en Derecho civil. Profesora de Derecho civil en la Universidad Miguel Hernández. Correo electrónico: maria.guilabertv@goumh.umh.es

Reflejo de esta benevolente concepción fue también la inclusión en el Código Civil de 1989 del art. 171, el cual, dicho sea de paso, continuó vigente hasta la reforma de 1981, y que establecía como causa de de privación o suspensión de la patria potestad el trato a los hijos con dureza excesiva[3].

Sobre esta cuestión y desde el punto de vista de la legislación penal, la posibilidad de aplicación a los progenitores, tanto de la pena de privación de la patria potestad, como la de inhabilitación especial para su ejercicio se encuentra recogida en el art. 46 CP desde la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio[4].

En el ámbito penal observamos que existen diversas tipologías delictivas que recogen la aplicación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como sanción principal[5].

Volviendo nuestro análisis sobre el derecho de corrección a la sede civil, la reforma operada en 2007 mediante la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, desterró, al menos formalmente, de nuestro ordenamiento el referido derecho de corrección, que se encontraba por aquel entonces en el art. 154 CC[6].

3 Art. 171 CC de 1989: "Los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad, o suspender el ejercicio de ésta si trataren a sus hijos con dureza excesiva o si les dieren órdenes, consejos o ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar a los padres total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, o adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses de éste".
Art. 171 redactado con arreglo a la reforma de 1981: "El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictados en causa criminal o matrimonial.
Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación".

4 "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado". Por lo tanto la diferencia entre las dos instituciones estriba en la extinción definitiva en caso de privación de la pérdida de la patria potestad, en este sentido vid. Magro Servet, V.: "La privación de la patria potestad como medida civil aplicable al proceso penal", *Revista de Derecho y familia*, disponible en https://derecho.com/la-privación-de-la-patria-potestad-como-medida.civil-aplicable-en-el-proceso-penal-2, consultado el 11.4.2020.

5 De este modo encontramos, el art. 173.2 CP sobre los malos tratos habituales en el ámbito familiar; el art. 153 CP relativo a los malos tratos y otras violencias, así como los arts. 172, 171.4 y 5 relativos a las coacciones y amenazas leves, cometidos todos ellos también en dicha esfera doméstica. Asimismo, el art. 192.3, como consecuencia de la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Y finalmente los arts. 226.2 y 233.1 CP que recogen estas penas para los delitos sobre las relaciones familiares, como son el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o el abandono de menores. Sobre estos dos últimos preceptos se destaca la configuración con carácter potestativo de estas penas, así como que únicamente los dos primeros preceptos contienen expresamente la obligación de motivación por parte del juzgador respecto de la aplicación de estas sanciones, si bien el art. 233.1 hace referencia a las circunstancias del menor en la adopción de las mismas.

6 Este precepto expresamente indicaba que los padres podían corregir moderada y razonablemente a los hijos. Con esta previsión se conceptuaba el ius corrigendi como una facultad comprendida en el seno de la patria potestad.

Con la modificación legislativa apuntada, debemos también subrayar que se añadió en el art. 154 CC la obligación de los progenitores de respetar la integridad física y psicológica de los hijos en el ejercicio de la patria potestad, incidiendo con ello, más si cabe, en la cuestión de limitar la actuación educativa de los padres en aras de la protección del menor. Esta previsión es reflejo del mandato constitucional contenido en el art. 15 CE en el que se determina que todos tienen derecho a la integridad física y moral.

Con anterioridad a esta reforma de 2007, debemos destacar la modificación realizada por la Ley de 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que eliminó del art. 154 la alusión a la facultad de castigar a los menores por parte de sus progenitores, a la par que se añadía la necesidad de que la corrección se efectuase, en beneficio del menor, de acuerdo con su personalidad y de forma razonable. Podemos colegir que de esta manera se dio un paso decisivo en la restricción de la facultad correctora sobre los hijos[7].

Posteriormente, debemos traer a colación la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, la cual preceptuó que la patria potestad, como responsabilidad parental se configura como una función y no como una potestad, la cual deberá ejercerse en interés del menor, en lugar de en beneficio del menor, tal y como anteriormente se determinaba en el texto legal.

En este contexto y para entender la situación actual del derecho de corrección paterno, resulta necesario indicar que la reforma legislativa de 2007, obedeció a la necesidad, de acuerdo con lo expresado en la Exposición de motivos de la citada Ley de Adopción internacional, de aplacar las dudas que dicha regulación había suscitado ya el 24 de octubre de 1994 al Comité de Derechos del Niño, puesto que el art. 154 CC podía ser susceptible de contrariar el art. 19 de Convención de Derechos del Niño suscrita por España, que proscribe "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental" hacia los menores.

No obstante lo anterior, se daba la circunstancia, tal y como hemos indicado con anterioridad, que la mención a la facultad de castigar había sido eliminada por la ley 11/1981, de 13 de mayo, por lo que no se acaba de entender las razones que motivaron la supresión del derecho de corrección, a menos que se parta de una concepción muy restringida del mismo y lo identifique con el castigo físico[8].

7 Sobre esta cuestión se ha pronunciado Algarra Prats, E.: "La corrección de los hijos en derecho español", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2010, p. 8.

8 En este sentido Algarra Prats, E.: "La corrección", cit., pp. 1 y 7. Expresamente en dichas Observaciones finales se determinó que "… 10. Además, el Comité expresa su preocupación por el texto del art. 154 del Código Civil español que dispone que los padres tendrán respecto de sus hijos "la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente, lo que puede interpretarse en el sentido de que permite acciones contrarias al art. 19 de la Convención…". Entendemos que lo que pretendía el Comité es la tolerancia cero respecto

Desde nuestra postura, entendemos que el Comité parte del principio de prohibición absoluta de violencias en la educación de los hijos y por ello en 2006 volvió, mediante la Observación general núm. 8, a incidir sobre la necesidad de erradicarlas.

Consideramos que este organismo se apercibió, tal y como sucedía en nuestro país por parte de la práctica judicial, que la acepción de "corrección razonable" amparaba la justificación de ciertas violencias parentales. Tal sería el caso de las agresiones consistentes en propinar bofetadas, a las que expresamente se refiere el Comité en la Observación núm. 8, en los siguientes términos: "… Habida cuenta de la aceptación tradicional de las violencias y humillaciones de castigo de los niños, un número cada vez mayor de Estados está reconociendo que no basta simplemente con abolir la autorización de os castigos corporales o las excepciones que existan. Además, es preciso que en su legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal *golpear, "abofetear" o "pegar" a un niño como lo es dar ese trato a un adulto, y que el derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que la denomine "disciplina" o "corrección razonable" …".* (la cursiva es nuestra)[9].

En concreto, debemos destacar sobre esta cuestión, que el Diccionario de la RAE determina que la acepción de golpear es ""dar un golpe o golpes repetidos". Asimismo, el término abofetear hace referencia a "dar a alguien una o más bofetadas". Y finalmente el vocablo pegar, incluye también "dar un determinado golpe". Con esta disertación semántica queremos indicar que una sola acción violenta quedaría proscrita desde la concepción mantenida por el Comité[10].

No obstante lo anterior, esta entidad ese muestra sensible a los perjuicios que la judicialización de todo tipo de violencia puede generar en el ámbito familiar, dado que la concepción autoritaria de la educación continúa vigente en un buen número de Estados en la actualidad, apostando a que la ley no se ocupe de los casos triviales y que la abolición de las violencia por parte de los padres se lleve a cabo mediante medidas de apoyo, educativas y no punitivas[11].

Igualmente queremos destacar que esta preocupación por la salvaguarda del menor respecto de las violencias parentales es fruto de una especial sensibilidad

de las violencias ejercidas frente a los menores, siendo inadmisibles tal y como sucede cuando se emplean frente a los mayores.

9 Observación General (2006) núm. 8. 34 del Comité de los Derechos del Niño: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.

10 Disponible en https://dle.rae.es/golpear, https://dle.rae.es/abofetear y https://dle.rae.es/pegar respectivamente, consultado el 12.5.2020.

11 Observación General (2006) núm. 8. 40 del Comité de los Derechos del Niño: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.

acerca de la educación no violenta iniciada por Suecia en 1972, a la que se han sumado en la actualidad más de cuarenta países europeos[12].

Como podemos apreciar, con el devenir de los años, y en los últimos tiempos de un modo más decisivo alentado en parte por la presión internacional, se ha ido suavizando la potestad correctora de los padres hasta convertirla por parte del legislador en una facultad que debe ser ejercida en interés del menor, llegando incluso a desaparecer expresamente, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, del corpus normativo.

No obstante lo anterior, entendemos que dicha supresión no se configuró como la respuesta idónea desde el punto de vista técnico, dado que no solo resulta incongruente con la exigencia de un deber de educación parental, desconcertando con ello a los progenitores, operadores jurídicos y al resto de ciudadanía, sin que además no haya logrado eliminar el maltrato infantil causado por los progenitores, como tampoco lo ha conseguido la normativa penal aplicable a estos supuestos, cual lamentablemente ha experimentado un notable aumento[13]. Desde el año 2009 se han cuadruplicado los supuestos de agresiones contra los menores, ocurriendo desgraciadamente el 58´6% de las mismas en el hogar familiar y siendo el padre quien la ejerce en uno de cada tres casos, habiendo por su parte descendido el porcentaje en cuanto a las violencias maternas de un 37´6% al 24´2%.

A la luz de estos datos, resulta imprescindible afirmar la vigencia de la facultad correctora de los progenitores, circunscribiéndolo en el seno del deber de educación paterno y dentro de los límites que apuntaremos a lo largo del presente trabajo[14].

Asimismo, deviene necesario puntualizar con carácter previo, que dicha facultad correctora, en principio, debe ser ejercida por los progenitores de acuerdo con lo establecido en el art. 154 CC (también por los tutores, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 269 CC), al erigirse en los titulares de la obligación de educar a los hijos[15].

12 Vid. https://elpais.com.

13 Así lo ha informado https://www.rtve.es, consultado el 12.5.2020. Por su parte la organización para la defensa de la infancia Save the children manifestó en 2019 que el 25% de los niños en España había sido maltratado en su propio hogar, https://www.savethechildren.es, consultado el 20.5.2020.

14 Entendemos que se trata de un deber, puesto que su cumplimiento es de carácter obligatorio, a diferencia de los derechos cuyo ejercicio es facultativo. De este modo se genera responsabilidad de los padres en caso de incumplimiento del deber de educación. Vid. en este sentido Mirat Hernández, P.: "Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección", *Revista Penal México Doctrina*, 2014, marzo-agosto, núm. 6, p. 203.

15 De igual modo, las hipótesis de acogimiento familiar, regulado en el art. 172 CC, también comprenderían facultades educativas y entendemos que, derivadas de ellas la necesaria función correctora del menor, con arreglo a lo establecido en el art. 173 CC: "… impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo…".

No obstante lo anterior, entendemos que pueden existir situaciones de hecho en las que determinados sujetos pudieran ejercer de facto tareas educativas amparadas por el ordenamiento jurídico, respaldadas incluso por la función correctora.

Así, podría pensarse en la figura del guardador de hecho, a quien el Código Civil permite actuar en relación con la persona y bienes del menor, sin perjuicio de que la Autoridad judicial pueda requerirle para informar de la situación del menor y establecer medidas de control y vigilancia. Asimismo, se otorga plena validez de los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor, sin que sean susceptibles de impugnación, siempre que redunden en su utilidad. Y preceptuándose además la obligación del guardador de promover la constitución de la tutela por parte del guardador[16].

La parca regulación de esta figura y su específica configuración no permite solucionar supuestos de relevante conflictividad que encontramos en la actualidad. Con ello queremos hacer referencia a las situaciones de las familias reestructuradas en las que se da, por ejemplo, la convivencia de uno de los progenitores, su nueva pareja y el hijo de aquél. Estos escenarios pueden llegar a complicarse exponencialmente en los supuestos de custodia compartida y existencia de nuevas relaciones estables de los progenitores, conviviendo en estos casos lo menores alternativamente con hasta cuatro sujetos, los cuales pueden llegar a desempeñar con mayor o menor intensidad funciones tuitivas sobre esos menores.

Esta cuestión ha sido resuelta expresamente por el derecho foral aragonés y el catalán, no así por el derecho común y en el resto de derechos forales, viéndose por tanto necesitada de regulación.

Como punto de partida, la doctrina se inclina por determinar que los únicos titulares de la patria potestad son los progenitores[17].

Esta postura es también mantenida por los tribunales. Sobre esta cuestión, destaca la STS 8 noviembre 2015 (RJ 2015, 4949), mediante la que se condenó a un padrastro por abofetear a su hijastra, no reconociéndose explícitamente al

16 Arts. 303 y 304 CC.

17 Así opina, aunque manifestado que los abuelos, cónyuges o parejas del progenitor pueden contribuir a la educación del menor, pero sin derecho ni deber de hacerlo, Algarra Prats, E.: "La corrección", cit., p. 12. Del mismo parecer, Berrocal Lanzarot, A.I.: "El deber de corrección, obediencia y respeto en la patria potestad", *Menores violentos ¿un tema menor? Violencia filioparental y uso indebido de la tecnología*, The family watch Instituto Internacional de estudios sobre la familia, Madrid, 2016, p. 44 y también, salvo consentimiento expreso o tácito de los padres, Cerezo Mir, J.: "La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, T 40, Fasc/Mes 2, p. 286.

mismo el derecho de corrección, al no ser titular de la patria potestad sobre la menor[18].

Entendemos que el fundamento punitivo de la conducta se encuentra en el hecho de haber cometido sobre la menor al abofetearla, un maltrato de obra, independientemente de que el sujeto ostente o no la patria potestad sobre la misma. Se vislumbra que esta sentencia comparte este parecer al establecer que con la agresión se afectó a la integridad y dignidad de la menor, tal y como expresa en el Fundamento de Derecho Primero. De ahí podemos colegir que en el supuesto de haber cometido la acción la madre, ésta también debiera haber resultado condenada.

Comparte nuestro parecer la SAP Ciudad Real 23 marzo 2009, al centrar el debate en la innecesariedad, inoportunidad y desproporción de la conducta del padrastro que asestó un golpe en la zona nasal, provocando una contusión, a la menor, hija de su pareja con la que convivía, cuando ésta se negó a entrar en la casa[19].

Igualmente la SAP Santa Cruz Tenerife 10 junio 2010, condenó a otro padrastro por un estirón de oreja que causó un eritema a una menor de doce años, hija de su pareja, preceptuando que aunque el acusado se preocupase de la educación de la menor, esta circunstancia no lo situaba en la posición jurídica del padre, estimando asimismo la Sala que la acción fue desproporcionada[20].

En este orden de cosas, debemos traer a colación también la SAP Ciudad Real 23 marzo 2009, en la que se excluye la titularidad de la patria potestad y por ende del derecho de corrección a un padrastro, si bien matiza que además la madre estaba presente en el momento de la agresión[21].

Este dato nos permite reflexionar sobre la capacidad correctora de los padrastros y madrastras, dentro de los límites que defendemos en este trabajo, en las hipótesis de ausencia de los progenitores. Entendemos que estas prerrogativas habrán de estar en consonancia con las directrices educativas que exprese el progenitor previamente y bajo el entendimiento de poder ejercerse las facultades oportunas en caso de situación de necesidad del menor, especialmente en las hipótesis en las que el progenitor no está presente.

No obstante lo anterior, no cabe duda de que en la práctica las personas que conviven more uxorio con los progenitores en los supuestos de crisis matrimoniales

18 STS 8 noviembre 2015 (RJ 2015, 4949).

19 SAP Ciudad Real 23 marzo 2009 (JUR 2009, 207187).

20 SAP Santa Cruz Tenerife 10 junio 2010 (JUR 2011, 8833).

21 SAP Ciudad Real 23 marzo 2009 (JUR 2009, 207187).

realizan en la práctica innumerables acciones educativas muy beneficiosas en relación con los hijos de sus parejas. Consideramos que resulta acertado partir de la premisa consistente en la titularidad de la patria potestad de los progenitores, si bien deviene necesario reconocer cierto ámbito de actuación, al menos de modo colaborativo por parte de las nuevas parejas, si bien con carácter subordinado a las decisiones de los progenitores.

De este modo, el Derecho aragonés, pionero en este ámbito, en el art. 85 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código de Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, se refiere expresamente a la Autoridad familiar del padrastro o madrastra. Dicho precepto se ubica en la Sección 4, titulada "Autoridad familiar de otras personas".

Esta regulación circunscribe su ámbito de aplicación subjetivo a los matrimonios, excluyendo por tanto las uniones estables de hecho, siendo esta restricción a nuestro entender bastante alejada de las necesidades existentes en la realidad social.

Asimismo, la norma que comentamos determina que el cónyuge "comparte" la autoridad familiar con el progenitor, único titular por tanto de la misma en este supuesto.

Igualmente esta previsión legal es destacada especialmente por la doctrina dada su extraordinaria amplitud, puesto que abarcaría el propio concepto de autoridad familiar, no limitándose únicamente a aspectos de la vida cotidiana o situaciones de urgencia que justificasen la actuación del cónyuge no progenitor[22]. Esta afirmación se corrobora por contenido del art. 88 de dicho corpus legal, al prescribir que la autoridad familiar comprende, en el ámbito personal, los mismos derechos y obligaciones que la de los padres.

Por su parte, el Código Civil Catalán dedica el art. 236-14 a las facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor, ampliándose por tanto el ámbito subjetivo de la aplicación de este precepto no solo a los cónyuges, sino a las parejas estables, reconociendo el derecho de participar del cónyuge en la toma de decisiones de la vida diaria del menor. No obstante lo anterior, en caso de discrepancia entre el progenitor y su cónyuge, prevalece el criterio de aquél,

22 Rivero, F.: "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y madrastra", *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, 2011, núm. 4, p. 177. En el mismo sentido, Serrano Gracía, J.A.: "Autoridad familiar de otras personas. Arts. 85 a 89", en AA.VV.: *Código de Derecho Foral de Aragón, Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, (coord. por M.C. Bayod López y J.A Serrano García, J.A.), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, p. 211, quien además destaca el carácter automático de las funciones del cónyuge no progenitor.

por lo que la función del cónyuge queda en todo caso supeditada a la decisión del progenitor.

A este respecto es necesario resaltar la distinción que realiza esta regulación autonómica de los tipos de circunstancias en las que puede incidir la pareja no progenitora sobre el menor. Por un lado, encontramos las situaciones de convivencia cotidiana y por otro las circunstancias de urgente necesidad, en la que se deba actuar sin dilación y en interés sobre el menor.

Respecto de las primeras, la solución ofrecida por el legislador catalán, limita las funciones del cónyuge de forma ostensible, si se comparan con la normativa aragonesa, dado que únicamente se le permite "participar", en la toma de decisiones sobre asuntos de la vida del menor, no atribuyéndosele en modo alguno la patria potestad al mismo. Ello supone que su posición es la de colaborador, supeditado en todo caso al criterio del progenitor, tal y como expresamente se preceptúa.

Sobre este particular encontramos doctrina que entiende que la actuación del cónyuge comprendería actuaciones sin efectos negativos y reversibles, como la crianza, el cuidado habitual y la educación en sentido amplio, incluyendo también, a los efectos que aquí interesan, la corrección sobre el menor[23].

Respecto de las hipótesis recogidas en el apartado 3 del art. 236-14, referentes a las situaciones de riesgo inminente, y dado que entendemos que se trata de situaciones de urgencia o peligro para el menor, la actuación tendrían naturaleza obligatoria, considerándose al cónyuge en posición de garante respecto del menor, de tal manera que respondería, incluso penalmente de los daños causados por su omisión. En estos casos el cónyuge debe informar de las medidas adoptadas al progenitor con el que convive y éste a su vez, al otro progenitor del menor.

A modo de conclusión, entendemos que, pese a la inexistencia de regulación de estos supuestos en el ámbito estatal y en la gran mayoría de comunidades autónomas de las funciones atribuibles al padrastro o a la madrastra, debe reconocérsele legalmente un ámbito de actuación que comprenda un haz de facultades y deberes, entre ellos la corrección, con mayor o menor amplitud, supeditados o no a las decisiones del titular o titulares de la patria potestad, según los casos, Y ello bajo el entendimiento de que la convivencia con el menor genera sobre estos sujetos un vínculo obligacional, configurándose el cónyuge no progenitor como garante del bienestar del menor, máxime en los supuestos en los que se encuentra ausente el progenitor. Resultando inconcebible una actitud pasiva de estos sujetos que pueda ser conjugada con el normal desarrollo de los menores con los que conviva diariamente.

23 Rivero, F.: "De la relación", cit., p. 181.

Qué duda cabe que la figura de los padrastros y madrastras cobra especial relevancia en los supuestos de familias reestructuradas en las que convivan hijos de los dos miembros de la pareja. En estas hipótesis la educación de los menores resulta de una extraordinaria complejidad, debiendo existir unas bases previas establecidas por la pareja en las que cimentar la nueva realidad familiar, por lo que es estos supuestos la figura del padrastro o madrastra debiera contar con un abanico más amplio de posibilidades de actuación, en consonancia con la especial realidad familiar en la que se sitúa[24].

Una vez analizada la panorámica actual que nos ofrece el legislador desde el punto de vista civil, en este momento expositivo abordaremos la exposición de las vicisitudes por las que ha transcurrido la legislación penal.

La atenuación de dicha potestad parental ha ido paralelamente acompañada de un rigor cada vez más creciente por parte de la legislación penal, al tipificar como delito el mero maltrato de obra, las coacciones y amenazas, injurias o vejaciones injustas de carácter leve y las injurias todas ellas de carácter leve ejecutadas contra los hijos en el ámbito familiar[25].

De este modo, atendiendo a la literalidad de las normas, nos encontramos por una parte, con la inexistencia del derecho de corrección en el ámbito civil que tradicionalmente había sido contemplado como causa de justificación penal de las conductas consistentes en castigos físicos leves hacia lo menores, siempre que contasen con la oportuna razonabilidad y moderación. Y por otro lado, en consonancia con la anterior, con la tipificación penal del maltrato de obra como delito, con todas sus consecuencias, cuando dicha conducta se lleve a cabo por parte de los progenitores. Sin olvidar asimismo, la mencionada anteriormente inclusión de la privación de la patria potestad y de la inhabilitación para su ejercicio tanto como penas principales como accesorias.

Por consiguiente, nos situamos ante un panorama en el que el legislador ha pretendido a todas luces erradicar cualquier clase violencia, por nimia que sea, en la educación de los menores. Esta trascendental conclusión es fruto de conjugar la interpretación de los preceptos civiles y penales e internacionales reseñados anteriormente.

24 Ante el nuevo escenario familiar se recomienda por los expertos establecer criterios previos, fijando roles, funciones y reglas familiares, en las cuya creación y ejecución estará presente el cónyuge no progenitor, en este sentido vid. Molino, P.: "Familias reconstituidas: (I) ¿Cómo tratar a los hijos de mi pareja?", *Blog*, disponible en https://universidaddepadres , consultado el 24.4.2020.

25 El legislador en sucesivas reformas llevadas a cabo en los años 2003, 2005, 2010 y 2015 ha venido realizando una profusa tipificación de estas conductas con la intención de elevarlas a la categoría de delitos aunque las mismas sean de carácter leve, en los arts. 153.2, 172.3, 171.7 y 173.4 CP.

Ahora bien, ¿cómo podrán ejercer los padres el deber de educación sin que exista en nuestra legislación la correspondiente facultad de corrección?

Efectivamente carece de sentido desterrar sin más dicha facultad, puesto que los padres, obligados por el ordenamiento a educar a sus hijos, han de poder enmendar las conductas inapropiadas que éstos cometan para poder alcanzar un correcto aprendizaje educativo.

De igual modo, como argumento coadyuvante a esta interpretación, debemos traer a colación la vigencia del deber de obediencia de los hijos menores respeto de los progenitores contenido en el art. 155.1º CC, el cual ha sido esgrimido en ocasiones por la doctrina para fundamentar la existencia del derecho de corrección. Ello comportaría la posibilidad de que los progenitores ejercitasen el derecho de corrección ante las trasgresiones de este deber por parte de los menores[26].

Así las cosas, insistimos en la importancia de contextualizar la evolución que el deber de educación ha experimentado en nuestro país, al haberse sustituido una concepción de tinte autoritario por otra de carácter democrático.

Precisamente, desde el campo de la Psicología se destacan las virtudes de los denominados progenitores democráticos en contraposición a los de carácter autoritario. Aquellos serían proclives a la negociación, argumentación de las normas establecidas, adopción de límites claros y compensación por parte de los menores por las conductas inapropiadas.

Por otro lado, según estas corrientes psicológicas, los padres tendentes a la expresión negativa de afectos y castigos continuados favorecen la agresividad en la familia que posteriormente se traslada a la escuela[27].

Por nuestra parte, entendemos que este estilo parental totalitario bien pudiera ser un factor determinante en la gestación del acoso escolar o bullying, mobbying o violencia de género, puesto que perpetúa la relación de dominio-sumisión existente en entre los sujetos concernidos.

26 En este sentido se han pronunciado Algarra Prats, E. y Barceló Domenech, J.: "Libertad de los hijos en la familia; deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres. Situación en el derecho español", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2016, núm. 4, p. 73 y García Sánchez, M.D.: "Derecho de corrección paterno: Estudio de su alcance, evolución, pertinencia y límites jurisprudenciales", *Anuario de justicia de menores*, 2017, núm. 17, pp. 317-320, quien a su vez indica que es necesaria la coercibilidad para el lograr el cumplimiento de los deberes de los hijos contenidos tanto en el art. 9 ter de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección de la infancia y la adolescencia, introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio que la modifica, así como en el art. 155 CC.

27 Pichardo Martínez, M. C., Justicia Justicia, F. y Fernández Cabezas, M.: "Prácticas de crianza y competencia social en niños de 3 a 5 años", *Pensamiento psicológico*, 2009, Vol. 6, núm. 13, pp. 39-40; en esta línea, distingue entre el estilo educativo autoritario, democrático, permisivo indiferente o de rechazo-abandono; Ramírez, M.A.: "Padres y desarrollo de los hijos", *Estudios pedagógicos*, 2005, Vol. 31, núm. 2, p. 176, quien además propugna la conveniencia de aplicar las prácticas positivas en la crianza de os niños.

En virtud de esta nueva concepción de las relaciones familiares, los menores ostentan en la actualidad voz y voto en innumerables cuestiones familiares. Son titulares de de un haz de derechos que en todo caso deberán ser respetados, siendo los mismos impensables en la fecha de promulgación del Código civil. Y del mismo modo, pesa sobre los menores un elenco de deberes que habrán de respetar, todo ello con el objetivo de instruirlos para su futura vida en sociedad, en la que deberán ser capaces de respetar el ordenamiento jurídico y subvenir a sus propias necesidades.

Consecuentemente, los menores, como personas en proceso de formación, deben ser guiados en el aprendizaje de las normas básicas de conducta que les permita vivir en sociedad y alcanzar su autonomía personal[28]. Y esa instrucción, la cual consiste en acomodar la conducta del menor a unas pautas de comportamiento, se debe conseguir a través de procedimientos admisibles por nuestro ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, se han de respetar los derechos del menor en el estilo educativo parental.

Pero, ¿cuáles son esos procedimientos correctores permitidos? Este crucial interrogante deberá ser contestado necesariamente, desde nuestra consideración, a la luz de esta premisa y al amparo de las recientes aportaciones científicas de la actual Psicología de la conducta que abordaremos con posterioridad: no toda corrección susceptible de ser aplicada es castigo y no todo castigo es castigo físico reprobable.

Sobre este particular resulta muy significativa, en el plano internacional, la posición del Comité de Derechos del Niño, en la Observación núm. 8, con relación al empleo de la disciplina por parte de los progenitores. De este modo este organismo preceptuó que "... Al rechazar toda justificación de la violencia y la humillación como formas de castigo de los niños, el Comité no está rechazando en modo alguno el concepto positivo de disciplina. El desarrollo sano del niño depende de los padres y otros adultos para la orientación y dirección necesarias, de acuerdo con el desarrollo de su capacidad, a fin de ayudarle en su crecimiento para llevar una vida responsable en la sociedad"[29].

Esta interpretación se corrobora incluso también desde el punto de vista lingüístico, dado que con arreglo a la definición aportada por la RAE, corregir significa enmendar lo errado. Advertir, amonestar o reprender a alguien; lo cual

28 Así, los objetivos, entre otros, que trataría de alcanzar la educación serían el libre desarrollo de la personalidad, pero conjugado con el respeto a los derechos fundamentales, los principios democráticos, a los propios padres e identidad cultural, preparando al menor para asumir una vida social responsable, según manifiesta Rocha Espíndola, M.: "La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero, núm. 2, 2015, p. 82.

29 Observación General (2006) núm. 8. 13 del Comité de los Derechos del Niño: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.

no comporta que deba llevarse a cabo necesariamente a través de mecanismos sancionadores y mucho menos mediante castigos de carácter violento, los cuales no se recogen en la mencionada definición[30].

Con ello debemos indicar que existen una multitud de procedimientos, que desarrollaremos en el presente trabajo, para enmendar la conducta de los menores perfectamente admisibles más allá del castigo y que caben castigos que en modo alguno suponen un maltrato que vulnere los intereses del menor.[31].

Llegados a este punto expositivo del presente análisis y para que el mismo posea la plenitud adecuada, resulta preciso analizar la peculiar situación del derecho foral español en torno a la cuestión del derecho de corrección. Sobre este particular, debemos subrayar que a pesar de la supresión expresa en el seno del derecho estatal del "ius corrigendi", subsiste el mismo en diversos supuestos de la legislación foral, sin que se haya procedido a su derogación.

De este modo en el derecho foral catalán, encontramos la referencia explícita al derecho de corrección en el art. 236-17.4 de la Ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, de 29 de julio[32]. Asimismo, el Derecho aragonés hace referencia a la potestad correctora paterna en el art. 65 del Código del Derecho foral de Aragón, Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, art. 65[33]. Y en cuanto a la normativa foral de Navarra, la Ley 63 del Fuero Nuevo de Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, también hace mención expresa a la referida facultad de corrección[34].

30 Disponible en https://dle.rae.es/corregir, consultado el 12.5.220, donde asimismo se establece su origen etimológico en el vocablo latino corrigere. Dicha palabra se forma por el prefijo co, procedente de cum (con, de forma conjunta, enteramente globalmente) y regere (mover en línea recta, dirigir, conducir, regir, gobernar), disponible en https://dle.rae.es/regir, consultado el 12.5.2020. Desde nuestra consideración se muestra muy interesante la idea subyacente de gobierno y dirección que existe tras la actividad de corrección o enmienda de errores, de manera que aparece ésta como mecanismo de la acción de quien gobierna sobre otro. Aplicando esta idea al presente objeto de estudio, hará referencia a la acción del progenitor que pretende la educación de un menor en un determinado sentido. Al respecto, debemos indicar que el término rey (rex, regis en latín) proviene precisamente de la raíz indoeuropea reg, con el significado de guía antes apuntado, disponible en https://dle.rae.es/rey, consultado el 13.4.2020. Esta reflexión nos conduce a la íntima relación existente en nuestro entorno cultural entre corrección y educación.

31 Sobre la amplitud de la facultad de corrección, más allá del castigo físico se han pronunciado Algarra Prats, E.: "La corrección", cit., p. 3, y García Sánchez, M.D., "Derecho de corrección", cit., pp. 295-298.

32 Este precepto determina que "Los progenitores, con finalidad educativa, pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad e integridad física y psíquica".

33 Dicha norma establece que los padres deben, respecto de los hijos menores, "d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerle nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos".

34 En concreto se determinan los siguientes deberes y derechos de los progenitores: "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación".

¿Significa ello que en determinadas regiones de España los padres tienen más derechos que en otras? ¿O que los menores que viven en ellas ostentan menos derechos?

Nada más lejos de la realidad. A través del presente estudio intentaremos dar respuesta a esta aparente contradicción, ofreciendo una explicación plausible ante esta aparente contradicción.

Para poder resolver esta cuestión, algún sector doctrinal aboga por entender que, dada la vigencia del tratado, el derecho de corrección habría quedado literalmente derogado también en nuestro derecho foral dado el principio de jerarquía normativa y la supremacía de los Tratados Internacionales suscritos por el Estado español[35].

No obstante lo anterior, entendemos que esta argumentación literal resultaría incoherente con la necesidad de corregir las conductas indeseables de los menores[36]. De este modo, en la medida que dicha facultad deviene esencial en la labor educativa de los progenitores, con las limitaciones que posteriormente apuntaremos respecto de la misma, el derecho de corrección subsistiría tanto en el derecho estatal como en el foral[37].

Sobre este particular, debemos reseñar que algunos de los órganos jurisdiccionales de los territorios forales abogan por la directa aplicación del Derecho foral concernido. Fiel exponente de ello es la SAP Barcelona 15 julio 2009, en la que se subsume el supuesto objeto de enjuiciamiento en la regulación del derecho de corrección contenida en el Código de Familia de Cataluña[38].

En torno a esta cuestión se ha pronunciado expresamente la STS 8 enero 2019, concretamente en su Fundamento de Derecho Cuarto, al considerar que la legislación civil de Cataluña sería la normativa directamente aplicable en estas hipótesis, citando explícitamente el art. 236.17.4º de la Ley 25/2010, de 29 de julio

35 Apunta a una derogación al menos de carácter "formal" del derecho de corrección, Darriba Fraga, G.: "El derecho de corrección de los padres sobre los hijos", p. 23, disponible en http://portal.uned.es, consultado el 1.12.2019. En el mismo sentido, Marín de Espinosa Ceballos, E.: "¿El fin del derecho de corrección en España?", *vLex España*, p.11, disponible en https://app.vlex.com, consultado el 10.5.2020.

36 Sobre la necesidad de corrección de los menores como mecanismo necesario e inevitable para educar a los menores, *vid.* Algarra Prats, E. y Barceló Domenech, J.: "Libertad de los hijos", cit., pp. 66 y 72.

37 Se muestran partidarios de la existencia del derecho de corrección en todo el territorio español, Algarra Prats, E. y Barceló Domenech, J.: "Libertad de los hijos", cit., p. 69.

38 SAP Barcelona 15 julio 2009 (JUR 2009, 417555). En el mismo sentido la Sentencia del Juzgado de lo Penal Pamplona 12 julio 2013 (ARP 2013, 899) y la SAP Zaragoza 15 diciembre 2017 (JUR/2018/51919), ésta última estableciendo que a diferencia del Código Civil, el art. 65 del Código de Derecho Foral Aragonés reconocía la facultad correctora a los que tienen autoridad familiar sobre el menor. Sin embargo, en la SAP Tarragona 22 marzo 2012 (ARP 2012, 388), no hace referencia alguna al Derecho Civil Catalán y sí en cambio al Código civil en esta materia. Mientras, la SAP Barcelona 24 octubre 2016 (JUR 2017, 33856) parece utilizar en su razonamiento tanto el Código Civil español, (en el que, dicho sea de paso, ya no se encontraba recogido el derecho de corrección en el momento de dictar sentencia), como la legislación foral catalana.

de Código Civil, el cual recoge la facultad de corrección de los progenitores, con finalidad educativa, de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad e integridad física y psíquica[39].

Esta posición jurisprudencial estaría en consonancia con el carácter supletorio que otorga expresamente el preámbulo de la propia Ley de Adopción Internacional a las reformas operadas por la misma sobre el articulado del Código Civil, incluyéndose el art. 154 en esta modificación legislativa. De este modo, la legislación foral resultaría de directa aplicación en este ámbito[40].

Igualmente, junto a estas argumentaciones, encontramos una interpretación de considerable peso, a favor de la subsistencia del derecho de corrección; se trataría de aquella que hace derivar el mismo del deber de obediencia de los hijos respecto de sus padres, de manera que mediante esta facultad los progenitores podrían exigir el cumplimiento de dicha obligación[41].

De igual modo no debemos olvidar que el Código penal ejerce su vigencia en todo el territorio nacional. Por tanto quedaría totalmente proscrita la aplicación de procedimientos educativos que entrañasen la más mínima dosis de violencia sobre los menores, subsumible en los tipos penales vigentes, tales como maltrato de obra o injurias o coacciones leves en el ámbito familiar.

II. EL DERECHO DE CORRECCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ACTUAL DE LA PSICOLOGÍA DEL APRENDIZAJE: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS DENOMINADAS "TÉCNICAS OPERANTES" Y A LA APLICACIÓN DEL CASTIGO FÍSICO COMO MECANISMO CORRECTOR DE LA CONDUCTA.

Los resultados obtenidos en las investigaciones de los psicólogos conductistas del siglo pasado, permitieron alcanzar un amplio consenso científico acerca de la notable influencia que la presencia de refuerzos, tanto negativos como positivos, puede desempeñar en el aprendizaje humano[42].

En la actualidad, se hace referencia a las denominadas técnicas operantes, como aquellas capaces de manipular los antecedentes o estímulos y las consecuencias que controlan la conducta, de tal manera que sea posible la modificación de ésta. Dichos procedimientos se clasifican sucintamente en tres categorías, a saber:

39 STS 8 enero 2019 (JUR 2020, 16864).

40 Dicho Preámbulo determina explícitamente en relación con las modificaciones que acomete respecto del Código Civil que: "… Estas reformas serán de aplicación supletoria respecto del derecho propio de aquellas Comunidades Autónomas que lo posean".

41 Algarra Prats, E. y Barceló Domenech, J.: "Libertad de los hijos", cit., p. 73.

42 Realiza un análisis detallado de las aportaciones de los autores conductistas Álvarez Arboleda, L. M.: "El estudio del aprendizaje desde el modelo asociacionista y el modelo funcionalista: un recorrido histórico", *Informes Psicológicos*, 2007, Enero-Dic, núm. 9, Universidad de Puerto Rico, San Juan, pp. 123-127.

relativas al mantenimiento de conductas, referentes a la reducción de las mismas e incluso de potenciación o debilitamiento de un determinado actuar[43].

Para lograr un riguroso análisis en este ámbito, analizaremos en primer término, las técnicas de aumento o mantenimiento de la conducta, en las que se distinguen entre reforzadores positivos y el negativos. El primero grupo haría referencia a los estímulos que aumentan la producción de una conducta, por ejemplo alabanzas, elogios, dejar ver la televisión al menor frente a un comportamiento adecuado, etc. Asimismo, debemos indicar que también existen reforzadores de conductas inadecuadas como prestar atención a los niños que gritan o cuando pegan a sus semejantes, o incluso reír las gracias a los compañeros disruptivos. El segundo tipo de técnicas, implicarían la retirada de un estímulos aversivos al ejecutar la conducta deseada (procedimiento de escape) o la aplicación del mismo cuando la acción no se ejecute (procedimiento de evitación). Resulta destacable que los reforzadores negativos no suelen ser aconsejados en la práctica clínica, prefiriéndose por ello la aplicación de los reforzadores positivos para modelar las conductas. Este parecer es debido a que los reforzadores negativos implican la aplicación de estímulos negativos, los cuales pueden llegar a producir agresividad o temor hacia quien aplica dichas técnicas.

En segundo lugar, adentrándonos en los procedimientos de reducción o eliminación de conductas indeseadas, encontramos las técnicas positivas, los castigos y otras técnicas aversivas que desarrollaremos a continuación.

En cuanto a las técnicas de carácter positivo mencionadas, basadas en el reforzamiento de tal naturaleza, podemos distinguir: el reforzamiento diferencial de tasas bajas, en cual se otorga el refuerzo cuando se reduce la conducta negativa; el reforzamiento diferencial de otras conductas o entrenamiento por omisión (por ejemplo dar el postre favorito por no insultar) y el reforzamiento diferencial de conducta incompatible, mediante el que se refuerza la acción incompatible (jugar sin agredirse se premia, para reducir esta última conducta reprobable).

Para completar la visión de estas técnicas de corrección conductual, debemos realizar obligada referencia a la distinta tipología de castigos aplicables, los cuales pueden ser de naturaleza positiva, (configurados como el empleo de estímulos punitivos), o de carácter negativo, en los cuales se retiran los refuerzos positivos o el acceso a los mismos.

43 Bados, A. y García-Grau, E.; *Técnicas operantes, Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos. Facultad de Psicología*, Universidad de Barcelona, pp. 2-45, disponible en http://diposit.ub.eduf, consultado el 5.2.2020, realizan un exhaustivo y clarificador análisis en este ámbito, el cual suscribimos, Asimismo, con el objeto de complementar la finalidad de preservar las conductas adecuadas, se apunta a la existencia de técnicas de instigación como es el caso de las instrucciones, el modelado, la guía física o la inducción situacional. Por otra parte, también contamos con las técnicas de establecimiento de conductas tales como los denominados moldeamiento, encadenamiento o desvanecimiento.

Sobre los castigos debemos indicar que se trata de unas técnicas que rara vez son empleadas por los terapeutas, incluso aquellos que no comportan reacciones punitivas de carácter físico, dado que tienen consecuencias indeseables, máxime cuando se aplican inadecuadamente. Entre los perjuicios que pueden causar suele citarse que pueden resultar excesivos y arbitrarios; además presentan una notable probabilidad de llegar a convertirse en castigos físicos; producen sentimientos indeseables tales como miedo, ira, resentimiento, culpabilidad, evitación y agresión, así como la generalización de la supresión ejecutada a conductas que sí son deseables. Igualmente se indica que sus efectos son eminentemente temporales, no ostentando la capacidad de enseñar la conducta deseable.

Aún con todo pueden destacarse alguna ventaja de los castigos, dado que se trata de un método rápido ante conductas notablemente peligrosas efectuadas por los menores.

Por este motivo los terapeutas únicamente defienden el sometimiento a los castigos positivos bajo un elenco muy restrictivo de condiciones. De este modo se establecen las que a continuación se exponen: prohibición del castigo físico; verificación de la ausencia de otra técnica positiva efectiva al caso concreto; combinación del castigo con el refuerzo de otras conductas incompatibles, dado que si no existe método alternativo al refuerzo, la conducta indeseable continuará; reducción de la motivación de la conducta; aplicación razonada y serena sin exaltación emocional; prohibición de aumentar la intensidad o la duración punitiva, dado que el menor podría llegar a habituarse al castigo; igualmente, el castigo debe ser inmediato y por último, ha de aplicarse firmemente.

Mención especial merecen, por el objeto de estudio del presente trabajo, los castigos de carácter físico. Sobre los mismos, hemos apuntado que las investigaciones psicológicas concluyen que la presencia de agresividad en la corrección de los hijos instaura la violencia intergeneracional, de manera que los menores golpeados reiteran estas conductas en el futuro con sus propios hijos y esposas[44].

En este orden de cosas, se destaca la comprobada relación entre los elevados niveles de expresiones de rechazo de los progenitores y la baja cooperación social, agresividad y comportamientos antisociales de los hijos menores, así como incidencia de psicopatologías[45].

44 Sauceda-García, J.M., Olivo-Gutiérrez, N.A., Gutiérrez, J. y Maldonado-Durán, J.M.: "El castigo", cit., p. 387.

45 Así lo ha demostrado el estudio realizado por Pichardo Martínez, M.C., Justicia Justicia, F. y Fernández Cabezas, M.: "Prácticas de crianza", cit., p. 43; de la misma opinión son Sauceda-García, J.M., Olivo-Gutiérrez, N.A., Gutiérrez, J. y Maldonado-Durán, J.M.: "El castigo", cit., pp. 383 y 385.

Asimismo, se pone el acento en otras consecuencias perniciosas de este tipo de sanciones, como es el hecho de que no permiten el aprendizaje de nuevas conductas; la tendencia del castigado de evitar a quien le reprendió; el surgimiento de sentimientos de culpa sobre el progenitor; la destrucción de la confianza y la constatada tendencia a mentir por parte del menor como mecanismo de evitación, etc.[46].

Incluso profundizando en esta cuestión, encontramos estudios en los que se demuestran las graves consecuencias negativas de la aplicación de castigos físicos en los adolescentes respecto de su autoconcepto físico, familiar, emocional, social y académico, entendido el mismo como la imagen que de sí mismos poseen los menores en estos diferentes niveles biopsicosociales. Igualmente, dichos análisis evidencian la ausencia de modulación de dichos efectos perniciosos por la existencia de una relación afectuosa sobre los hijos expuestos a castigos corporales. Es decir, las consecuencias perjudiciales se producen por la aplicación de estas violencias con independencia del contexto en el que se producen, aunque el mismo sea también afectivo[47].

Respecto de las causas de la aplicación de los castigos corporales por parte de los progenitores, se apunta al desconocimiento por parte de los mismos de otros procedimientos correctores de las conductas; las creencias erróneas sobre la disciplina; la imposibilidad de control de la ira, así como la reiteración de modelos educativos recibidos[48].

Consecuentemente resulta necesario un cambio de mentalidad respecto de los progenitores, primero mediante un proceso de información para instaurar en los mismos la convicción de las perniciosas consecuencias del castigo físico y posteriormente a través de la instrucción para el aprendizaje de métodos correctivos no violentos por parte de los profesionales expertos en esta materia.

Entre los castigos aceptados por los terapeutas, (insistimos no consistentes en modo alguno en castigos físicos), con las limitaciones precisas anteriormente mencionadas y para supuestos muy puntuales, se destaca la sobrecorrección, el coste respuesta y el tiempo fuera del reforzamiento positivo.

46 Sauceda-García, J.M., Olivo-Gutiérrez, N.A., Gutiérrez, J. y Maldonado-Durán, J.M.: "El castigo", cit., p. 383.

47 Martínez Sánchez, I.: "Repercusiones del castigo físico sobre los hijos: influencia del contexto familiar", *Psicología Educativa*, 2008, Vol. 14, núm. 2, pp. 98-99, realiza una investigación en este sentido sobre una muestra de 785 adolescentes de catorce y quince años, españoles escolarizados de ambos sexos, habiendo padecido un 41% de ellos castigos físicos.

48 Sauceda-García, J.M., Olivo-Gutiérrez, N.A., Gutiérrez, J. y Maldonado-Durán, J.M.: "El castigo", cit., p. 383.

A continuación, de forma sucinta mostraremos el panorama general de estas técnicas. Con ello pretendemos evidenciar su existencia, multiplicidad e idoneidad avalada por los expertos en la materia, pudiendo perfectamente cumplir el papel de sustitutivos de como los castigos físicos sobre los menores. Al respecto, debemos manifestar que para la consecución de los resultados óptimos, se requerirá la debida capacitación técnica y planificación de los procedimientos a implementar.

En este sentido, la sobrecorrección, supone que el sujeto ha de reiterar la conducta que está directamente relacionada con la indeseada, por ejemplo, en relación con los menores, podría pensarse en limpiar aquello que se haya ensuciado, pedir disculpas o ayudar a realizar una tarea.

Por otra parte, la técnica del coste respuesta, trata de retirar un refuerzo positivo con la finalidad de eliminarla. Exponente de ello sería retirar el tiempo de juego, irse a la cama antes de tiempo, etc.

Y en cuanto al procedimiento de tiempo fuera, implica la supresión del acceso a los refuerzos positivos durante un tiempo al realizarse la conducta inadecuada. Dicha técnica puede darse con aislamiento (se retira al sujeto en un lugar determinado), lo cual puede darse con exclusión (no podría en este supuesto observar lo que sucede a su alrededor) o sin ella (podría observar pero no participar en la situación)[49].

Otras técnicas aversivas a las que podemos hacer mención aceptadas también por la comunidad científica son la extinción y la saciedad del estímulo. La primera consiste en dejar de presentar el reforzador que mantiene la conducta; por ejemplo se deja de prestar atención al niño que pide algo gritando. Al respecto debemos indicar que esta técnica es adecuada, salvo que sean conductas peligrosas las que se estén realizando y además se refuerce debidamente con conductas alternativas. Al mismo tiempo este procedimiento requiere identificar los reforzadores e informar debidamente a la persona de las consecuencias de su actuar.

Por otra parte, el método de saciedad supone administrar el reforzador positivo hasta que se reduce su atractivo. Ello será posible siempre que no se trate de reforzadores peligrosos para la salud (por ejemplo no se podrían suministrar golosinas a un niño diabético hasta que perdiese su interés por las mismas).

49 Es efectivo desde los dos a los doce años, siempre que concurran las siguientes condiciones: la zona de tiempo fuera esté iluminada y espacio suficiente, sin estar presente cosas apetecibles; duración de tantos minutos como edad del niño como regla general; mientras no cambie la conducta no se debe retirar la sanción, incluso se puede aumentar el tiempo fuera; asimismo resulta necesario explicar cuándo terminará el castigo; durante el mismo el progenitor debe limitarse a dar instrucciones sobre la sanción y no deberá permitir la salida, salvo causa médica justificada; por último, cuando termine el procedimiento, se ha de pedir que el menor realice la conducta adecuada y reforzar la misma.

Finalmente por su especial relevancia actual, debemos hacer referencia a las técnicas de potenciación o debilitamiento de las conductas, tales como el contrato de contingencias y la economía de fichas.

El contrato de contingencias, como su propia nomenclatura indica, se trata de un mecanismo negociado y generalmente plasmado por escrito entre varios sujetos en el que, de forma análoga a los contratos stricto sensu, se establecen las obligaciones y las consecuencias de su incumplimiento; éstas pueden consistir tanto en refuerzos positivos como negativos o punitivos, primando siempre los primeros.

En relación con estos acuerdos se destacan los siguientes criterios que han de presidir su elaboración: negociación libre del contenido del mismo; claridad en las conductas (se aconseja incluir dos o tres conductas que como máximo) y en las consecuencias del incumplimiento; inclusión de cláusulas de prima en caso de cumplimiento de la conducta; registro de las conductas; adopción de cláusulas de revisión y establecimiento de una duración temporal del acuerdo alcanzado; finalmente han de firmarse por las partes implicadas y dotarlos de visibilidad entre los sujetos concernidos.

Podemos afirmar que estos pseudocontratos presentan gran utilidad puesto que incrementan ostensiblemente el compromiso y la cooperación entre las partes. Además en nuestra opinión, sirven como pauta de aprendizaje para los menores al acercarlos a las vicisitudes de la contratación que en su etapa adulta ineludiblemente habrán de abordar, por lo que encontramos este tipo de técnica marcadamente positiva debido a la aprehensión normativa y valorativa que entraña.

El método consistente en la economía de fichas está basado en la entrega de unas fichas cuando se produce por parte del menor la conducta esperada. Éstas son intercambiables por reforzadores, tales como objetos, actividades apetecibles, premios, etc. Se trata de un procedimiento complejo y dinámico. Asimismo, como en el caso de los contratos de contingencias, destacamos el efecto pedagógico que esta vía puede suponer de cara al futuro, puesto que son susceptibles de aplicación conceptos como los de salario o multa, presentando por ello, un notable valor instructivo[50].

A modo de conclusión, podemos apuntar que, como fácilmente se puede apreciar, existe un amplio elenco de técnicas de corrección de la conducta respetuosas con los derechos de los menores, que pueden ser implementadas

50 Realiza una exposición sucinta y clarificadora de las técnicas de economía de fichas y de los contratos conductuales, Albert, M.: "Técnicas de modificación de la conducta", pp. 314-317, disponible en http://www.praderwilliar.com.ar, consultado el 1.3.2020.

por los progenitores. No obstante, somos conscientes de las dificultades que esta propuesta entraña, dado que los progenitores no siempre cuenten con los conocimientos idóneos para su aplicación, dado que muchas de estos procedimientos son desconocidos o se suelen aplicar defectuosamente. El Comité en la Observación núm. 8.48 es consciente de la necesidad de implementación a todos los niveles de programas que promuevan formas no violentas de educación, haciendo expresa referencia a los servicios de salud, bienestar o educación[51].

De otro modo, al proscribirse por el ordenamiento jurídico el castigo físico sin ofrecer a los padres alternativas educativas no violentas, se correrá el riesgo de que los progenitores se abstengan de corregir a los menores y por ende de educarlos, con las gravísimas consecuencias que ello comporta[52].

III. EL DERECHO DE CORRECCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL.

1. Análisis de esta causa de justificación y de las hipótesis de exclusión de la respuesta penal al margen de la misma.

Desde una la perspectiva histórica de este supuesto de justificación de la conducta típica, podemos observar cómo durante la Edad Media hubo regulaciones territoriales, tales como el Fuero de Llanes (al parecer otorgado por el Rey Alfonso X en 1206) que eximían de responsabilidad a los padres y maestros, incluso si llegaban a causar la muerte de los menores por motivo de corrección o aprendizaje (también se exoneraba al marido que daba muerte a su mujer legítima conteniendo la expresión "así como los hombres fazen")[53].

51 El Comité en la Observación General (2006) núm. 8.48 del Comité de los Derechos del Niño: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, es sensible a la necesidad de adoptar medidas educativas para erradicar las violencias sobre los niños en el entorno familiar. En este sentido establece en la 48 establece que "… El Comité observa que ahora existen muchos ejemplos materiales y programas que promueven formas positivas y no violentas de atención parental y de educación, dirigidas a los padres, a cuidadores y a maestros, y que has sido elaborados por gobiernos, organismos de las Naciones Unidas, ONG y otras instancias. Esos materiales y programas pueden adaptarse adecuadamente a diferentes condiciones y situaciones. Los medios informativos pueden desempeñar una función muy valiosa en la sensibilización y educación del público. La oposición a la adhesión tradicional a los castigos corporales y otras formas de disciplina crueles y degradantes exige una acción sostenida. La promoción de formas no violentas de atención parental y de educación debería formar parte de todos los puntos de contacto entre el Estado y los padres y los niños, en los servicios de salud, bienestar y educación, incluidas las instituciones para la primera infancia, guarderías y escuelas. Debería también integrarse en la capacitación inicial y en servicio de los maestros y de todos los que trabajan con niños en los sistemas de atención y de justicia.

52 En este sentido se ha manifestado Darriba Fraga, G.: "El derecho", pp. 10-11.

53 *Vid.* https://docllanes.com y sobre las dificultades para determinar la autoridad que otorgó dicho fuero, Garcia Gallo, A.: "El fuero de Llanes", *Separata del Anuario de Historia del Derecho Español,* 1970, 40, pp. 241-268.

El texto de las Partidas supuso un notable cambio ante esta situación, dado que distinguía penológicamente, el supuesto del homicidio culposo y del cometido dolosamente por el padre o maestro contra los hijos o discípulos respectivamente.

En la hipótesis de comisión culposa se preveía la pena de destierro en isla con una duración de cinco años. En relación con el homicidio doloso, sin mediar el empleo de medios alevosos, entendemos que la pena aplicable sería el destierro en isla con carácter perpetuo, si el agresor ostentaba la condición de caballero o hidalgo. En otro caso, el infractor padecería la pena de muerte, al igual que estaba previsto para el homicidio alevoso[54].

Una vez iniciado el movimiento codificador en nuestro país, observamos, desde la redacción del Código Peal de 1822 hasta la reforma operada por la LO 8/1983, de 25 de junio (con excepción del Código Penal de 1948), la referencia al derecho de corrección de los padres en forma de circunstancia eximente o atenuante. Estas previsiones resultaban por tanto aplicables a los delitos de lesiones causadas a los hijos por parte de los progenitores, al excederse en la corrección a los mismos[55].

En la actualidad, el legislador penal, fruto de la nueva orientación imperante en el plano internacional contraria a la aplicación de violencias sobre los menores, ha desterrado el trato benevolente dispensado hacia los padres de su texto punitivo, a la par que ha llevado a cabo una prolija tipificación de los delitos cometidos en el ámbito doméstico. Encontramos de este modo un acusado paralelismo entre esta tendencia y la operada por la legislación civil, en aras a la limitación de las facultades de los padres sobre su progenie.

En este contexto, debemos indicar que tradicionalmente, el derecho de corrección ha sido conceptuado por la doctrina penalista, como una causa de justificación, en concreto la relativa al ejercicio de un deber, derecho oficio o cargo contenida en la actualidad en el art. 20.7 CP.

54 En la Partida 7ª, Título VIII, Ley 9ª, expresamente se establece que: "Qué pena merece aquel que castigando su fijo ó su discípulo lo mata. Castigar puede el padre á su fijo mesuradamente, et el señor á su siervo a su home libre et el maestro á su discípulo. Mas porque hay algunos dellos que son tan crueles et tan desmesurados en facer esto, que los fieren mal con piedra, ó palo ó con otra cosa dura, defendemos que no lo fagan asi: et los que contra esto ficiesen, et muriese alguno por aquellas feridas, maguer non lo ficiese xon entención de matarlo, debe el matador ser desterrado en alguna isla por cinco años, Et si el que castiga le diese á sabiendas aquellas feridas con entencion de matarle, debe haber pena de homecida". Estableciéndose la pena de muerte para los hombres de origen vil, en la Partida 7ª, Título VIII, Ley 10ª. Consideramos que los supuestos de parricidio alevoso llevaban aparejada la terrible pena de muerte en el interior de un saco con fieras con simultáneo arrojo al río o mar, ya presente en la tradición romana, con un carácter extremadamente simbólico y ejemplarizante, tal y como determinaba la Partida 7ª, Título VIII, Ley 12ª, vid. en este sentido Núñez Paz, I.: "La no aplicación de la pena de muerte al parricida por razones religiosas. Una reflexión histórica sobre la larga pervivencia del parricidio en el derecho penal como delito autónomo", *Revista Penal*, 2010, núm. 25, enero, p. 15.

55 Regulación contenida en el art. 658 CP de 1822, art. art. 431.4º CP de 1870, arts. 535 y 762 CP de 1928, Art. 423.4º CP de 1932 y art. 420.4º CP de 1944.

La invocación de este instituto jurídico penal presupone la existencia de un conflicto entre dos deberes jurídicos, que como tal habrá de resolverse desde un punto de vista valorativo. Como se puede vislumbrar, en todo caso uno de los dos deberes en cuestión resultará incumplido, siendo lícita la acción si el deber cumplido ostentaba rango superior. Asimismo, la doctrina apunta a que esta causa de justificación debe interpretarse restrictivamente con arreglo al límite del respeto a la dignidad de la persona humana[56].

En apoyo de esta argumentación, debemos traer a colación el art. 154 CC en el que precisamente se contiene el límite de la integridad física y mental del menor sobre el ejercicio de la patria potestad, así como el la referencia constitucional a la dignidad humana establecida en el art. 14 CE.

Un sector de la doctrina acepta la justificación de las violencias desplegadas por los progenitores contra sus hijos menores siempre que estén dotadas de los requisitos de necesidad, racionalidad y proporcionalidad, estando presididas en todo caso por el elemento subjetivo consistente en el animus corrigendi[57].

Por su parte, los tribunales penales también han exigido la concurrencia de estas circunstancias para la apreciación de la referida causa de justificación.

Fiel exponente de este parecer es la SAP Cádiz 20 marzo 2013, en la que se realiza un estudio pormenorizado de los requisitos de la causa de exoneración consistente en el ejercicio de un deber. Esta resolución recogió expresamente la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la referida causa de justificación, expresando que exige como requisitos indispensables que: "… a) la conducta enjuiciada sea necesaria para cumplir ese derecho; b) que no existan abusos o extralimitaciones en su ejercicio; y c) que también concurra una adecuada proporcionalidad entre el derecho ejercido y el resultado lesivo originado en el bien jurídico protegido"[58].

Mediante esta argumentación jurídica se ha permitido la exoneración de responsabilidad de los padres que, en ejercicio de su deber de educación,

56 Cerezo Mir, J.: "La eximente", cit., pp. 275-277, este autor asimismo considera que en los supuestos de malos tratos de obra, realizados con ánimo corrector y de carácter necesario, deberán considerarse lícitos. Sin embargo, en el ámbito de actuación de los maestros entiende que los malos tratos de obra suponen siempre un atentado contra la dignidad de los alumnos. Desde nuestra consideración, entendemos que en ambos supuestos serían inadmisibles los malos tratos realizados contra los menores, además de que al existir otras vía terapéuticas alternativas para enmendar las conductas de los menores, dichas conductas violentas carecerían de la necesidad requerida. Establece también el límite de la dignidad humana Mirat Hernández, P.: "Referencia a las eximentes ", cit., p. 200.

57 En este sentido y destacando la ponderación de otros parámetros como la edad del menor se ha manifestado Mirat Hernández, P.: "Referencia a las eximentes", cit., pp. 205-206. Asimismo, Berrocal Lanzarot, A.I.: "El deber", cit., pp. 40-42. También reconoce el carácter exonerador de esta causa de justificación en caso de lesiones leves Prats Canut, J.M.: "Comentarios al art. 23 del CP (Parte II)", *Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 3.

58 SAP Cádiz 20 marzo 2013 (ARP 2013, 781).

hubiesen empleado de forma puntual y limitada una violencia de baja intensidad sobre los menores. Asimismo, debemos subrayar que de apreciarse esta causa de justificación, podría resultar la aplicación de una eximente completa o incompleta[59].

No obstante lo anterior, debemos manifestar que en la actualidad se encuentran tipificados como delito el mero maltrato de obra o las amenazas, coacciones o injurias de carácter leves, junto al hecho de que se ha desterrado, al menos formalmente, el derecho de corrección en el Código Civil.

Desde nuestra consideración, toda violencia que tenga la suficiente entidad para considerarse un maltrato de obra es delito, de forma análoga a como se sanciona si se aplicase la misma a un sujeto mayor de edad. De tal modo, una bofetada, zarandeo o un cachete sería punible desde la posición que mantenemos en este trabajo.

Así lo entendió la SAP Madrid 10 febrero 2011, al rechazar la aplicación de la eximente completa o incompleta basada en el art. 20.7 CP, al enjuiciar a un padre que propinó un cachete con la mano abierta a su hijo menor de edad.

En esta ocasión, la Sala estimó que: "… Bien entendido que la finalidad del ejercicio del derecho de corrección deberá estar siempre orientado al propio interés del menor desde el punto de vista de su educación o formación personal. De manera que el término corrección ha de ser asumido como sinónimo de educación, con referencia a las connotaciones que conforman de forma intrínseca cada proceso educativo, no pudiéndose considerar como tal el uso de la violencia para fines educativos, por un lado por la primacía que el ordenamiento jurídico atribuye a la dignidad de la persona, incluido el menor, que es sujeto y titular de derechos. Por otro, porque no se puede perseguir como meta educativa un resultado de desarrollo armónico de la personalidad, sensible a los valores de la paz, tolerancia y convivencia utilizando un medio violento que contradice dichos principios…"[60].

En este orden de cosas, también debemos recordar que en las páginas precedentes hemos destacado los perjuicios de los castigos físicos demostrados por las investigaciones psicológicas, por lo que consideramos estas actuaciones inadmisibles y punibles con arreglo a nuestro derecho vigente.

Las propias resoluciones judiciales hacen referencia a los postulados de la pedagogía actual sobre las perniciosas consecuencias de la aplicación de

59 Boldova Pasamar, M.A.: "¿Queda algo?, cit., p. 86.

60 SAP Madrid 10 febrero 2011 (ARP 2011, 1103), sobre esta supuesto debemos indicar que finalmente se absolvió al acusado debido a las dudas que se habían suscitado al tribunal sobre el desarrollo de los hechos, aplicándose en su consecuencia el principio in dubio pro reo.

las violencias sobre los menores. Así, a modo ilustrativo, nos referiremos a la anteriormente citada SAP Madrid 10 febrero 2011, en la que explícitamente se indica que "… Por su parte, la moderación y racionabilidad a que se refiere el art. 154 CC deberán analizarse de acuerdo con las normas de cultura imperantes y las reglas pedagógicas comunes para, al fin, decidir sobre la idoneidad del modo de manifestarse o ejercitarse la facultad de corrección…"[61].

Incluso, como con abordaremos a renglón seguido, estas conductas de escasa entidad lesiva, pueden tener cabida en el tipo atenuado previsto en el art. 153.4 CP, quedando vacío de contenido si se defiende la impunidad de las agresiones de baja intensidad.

Sobre la figura del maltrato de obra que daría paso a la exclusión del derecho de corrección como causa de justificación de las agresiones menores de los progenitores contra sus hijos, resulta de notable interés precisar sus contornos para corroborar que dichas acciones violentas, caen de lleno en su ámbito de aplicación del tipo de injusto contenido en el art. 153 CP. Carece de sentido el empleo de este tipo ante el maltrato de obra causado a cualquier miembro de la familia, excluyendo a los menores, quienes evidencian por su propia condición una mayor vulnerabilidad.

De este modo, la doctrina entiende que son acciones típicas subsumibles en la figura del maltrato de obra y por ende en el art. 153 CP, además de las lesiones que requieren exclusivamente una primera asistencia facultativa sin tratamiento médico posterior, las agresiones que no dejan huella en la anatomía, incluyéndose asimismo los actos aislados[62].

Empero la realidad social no se corresponde con estas exigencias legislativas, puesto que un notable número de progenitores avala la aplicación de castigos físicos en la educación de los hijos[63]. Al mismo tiempo, consideramos que en el fondo de la cuestión se encuentra el temor fundado de que la intrusión del Derecho penal en el ámbito de las relaciones familiares, acarree mayores consecuencias negativas que las que pretende evitar, sobre todo en caso de supuestos de escasa entidad. En este ámbito, no debemos olvidar que las infracciones penales pueden llevar aparejadas penas de prisión o alejamiento respecto del menor, que en por lo general comportará también el distanciamiento respecto de los otros miembros del núcleo familiar.

61 SAP Madrid 10 febrero 2011 (ARP 2011, 1103).

62 Gutiérrez Romero, F.M.: "Agresiones mutuas en el ámbito de la pareja: ¿resultaría aplicable el art. 153.1 y 2 CP?", BIB 2019/5474, *Aranzadi Instituciones*, p. 3.

63 https://www.diarioinformacion, recogió que más de la mitad de los padres aprueban dar cachetes y bofetones a los hijos, consultado el 18.5.2020.

En este sentido, resulta de notable importancia recalcar que una interpretación literal del art. 57.1 CP supone la forzosa aplicación de la pena accesoria de alejamiento del progenitor condenado respecto del menor, por la comisión de alguno de los delitos del art. 153 CP.

Esta circunstancia ha propiciado una exégesis judicial de carácter restrictivo, excluyéndose dicha pena accesoria de los supuestos de maltrato de obra comprendidos en el art. 153 CP. Esta postura exegética fue mantenida por la SAP A Coruña 19 septiembre 2017, que concluyó estableciendo que: "… pues aunque el delito de maltrato en el ámbito familiar se incluya dentro de Título III del Libro II De las lesiones y el tan citado art. 57.1 y 2 disponga su aplicación, entre otros delitos, en el de las lesiones, esta aplicación se tendrá se tendrá que realizar cuando la conducta típica constituya realmente un delito de lesiones, pero no cuando la acción típica sancionada –como es el caso- se integra exactamente en una acción de maltrato de obra a otro sin causarle lesión, constitutiva de delito…"[64].

Desde la posición que mantenemos, propugnamos una reforma legislativa en el sentido de exceptuar las penas de alejamiento a los supuestos de menor lesividad del art. 153 CP.

No obstante lo anterior, existen tribunales que no se muestran partidarios de esta postura, manteniendo el empleo de la pena de alejamiento a los supuestos subsumibles en el art. 153.4 CP. Fiel exponente de este parecer es la SAP Barcelona 24 octubre 2016, en la que se rechaza la aplicación de la pena de prohibición de comunicación del padre condenado respecto de su la hija menor, a la que golpeó por no querer entrar en la ducha, manteniendo la pena de alejamiento, con una duración de seis meses[65].

En este orden de cosas, encontramos asimismo resoluciones judiciales en las que se utiliza el art. 154.4 sin mención alguna a la aplicación de las penas de alejamiento y prohibición de comunicación con la víctima. De este modo podemos citar, por su trascendencia en este ámbito la STS 8 noviembre 2015, por la que se condenó a un padrastro que asestó una bofetada a la menor con la que convivía[66].

El legislador, consciente de esta realidad y de los perjuicios que puede provocar en el ámbito familiar la aplicación de las penas de alejamiento en los supuestos de maltrato de obra, ha previsto en el art. 57.3 el empleo potestativo de la misma en los supuestos de delitos leves. Con todo, el art. 153.4 CP contempla en su redacción algunos supuestos de penas de carácter menos grave, y no únicamente

64 SAP A Coruña 19 septiembre 2017 (JUR 2017, 254007).

65 SAP Barcelona 24 octubre 2016 (JUR 2017, 33876).

66 STS 8 noviembre 2015 (RJ 2015, 4949).

leves, por lo que de acuerdo con el tenor literal del mismo sería preceptiva la aplicación de las mencionadas penas accesorias.

Es por ello que llegados a este punto expositivo, nos preguntamos sobre cuál es la suerte han de correr los progenitores que aplican violencias leves sobre sus hijos menores con fines educativos. Bien es cierto que el sentido común nos inclina hacia la exoneración de los mismos bajo determinadas premisas. De este modo para lograr dar forma jurídica a esta percepción general, distinguiremos diversos supuestos en los que la utilización de violencias leves por parte de los progenitores a los hijos quedarían exentas de pena, sin necesidad de recurrir para ello a la causa de justificación basada en el ejercicio del deber de corrección, dado que de acuerdo con la legislación vigente hemos argumentado que no sería posible.

En primer lugar, mencionaremos que tanto la doctrina como la jurisprudencia apuntan en ocasiones a la ausencia de tipicidad de algunas de estas conductas, desde los principios de insignificancia o adecuación social[67].

En este momento únicamente manifestar que nos compartimos esta argumentación, sin perjuicio de que en su momento fundamentalmente esta postura fundamentalmente por la marcada voluntad del legislador consistente en considerar especialmente significativas estas conductas desde el punto de vista penal.

En segundo lugar, podemos hacer también referencia al instituto de la legítima defensa, siempre y cuando concurran los requisitos legalmente establecidos respecto de la misma. Este supuesto podría englobar las hipótesis de agresiones causadas por los menores hacia la persona o derechos de los progenitores o hacia otros hermanos o terceros, con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.4ª CP.

No obstante lo anterior, no quedarían amparadas las conductas pretendidamente defensivas realizadas con posterioridad a la agresión del menor, dado que ha de darse el requisito en esta causa de justificación de la actualidad de la agresión, además de la necesidad de guardar la necesidad y adecuada proporción respecto del medio empleado[68].

Al respecto, debemos recordar que podría aplicarse en los supuestos de ausencia de requisitos no esenciales de la legítima defensa, la eximente incompleta relativa a la misma y recogida en el art. 21.1ª CP.

67 Entiende que se trataría de un supuesto de atipicidad por ser un riesgo jurídicamente irrelevante y permitido, Marín de Espinosa Ceballos, E.: "¿El fin?", cit., p. 17.

68 Boldova Pasamar, M.A.: "¿Queda algo?", cit., pp. 85-86.

En tercer lugar, debemos traer a colación, por su especial relevancia práctica, la figura del estado de necesidad, de eventual aplicación en las hipótesis en las que le progenitor pretende evitar un mal mayor al menor, mediante la aplicación de la fuerza de cierta intensidad.

En relación con este orden de cosas se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño en la Observación núm. 8. 14, al determinar que "… El Comité reconoce que la crianza y el cuidado de los niños, especialmente de los lactantes y niños pequeños, exigen con frecuencia acciones e intervenciones físicas para protegerlos. Pero esto es totalmente distinto del uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocar cierto grado de dolor, molestia o humillación…" y cuando igualmente determina que "… La legislación de todos los Estados cuenta, explícita o implícitamente, con el empleo de la fuerza no punitiva y necesaria para proteger a las personas"[69].

Efectivamente son innumerables las actuaciones de evitación de perjuicios que pueden llevar a cabo los progenitores y que bien pudieran verse amparadas por esta causa de justificación o de exculpación, según los bienes jurídicos en juego posean diferente o igual valor. Así por ejemplo el propinar un empujón al menor y causarle por ello lesiones ante la existencia de un peligro para su integridad física o las clásicas hipótesis de peleas entre hermanos en las que se deba hacer uso de cierto grado de violencia para separar a los sujetos.

Sobre este particular, traemos a colación el Auto AP Vizcaya 5 abril 2004, mediante el que se confirmó el sobreseimiento libre de las actuaciones por considerar atípica la conducta realizada por un progenitor consistente en pegar una bofetada al hijo de once años para evitar que continuase causando daños a su hermana pequeña de siete años[70].

Consideramos que en este supuesto, la acción ostentaba el requisito de la tipicidad, si bien cabría la aplicación de la figura del estado de necesidad, dado que se intentaba proteger a la hermana, más vulnerable por razón de su edad, mediante un actuar proporcionado del progenitor.

En relación con esta materia, resaltamos la SAP Burgos 30 noviembre 2009, al rechazar la aplicación del estado de necesidad en relación con un padre que golpeó a su hijo para que no consumiese drogas, bajo el entendimiento de que "… existen numerosas conductas alternativas, sin pasar por el ejercicio de la vis física, tales como tratamientos de deshabituación, terapias, consultas médicas, etc…"[71].

69 Observación General (2006) núm. 8. 14 del Comité de los Derechos del Niño: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.

70 Auto AP Vizcaya 5 abril 2004 (JUR 2004, 295185).

71 SAP Burgos 30 de noviembre 2009 (JUR 2010, 25442).

El mismo razonamiento se puede argüir para considerar que la agresión no es necesaria en los casos en los que, mediante terapia psicológica, se pueden enmendar comportamientos disruptivos de los menores, sin que sea de recibo el acudir a medidas de carácter violento que en modo alguno ayudan, tal y como ha quedado acreditado con anterioridad, a la enmienda de los mismos.

Así las cosas, entendemos que pudo haberse ponderado la posible aplicación del estado de necesidad en la SAP Barcelona 28 abril 2009, dado que se enjuiciaba una conducta consistente en dar dos cachetes y un tirón de orejas por parte de un padre a su hijo menor para separarlo de una pelea con su hermana, así como para evitar que se marchase de la casa[72].

En cuarto lugar, debemos hacer referencia al error de prohibición o de tipo. La doctrina apuesta por la existencia en las hipótesis de excesos correctivos a la figura del error de prohibición, si bien en muy limitados contextos culturales que abonen la aplicación de esta figura.

En este sentido, debemos traer a colación la SAP Guadalajara 9 noviembre, en la que se excluyó la aplicación del error de prohibición a un padre que golpeó con un cinturón a su hija cuatro años por negarse a comer, causándole hematomas en el glúteo. En esta oportunidad, la Sala determinó que el padre estaba: "… integrado en nuestro país, desarrollando una actividad laboral, con un núcleo familiar y unas relaciones normales que coadyuva a rechazar el error invocado, sin que sea relevante cuál haya sido la educación recibida de sus padres al responder a otra época y otro entorno cultural…"[73].

En quinto lugar, haremos obligada referencia a la circunstancia de arrebato, obcecación y otros estados pasionales. Qué duda cabe que un gran número de agresiones causadas por los padres a sus hijos obedecen a la falta de control ante determinadas situaciones especialmente conflictivas o especialmente estresantes.

Fiel exponente de este parecer la SAP Vizcaya 28 enero 2015, que absolvió al padre de una menor de cuatro años a la que propinó dos cachetes ante una rabieta intensa, apreciando la Sala la concurrencia de una circunstancia de arrebato, al verse el progenitor desbordado por tal situación[74]. Sobre este particular, debemos manifestar que discrepamos de esta línea argumentativa, dado que se trataría de una circunstancia que por su configuración penal únicamente posibilitaría la atenuación de la pena.

72 SAP Barcelona 28 abril 2009 (JUR 2009, 402535).

73 SAP Guadalajara 9 noviembre 2011 (ARP 2011, 1358).

74 SAP Vizcaya 28 enero 2015 (JUR 2015, 110520).

El análisis que realizamos en la vía penal no quedaría completo sin la referencia a otros supuestos en los que la actuación de los progenitores puede conculcar bienes jurídicos diferentes a la integridad física o moral de los menores protegidos en los preceptos que hemos venido comentado hasta el momento, como podrían ser la libertad ambulatoria o la intimidad.

De este modo, el castigar los padres al menor sin salir de casa por su mala conducta, en modo alguno atentaría contra su libertad, puesto que podría verse amparado por el estado de necesidad, al evitar, por ejemplo con ello, que salga del hogar a horas intempestivas. En estas hipótesis referentes a las detenciones ilegales, la doctrina considera su punibilidad cuando se cometen en su ejecución excesos temporales o modales[75].

De igual modo sucedería en el supuesto de que un progenitor accediese al contenido del teléfono móvil al tener indicios de que el menor mantiene una relación con alguien que pueda representar un peligro al menor. En este supuesto incluso creemos que podría aplicarse la exención de miedo insuperable, además del estado de necesidad anteriormente apuntado.

Con ello debemos manifestar que resultará esencial ponderar las circunstancias espacio-temporales y personales del caso concreto para poder dilucidar si la actuación de los padres puede subsumirse en alguna de las causas que hemos citado de exclusión de la pena.

Igualmente, en orden a la consecución de la impunidad paterna, existe doctrina muy reconocida que aboga por la inclusión en los textos punitivos de una causa personal de exclusión de la punibilidad, en los supuestos aislados de violencias leves ejecutadas por los progenitores sobre sus hijos con ánimo corrector[76].

Desde nuestra consideración no somos partidarios de esta opción, dada la actual tipificación del delito de maltrato de obra en el ámbito doméstico. Además mediante el empleo de esta exégesis quedaría abonada la posibilidad de que las violencias se reiterasen al no haber cumplido su pena los fines de prevención especial

Finalmente, desde este estudio jurídico penal, propugnamos que debiera procederse a una revisión de las penas aplicables a los delitos de maltrato de obra

75 En este sentido, Mirat Hernández, P.: "Referencia a las eximentes", cit., p. 206. De igual parecer, Boldova Pasamar, M.A.: "¿Queda algo?", cit., p. 81. Se trataría además de un atentado contra un derecho fundamental que en contadas ocasiones quedaría amparado bajo el abrigo del derecho de corrección tal y como explica Tamarit Sumaya, J.: "Comentario al art. 163 del CP", BIB 2008/3116, *Aranzadi Instituciones*, p. 5.

76 Se muestra partidario de esta tesis como propuesta de lege ferenda en relación con el Derecho alemán Roxin, K.: "La calificación jurídico-penal de la corrección paterna", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2005, 2ª época, núm. 16, p. 241.

y demás figuras de naturaleza leve contenidas en la legislación penal. Respecto de esta cuestión, consideramos que en los casos de violencias leves debiera apostarse por la aplicación de otras penas menos lesivas y más eficaces, con carácter preferente para evitar de este modo las perniciosas consecuencias de las penas privativas de libertad o de la inhabilitación de la patria potestad, que aún siendo de escasa entidad, provocarían perjuicios difícilmente solventables.

Además, entendemos que la aplicación de estas penas difícilmente conduciría a la rehabilitación del penado, dado que vienen configuradas con una duración breve, por lo que además, en el supuesto de la pena de prisión, de no ser viable la suspensión de la misma, conlleva el riesgo del consabido contagio criminógeno. Igualmente subsistiría la problemática de la existencia de un menor conflictivo necesitado de corrección.

Consecuentemente, abogamos por el empleo de la de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por cuanto, de conformidad con el art. 49 CP, puede consistir en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

Estos programas debieran versar, de acuerdo con los resultados en obtenidos en la presente investigación, sobre las técnicas operantes relativas a la corrección de la conducta de los menores, así como en terapias de control emocional dirigidas a los progenitores condenados.

Si bien bajo el entendimiento de que dichos programas debieran involucrar a todos los miembros de la unidad familiar, dado que las carencias no suelen presentarse en ocasiones únicamente en la figura del penado, debiéndose por ello contar con la preceptiva asistencia profesional, mediante por ejemplo, la implicación en los mismos de los servicios sociales.

En este sentido, destacamos por su novedad e implicación, la SAP Málaga 13 octubre 2016, que si bien absolvió a una madre por propinar una bofetadas a su hija al sorprenderla de madrugada viendo la televisión, al entender que pretendía con ello evitar los perjuicios que ello conlleva para la menor, dio cuenta a los servicios sociales para que facilitasen a la madre las pautas necesarias para la corrección de la conducta disruptiva de la menor[77].

Propugnamos que en relación con los supuestos, con independencia de la condena o absolución de los progenitores, en los que se vislumbre una problemática de esta índole, se solicite la intervención de los servicios sociales, como uno de las vías de posible solución de la misma.

77 SAP Málaga 13 octubre 2016 (JUR 2017, 98108).

Igualmente destacamos el considerable papel que en este orden de cosas puede jugar el mecanismo de la suspensión de la pena, al supeditarlo, de "lege ferenda", y de forma análoga al supuesto contemplado en el art. 83.6ª para los delitos de violencia de género, al sometimiento por pate del penado a la participación de programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales, de igualdad de trato y no discriminación y otros similares. Como puede observarse, dicha previsión supondría un importante estímulo para el seguimiento de estos programas por parte del penado.

2. Criterios jurisprudenciales dominantes en torno al derecho de corrección tras la reforma del art. 154 CC mediante la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, de 28 de diciembre: especial referencia a las agresiones de carácter leve efectuadas con fines educativos.

Mediante la supresión del derecho de corrección del Código civil y la tipificación como delito del maltrato de obra, injurias leves, coacciones y amenazas en el ámbito familiar, hemos indicado con anterioridad que se ha prohibido expresamente en nuestro país la posibilidad de aplicar métodos violentos en la educación de los menores, por muy exigua que sea la misma. No obstante lo anterior, los tribunales penales continúan justificando ciertas conductas paternas agresivas que consideramos inadmisibles en la educación de los menores.

A continuación procederemos al análisis de las resoluciones más relevantes de la jurisprudencia menor y del Tribunal Supremo recaídas a partir de la reforma de 2007, en relación con la aplicación del art. 153 CP, dedicado a los malos tratos en el ámbito familiar, en relación con la apreciación de la eximente de obrar en ejercicio de un derecho, dado que deviene necesario conocer los criterios jurisprudenciales dominantes tras la supresión del derecho de corrección en el art. 154 CC.

Como carácter previo conviene destacar que los tribunales consideran plenamente vigente el derecho de corrección paterno, incardinándolo o incluso identificándolo con el derecho-deber de educación, pese a la supresión legal apuntada.

De este modo destacamos la SAP Madrid 10 febrero 2011, al determinar expresamente que "… el término corrección ha de ser asumido como sinónimo de educación…"[78].

En otras ocasiones, se reconoce la existencia de la facultad correctora paterna incardinándola en el instituto de la patria potestad. En este sentido traemos a

78 SAP Madrid 10 febrero 2011 (ARP 2011,1103).

colación la SAP Tarragona 22 marzo 2012, la cual en este orden de cosas precisa que "… parece indudable que la facultad de corrección (ejercida de forma razonable y moderada) es inherente al ejercicio de las funciones propias de la patria potestad…")[79].

Estas concepciones han sido recogidas por la STS 8 enero 2019, incluso haciendo derivar el derecho de corrección del deber de obediencia de los hijos respecto de los progenitores, en los siguientes términos: "…. En conclusión, debe considerarse que el derecho de corrección, tras la reforma del art. 154.2 in fine C. Civil, sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE y como contrapartida del deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 C. Civil, únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos"[80].

También resulta indispensable anticipar que los tribunales consideran excesivas y por lo tanto subsumibles en el art. 153 CP las agresiones realizadas mediante el empleo de objetos contundentes o las dirigidas a zonas sensibles, como sería el caso del centro de la cara, tal y como se analizarán a continuación. Sobre este particular, debemos mencionar que la postura de la jurisprudencia anterior a la reforma de 2007 se erigía en este sentido, rechazando la justificación de las agresiones a los menores mediante el empleo de objetos contundentes[81].

De este modo, a título ilustrativo, citaremos la SAP Barcelona 31 octubre 2006, mediante la que se condenó a un padre que golpeó a su hijo, al faltarle éste el respeto, con un cinturón en el trasero causándole policontusiones que requirieron una primera asistencia facultativa, reposo y crioterapia, tardando en curar cinco días[82].

En cuanto a esta tipología de agresiones, debemos indicar que lamentablemente encontramos un buen número de sentencias condenatorias en las que se emplean por ejemplo cinturones en la ejecución de las agresiones, si bien parece que su número ha decaído en los últimos tiempos[83].

79 SAP Tarragona 22 marzo 2012 (ARP 2012, 388).

80 STS 8 enero 2019 (JUR 2010, 16864).

81 García Sánchez, M.D.: "Derecho de corrección", cit., pp. 331-332, realiza un análisis muy clarificador sobre los criterios empleados jurisprudencialmente para considerar punible los excesos paternos, entre los que se encuentra la no utilización de objetos o instrumentos tales como cinturones o zapatillas.

82 SAP Barcelona 31 octubre 2006 (JUR 2007, 182801).

83 Así podemos hacer mención a las siguientes resoluciones judiciales condenatorias: SAP Madrid 27 abril 2009 (ARP 2009, 660), por golpear a la hija de siete años en dos ocasiones al haber suspendido los exámenes, SAP Guadalajara 9 noviembre 2011 (ARP 2011, 1358), al haber pegado a la hija por negarse a comer y 21 diciembre 2012, (ARP 2013, 345) y SAP Ciudad Real 19 diciembre 2013 (ARP 2013, 1495). En este bloque también incluiríamos la SAP Madrid 16 noviembre 2011 (ARP 2012, 31), que condenó a una madre por golpear a su hijo con un cable de ordenador.

Siguiendo la línea argumentativa que comentamos, merece la pena mencionar el Auto AP Madrid 23 febrero 2009, el cual señala el exceso que cometió un padre al agredir a su hija de siete años reiteradamente en los muslos con un objeto metálico o de madera[84].

En cuanto a la ausencia de justificación apreciada por parte de los tribunales en las hipótesis de golpes dirigidos a zonas tan sensibles y desprovistas de protección como los ojos o la boca, destacamos por ejemplo, la SAP Ciudad Real marzo 2009, mediante la que se condenó a la pareja sentimental de la madre por propinar a una menor, frente a la actitud agresiva de la misma, un golpe en la nariz causándole una contusión[85].

Asimismo, la SAP Almería 9 marzo 2018 juzgó el bofetón en la boca efectuado por el padre a su hija menor por realizar un comentario que no resultó de su agrado[86]. O incluso la SAP Murcia 13 junio 2018, que sancionó al padre por asestar a su hija un golpe en la cara que le produjo un eritema palpebral con hemorragia conjuntiva en el ojo y eritema en la región nasal[87].

A partir de este momento expositivo, centraremos el estudio en las conductas paternas más controvertidas, es decir aquellas en las que se emplea una violencia de menor entidad que las explicadas con anterioridad, dado que las agresiones de magnitud superior quedarían subsumidas en la figura de los malos tratos habituales, así como de los diversos tipos de lesiones contemplados por la normativa penal.

Nos estamos refiriendo con ello a las acciones consistentes, a modo de ejemplo, en abofetear, pellizcar, empujar o agarrar con cierta violencia a los menores, con el objeto de reprimir una conducta previa inadecuada de éste, es decir con una pretendida finalidad educativa.

Sobre este particular, como presupuesto necesario, debemos especificar que los tribunales no amparan bajo el abrigo de la causa de justificación del art. 20.5 CP las conductas no estén presididas por el mencionado ánimo corrector.

Así las cosas, resulta especialmente significativa la SAP Granada 22 de mayo 2017, al determinar que la agresión efectuada por la madre a su hija menor, agarrándola de las manos y del cabello para que no se marchase, estuvo presidida por la finalidad de evitar que se fuera con su padre. Esta circunstancia motivó la condena de la progenitora, indicándose expresamente que la acusada debió

84 Auto SAP Madrid 23 febrero 2009 (JUR 2009, 170554). En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Juzgado de lo Penal Málaga 11 septiembre 2017 (ARP 2017, 883), al sancionar a un padre por los golpes propinados con un palo a su hijo menor de once años.

85 SAP Ciudad Real marzo 2009, (JUR 2009, 207187).

86 SAP Almería 9 marzo 2018 (ARP 2018, 1356).

87 SAP Murcia 13 junio 2018 (JUR 2018, 232347).

acudir a los tribunales para adoptar las medidas oportunas, dado que existía una resolución que le otorgaba la custodia de la menor, no debiendo haber ejercitado las vías de hecho[88].

Dicho lo anterior, podemos señalar que en un primer momento y tras la consabida reforma del Código Civil de 2007, ante las agresiones paternas de menor relevancia, se ha apostado por parte de los tribunales, en no pocas ocasiones, por la impunidad de las conductas sobre la base de la aplicación del principio de intervención mínima o de insignificancia.

En este orden de cosas, destacamos, entre otras, la SAP Tarragona 22 marzo 2012, a enjuiciar al padre por abofetear a su hijo de diez años ante una conducta irrespetuosa con una amiga. Esta resolución reconoce curiosamente la tipicidad de la conducta, si bien aplica el principio de insignificancia para dejar impunes los hechos[89].

A la insignificancia de las acciones y al principio de intervención mínima también se refiere la SAP Ciudad Real 23 marzo 2009, entendiendo que de este modo se justificaría la impunidad de un cachete, bofetada o simple azote en estos términos: "… sin que el hecho de que en algunos supuestos de insignificancia de la acción, como un cachete o un simple azote o una simple bofetada sin intención de producir un menoscabo físico por su levedad y que no causan lesión propinadas con intención de corregir un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor que hace proporcionada tal acción, no merecen reproche penal, -que no olvidemos sólo podría ser calificado como un delito en el ámbito familiar contemplado en el art. 153, conforme a las modificaciones legislativas en esta materia-, justificándose la absolución en la impunidad del hecho por aplicación del de intervención mínima …"[90].

Desde nuestra consideración discrepamos de esta postura, y ello sobre la base de dos argumentos principales que a continuación expondremos.

En primer lugar, y en cuanto al principio de intervención mínima, debemos manifestar que el mismo tiene como destinatario al legislador, siendo por tanto un criterio rector a la hora de tipificar las conductas en sede penal. Este parecer resulta compartido por resoluciones judiciales tales como la SAP A Coruña 19 septiembre 2017[91].

88 SAP Granada 22 de mayo 2017 (JUR 2018, 179509).

89 SAP Tarragona 22 marzo 2012 (ARP 2012, 388).

90 SAP Ciudad Real 23 marzo 2009 (JUR 2009, 207187).

91 SAP A Coruña 19 septiembre 2017 (RJ 2017, 254007).

La STS 8 de enero de 2019 se ha manifestado sobre esta cuestión de manera explícita y contundente: "… Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como última ratio, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es el juez sino el legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y de las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia de descriminalización de ciertos actos -los llamados delitos bagatelas o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio…"[92].

En segundo lugar, por lo que respecta al denominado principio de insignificancia, entendemos que precisamente el legislador español mantiene precisamente contraria a la aplicación de este principio en la regulación vigente, al haber elevado a la categoría de delito un notable número de conductas, que precisamente con anterioridad se consideraban faltas, es decir infracciones de escasa trascendencia. Debido a ello, podemos afirmar que en la actualidad nos encontramos ante una legislación penal de intervención máxima en relación con las violencias desplegadas en el seno familiar, por lo que no resulta factible la apelación a dicho principio al objeto de exonerar las acciones violentas de menor entidad contra los menores[93]. Por tanto, estas conductas entrarían de lleno en el ámbito de aplicación de la figura del maltrato de obra, recogido expresamente como delito en el art. 153 CP.

Además precisamente, siendo este un dato de especial relevancia, el legislador sabedor de esta realidad, ha previsto expresamente, para el supuesto de concurrencia de hipótesis de menor entidad, el apartado 4 del art. 153 CP, el cual contiene la posibilidad de atenuar la pena imponiéndola en su grado inferior, en atención a las circunstancias del hecho y del autor[94]. Otra interpretación en apoyo de la despenalización de las conductas de carácter leve dejaría vacía de contenido este precepto.

92 STS 8 enero 2019 (JUR 2010, 16864).

93 Comparte esta postura Boldova Pasamar, M.A.: "¿Queda algo?, cit., p. 75.

94 Art. 153.4: "No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado".

Precisamente este tipo de penalidad aminorada fue considerado de aplicación por la SAP Barcelona 24 octubre 2016, a un supuesto en el que el padre golpeó a su hija por no querer ducharse, no causándole lesión alguna. La Sala coligió que "… En efecto, es cierto, que no es de recibo que una niña de trece años no quiera ducharse. La edad preadolescente es ciertamente difícil, así como la falta de aseo personal ciertamente reprochable, y más cuando, a lo anterior se suma el uso del móvil. Sin embargo, el derecho de corrección del padre no le autoriza para llegar a las manos, aunque la menor consiga que pierda los nervios, pues el adulto es el padre, quién tiene que educar a la niña, y hacerle ver que la gestión de situaciones tensas no se arreglan a golpes, pues en definitiva, ese es el mensaje que la menor recibe, aprende y aplicará …", y más adelante cuando establece que "… En consecuencia con lo anterior, lo que ningún modo es aceptable y merece el correspondiente reproche penal es la utilización del castigo físico, ni utilizar la fuerza, aunque sea de modo leve, para conseguir el aseo de la niña, puesto que esa acción no puede considerarse comprendida dentro de los conceptos de razonabilidad y moderación establecidos en la legislación civil para justificar el derecho de corrección que ostentan los padres sobre los hijos sometidos a su potestad…"[95].

También se empleó esta figura penal por parte de SAP A Coruña 19 septiembre 2017, ante una conducta materna consistente en propinar dos bofetadas sin más consecuencias a su hijo durante una discusión, coligiendo la existencia en este caso de un delito de maltrato de obra contenido en el art. 153.4 CP[96].

En este orden de cosas también resulta de notable interés traer a colación la SAP Madrid 29 julio 2018, que utilizó el precepto aludido para minorar la pena a imponer a un padre que, de forma excepcional abofeteó a su hija, al perder los nervios por su falta de respeto, causándole un eritema que no consta que necesitase ni siquiera una primera asistencia facultativa, consignándose que únicamente existió un informe que objetivó la presencia del eritema en cuestión[97].

Dicha resolución considera expresamente, respecto de la actuación del progenitor que la misma "… excede de la conducta que en la época actual podemos considerar socialmente adecuada, puesto que como razona el Juez a quo, la menor pudo desobedecerle o faltarle al respeto, pero ni llevó a cabo actos peligrosos contra ella, su padre o terceros, ni puso manos en el acusado. Se trataba de una discusión verbal en la que hoy recurrente, como bien reconoció, perdió los nervios y la golpeó, actuación que no puede ser amparada por el derecho de corrección…".

95 SAP Barcelona 24 octubre 2016 (JUR 2017, 33856).

96 SAP A Coruña 19 septiembre 2017(JUR 2017, 254007).

97 SAP Madrid 29 julio 2018 (JUR 2018, 227801).

De igual modo, la SAP Navarra 5 octubre 2018, haciéndose eco de la doctrina emanada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 8 de noviembre de 2015, subsume la acción de abofetear dos veces a la hija por parte de su padre en el art. 153 CP, bajo el entendimiento de que se trata de un acto violento que menoscaba la integridad física[98].

Por su parte, la SAP Madrid 26 abril 2018 también aplicó el mencionado tipo atenuado contenido en el art. 153.4 CP al enjuiciar la conducta desplegada por una madre que forcejeó con su hija para que le entregase el móvil, resultando únicamente eritemas y esquimosis sobre la menor. La Sala consideró especialmente la excepcionalidad de la agresión y el hecho de que la comisión de orientación de la casa de acogida en la que estaba la menor propusiese el regreso de la misma al domicilio familiar. Esta Sentencia manifiesta abiertamente que una bofetada se integraría en el concepto de maltrato de obra, resultando por ello punible en virtud del art. 153 CP, citando para ello la significativa SAP Córdoba 30 junio 2016[99].

Comparte la misma línea argumentativa la SAP Albacete 13 septiembre 2017, en la que se critica la posición de las Audiencias Provinciales al mantener la impunidad de la conducta consistente en bofetadas o cachetes, en los siguientes términos: "… Es cierto que algunas Sentencias de Audiencias Provinciales han concluido, en base a distintos criterios (como el de insignificancia, arrebato paterno, etc.), en la atipicidad de dichas conductas (como dar un cachete, ante una situación que el menor, efectivamente, se estaba portando de forma inadecuada – Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, de fecha 10 de febrero de 2011 (ARP 2011, 1103), que versaba precisamente, sobre un cachete o bofetada, que dio el padre al hijo, sin que se justificara lesión alguna- o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª, de fecha 22 de marzo de 2012 (ARP 2012, 388) en la que se enjuiciaba a un padre por haber dado a su hijo una bofetada en la mejilla, o la SAP de Vizcaya de 28 de enero de 2015), pero tan discutibles conclusiones, contrarias a las normas y principios jurídicos antedichos…"[100].

No obstante las resoluciones apuntadas, encontramos incluso otros fallos condenatorios notablemente más restrictivos respecto del actuar paterno, al subsumir hechos de semejante gravedad en el tipo penal contenido en el art. 153.2 CP.

En sentido se manifestó la SAP Murcia 9 octubre 2012, al condenar a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad con una duración de treinta y un días,

98 SAP Navarra 5 octubre 2018 (ARP 2019, 129). En el mismo sentido la SAP Vizcaya 28 mayo 2018 (JUR 2018, 212796).

99 SAP Madrid 26 abril 2018, (ARP 2019, 468) y SAP Córdoba 30 junio 2016 (ARP 2016, 1074) respectivamente.

100 SAP Albacete 13 septiembre 2017 (JUR 2017, 260007).

prohibición de acercamiento a menos de trescientos metros y de comunicación por tiempo de seis meses, así como de la tenencia y porte de armas durante dos años, por aplicación del art. 153.2 CP, a un padre que golpeó a su hija en ambos lados de la cara por no querer terminar de comer el almuerzo[101].

Como podemos observar, estas resoluciones son fruto de la tendencia de nuestros tribunales, más acusada en los últimos tiempos, por la que hemos podido constatar el rechazo de plano de todo tipo de violencia vertida sobre los hijos menores, aún desplegada levemente y dotada de una finalidad correctora.

Igualmente, la STS 8 enero 2019 recientemente se ha manifestado sobre el alcance del derecho de corrección, al sancionar la conducta de un padre que asestó una bofetada a su hija causándole u hematoma en la zona auricular, así como eritema[102].

Consecuentemente, en la actualidad y siendo respetuosos son el principio de legalidad vigente en toda su extensión en el ámbito penal, el derecho de corrección carece de virtualidad como mecanismo justificador de las violencias paternas, por nimias que sean. Es por ello que no compartimos el parecer de los tribunales todavía que soslayan la aplicación de los tipos penales vigentes.

Hemos apuntado que nuestros tribunales son conscientes de las graves consecuencias de la entrada del Derecho Penal en el ámbito familiar, de la falta de preparación en la educación no violenta por parte de los progenitores, así como de la arraigada convicción social existente todavía en nuestro país de que un azote puntual y a tiempo posee resultados terapéuticos beneficiosos.

Esta preocupación incluso se expresa abiertamente en algunas resoluciones judiciales, dado que no olvidemos que la aplicación del art. 153 lleva aparejada necesariamente la pena de alejamiento de menor. Esta inquietud se percibe en la SAP Ciudad Real 26 febrero 2009, al apuntar, para evitar estas perniciosas consecuencias que comentamos, hacia la posibilidad de solicitar un indulto parcial para la madre condenada y la suspensión de la pena en tanto en cuanto se consiga dicha medida de gracia[103].

Este parecer también se expresa por parte de la SJ de lo Penal de Pamplona, 12 julio 2013, al juzgar la acción consistente en dos cachetes que un padre dio a su hija esquizofrénica para que no saliera sola a la calles, y determinar que "… Por todo ello debemos concluir que la acción desplegada por el padre, si bien no es la ideal (mucho menos si asestó dos golpes por leves que fueran) no puede enmarcarse

101 SAP Murcia 9 octubre 2012 (JUR 2012, 378467).

102 STS 8 enero 2019 (JUR 2010, 16864).

103 SAP Ciudad Real 26 febrero 2009, (JUR 2009, 197206).

en sede penal con las consecuencias tan nefastas que produce esta solución especialmente a la vista de la imperativa medida de alejamiento a imponer por aplicación necesaria del art. 57.2 CP…"[104].

Quizás, en nuestra opinión, en esta ocasión debió llegarse a la impunidad de la conducta valorando por parte del juzgador la pertinencia de la aplicación de la figura del estado de necesidad justificante.

Consideramos, de acuerdo con la posición mantenida en este trabajo, que sería preferible abogar en el empleo de otras instituciones penales a estos supuestos para conseguir la impunidad de los progenitores o minorar la respuesta punitiva, tales como el estado de necesidad, el error de prohibición e incluso el trastorno mental transitorio o la atenuante de obcecación u otros estados pasionales, puesto que a día de hoy, el simple maltrato de obra ejercido sobre los menores está tipificado como delito.

Consecuentemente, no compartimos la argumentación de eludir la punición de estas conductas en base al principio de insignificancia o de intervención mínimo, dado que precisamente conductas al parecer nimias se han elevado a la categoría de delito. Asimismo destacamos el especial énfasis del legislador al tipificar las diversas modalidades delictivas vigentes de menor levedad, a través de las paulatinas reformas legislativas operadas[105].

Entendemos que no es de recibo que la sociedad muestre abiertamente su repulsa por la comisión de estas agresiones frente a sujetos mayores de edad y pretenda justificar las mismas acciones dirigidas contra los menores. Sobre este particular, resulta especialmente significativa la aclaración que se realiza en la Observación núm. 8-14, al determinar que "… Cuando se trata de nosotros, los adultos, sabemos muy bien distinguir entre una acción física protectiva y una agresión punitiva; no resulta más fácil hacer esa distinción cuando se trata de los niños"[106].

Tal y como pusimos de manifiesto, las recientes investigaciones psicológicas en esta materia no comparten la aplicación del castigo físico ni siquiera carácter leve y revelan la improcedencia junto con las perniciosas consecuencias para los menores del uso de la violencia contra los mismos, por tibia que sea, no obstante pretender alcanzar con ella finalidades educativas.

104 SJ de lo Penal de Pamplona 12 julio 2013 (ARP 2013, 889).

105 En este sentido destaca en esta materia a voluntad del legislador de llevar a cabo un Derecho Penal de intervención máxima, Boldova Pasamar, M.A.: "Queda algo", cit., p. 75.

106 Observación General (2006) núm. 8. 14 del Comité de los Derechos del Niño: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.

Con ello debemos poner de manifiesto la imperiosa necesidad de dotar a los progenitores de técnicas educativas no violentas, lo cual debiera implementarse incluso con anterioridad al nacimiento de la prole, a través de los servicios sanitarios, como podría ser el caso de los talleres formativos en los hospitales impartidos por el personal especializado (pediatras, matronas, psicólogos) a los futuros padres, así como también a nivel educativo, tanto en los jardines de infancia como en los centros docentes, mediante las denominadas escuelas de padres[107].

Al mismo tiempo, desde el punto de vista jurídico, y para poder evitar los efectos perniciosos de la legislación penal, dada la tipicidad de las conductas, deviene urgente la reforma del art. 153 CP, de manera que se dosifique de una forma más precisa la respuesta punitiva en función de la intensidad de la agresión.

De este modo, la pena de prisión o de alejamiento del menor debería excluirse en los supuestos de escasa levedad que comentamos (recordemos que la prohibición de acercarse al menor, por aplicación del art. 57.2 en relación con el 48.2 resulta de imperativa aplicación y con una duración mínima prevista de cinco años para los delitos menos graves), resultando más conveniente emplear en estos casos los trabajos en beneficio de la comunidad. Estas actividades pueden concretarse en la sumisión a programas formativos en materia de técnicas operantes en la educación del menor, igualdad o control de emociones. Incluso consideramos que debe preverse como requisito para la suspensión de las penas contenidas en el art. 153 CP, la asistencia obligatoria a dichas actividades de carácter pedagógico.

Y desde el punto de vista de la regulación civil, sería muy aconsejable volver a la inclusión expresa del derecho de corrección en el art. 154 CC, identificando este concepto con el de educación, orientación y enmienda de la actuación del menor, el cual no podría consistir, bajo ningún concepto, en el empleo de la violencia por parte de los progenitores.

IV. CONCLUSIONES.

La evolución social de los últimos tiempos se ha caracterizado por la progresiva adquisición de una mayor sensibilidad entorno al bienestar y necesidades de los menores de edad.

De este modo el legislador español, aún habiéndose mostrado benevolente hacia los mismos desde tiempos remotos, ha venido atemperando progresivamente, al abrigo de la tendencia latente en el ámbito internacional, el rigor de la facultad

107 Así lo manifiesta la doctrina psicológica, siendo buen ejemplo de ello al apuntar a la necesidad de enseñar la improcedencia del castigo corporal y el aprendizaje de técnicas correctivas no violentas Sauceda-García, J.M., Olivo-Gutiérrez, N.A., Gutiérrez, J. y Maldonado-Durán, J.M.: "El castigo", cit., p. 387.

de corrección de los progenitores sobre los menores, al compás también de la democratización de la vida doméstica, hasta el punto de hacer desaparecer de la normativa vigente cualquier dosis de violencia en los modelos educativos.

Fruto de ello es la desaparición literal del derecho de corrección del Código Civil, al haberse entendido éste en un sentido muy reducido y exclusivamente referido a los castigos físicos, así como el notable incremento de la intensidad y tipología punitiva al tipificarse como delito, entre otros, el maltrato de obra aplicado sobre los hijos.

Esta articulación legislativa obedece al esquema internacional imperante, consciente de la necesidad de la educación en la no violencia de los menores, reflejo a su vez de las posiciones dominantes en materia de Psicología del aprendizaje.

Ahora bien, entendemos que la sociedad española actual no participa en términos generales de esta concepción plasmada a nivel legislativo, existiendo todavía en la conciencia colectiva de nuestro país la conveniencia e incluso la necesidad de aplicar procedimientos violentos, si bien con mesura y proporcionalidad, en la educación de los menores.

Creemos que esta realidad es la que ha condicionado tradicionalmente buena parte de las decisiones judiciales en nuestro país, siendo estos operadores jurídicos los en ocasiones han aceptado ciertas dosis de violencia, debido asimismo a la bienintencionada voluntad de evitar la irrupción del derecho penal en el seno familiar, máxime cuando nos encontramos ante conductas que son consideradas socialmente adecuadas.

En nuestra opinión, es posible que en ocasiones deba quedar impune o atenuada una conducta violenta de baja intensidad ejercida por un progenitor sobre su hijo, pero no bajo el abrigo del principio de insignificancia o del derecho de corrección, sino desde la perspectiva del estado de necesidad, el error de prohibición o la concurrencia de obcecación u otros estados pasionales.

Insistimos con ello en la tipicidad del maltrato de obra. Si el mismo no resulta tolerado cuando se causa a los sujetos mayores, con más fundamento debe proscribirse respecto de los menores, como sujetos especialmente vulnerables, sin capacidad de poder sustraerse por sí mismos del maltrato, y que además se causan en el seno familiar, que bien debiera ser siempre un baluarte exento de todo tipo de agresiones en el que los mismos pudieran desarrollarse adecuadamente.

Si no deseamos que la violencia continúe caracterizando la sociedad en que vivimos (y cada vez de forma más alarmante), no resulta de recibo enseñar a los menores a resolver los conflictos mediante el empleo de la fuerza y mucho menos

dejar impunes estas conductas. En nuestra opinión ha de producirse una profunda reflexión ante la realidad existente, puesto que estos modelos educativos basados en el esquema del dominio y la sumisión violentos no hacen más que perpetuar atroces lacras sociales, tales como la violencia de género, el mobbing o el acoso escolar, los cuales atacan los principios esenciales del estado democrático.

La legislación vigente tampoco resiste los resultados de la tasa de maltrato hacia los hijos, la cual se va incrementado progresivamente, así como, desgraciadamente, el número de hijos fallecidos a manos de sus progenitores. Todas circunstancias obligan a una revisión urgente de la normativa en vigor.

Quizás incluso, exista un efecto pernicioso derivado de la supresión de la potestad correctora paterna, dado que ha propiciado en ocasiones la implementación de estilos parentales marcadamente permisivos. Asimismo, esta circunstancia bien pudiera haber favorecido el incremento de menores carentes de los límites necesarios en su educación, al abstenerse los padres de corregir a los hijos, al no contar con otras alternativas al margen de la violencia, o en el peor de los casos ha derivado en empleo de violencias extremas frente a las conductas disruptivas agravadas progresivamente.

A su vez, esta ausencia de normas de conductuales puede erigirse en una de las causas del aumento significativo del número de casos de violencia de los hijos de carácter despótico contra los progenitores, basado en el denominado síndrome del niño emperador, teniendo en cuenta además que estos patrones violentos se trasladan con posterioridad a los centros educativos y en el futuro, con probabilidad a cualquier ámbito de actuación del sujeto.

El derecho de corrección continúa vigente como no podía ser de otro modo, pero debiendo ser entendido como derecho-deber de educación perteneciente principalmente a los progenitores, presidido su ejercicio por el superior interés del menor y limitado por el respeto a la integridad física y psíquica del mismo.

Por supuesto se debe corregir a los menores, pero con los límites que establece la legislación. Ello significa que en la actualidad queda proscrita cualquier tipo de violencia sobre el menor en el aprendizaje de la conducta adecuada. No obstante lo anterior, queda expedito el camino para la aplicación de otros procedimientos correctivos respetuosos con los derechos de la progenie. De este modo serían admisibles entre otras, con arreglo a lo establecido por la más reconocida doctrina psicológica de la actualidad, las técnicas consistentes en la denominada economía de fichas y los contratos de contingencias, y ello debido a los notables resultados pedagógicos alcanzados mediante las mismas.

Además, debemos manifestar que los progenitores necesitan condiciones espacio-temporales favorables para poder recibir e implementar estos conocimientos técnicos mediante programas y talleres de apoyo a las familias, y ello incluso antes del nacimiento de los hijos.

En cuanto al derecho positivo que hemos analizado en este trabajo, propugnamos la reforma de la legislación penal en el sentido de que los supuestos más leves de agresiones contra los menores, subsumibles en el tipo de maltrato de obra, tales como abofetear, agarrar con fuerza o empujar al menor, lleven aparejada la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, concretándose éstos por los tribunales en la sumisión del condenado a programas formativos sobre técnicas operantes en la educación de los menores, igualdad o control de emociones. Ello implica a su vez, la supresión de la pena de alejamiento en estos supuestos de carácter leve.

Asimismo, debemos indicar que sería conveniente establecer la necesidad de participar en dichas acciones pedagógicas como requisito para la obtención de la suspensión de las penas previstas en el art. 153 CP.

Igualmente propugnamos que desde los tribunales penales se activen los mecanismos necesarios, fundamentalmente a través de los servicios sociales, para la enmienda de las conductas disruptivas de los menores, con independencia respecto de la absolución o condena de los progenitores encausados.

Y desde el punto de vista de la regulación civil, entendemos que deviene necesario, para poder dotar de seguridad al sistema, a los operadores jurídicos y a la sociedad, volver a la inclusión del derecho de corrección en el art. 154 CC, bien como parte integrante del deber de educación, o bien identificándolo con este cometido, para quizás de este modo evitar cualquier tipo de suspicacias ante los organismos internacionales protectores de la infancia. Finalmente, consideramos que ha de realizarse mención expresa a la prohibición del empleo de cualquier tipo de violencia por parte de los progenitores sobre los hijos, aún con fines educativos.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBERT, M.: "Técnicas de modificación de la conducta", pp. 305-317, disponible en http://www.praderwilliar.com.ar/archivos/libro/DOCS/pdf/ANEX-V.pdf, consultado el 1.3.2020.

ALGARRA PRATS, E.: "La corrección de los hijos en derecho español", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2010, pp. 1-14, disponible en http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/delivery/offload/get?_=1574256322274, consultado el 15.3.2020.

ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMENECH, J.: "Libertad de los hijos en la familia: deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres. Situación en el derecho español", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. , febrero, 2016, pp. 59-74.

ÁLVAREZ ARBOLEDA, L. M.: "El estudio del aprendizaje desde el modelo asociacionista y el modelo funcionalista: un recorrido histórico", *Informes Psicológicos*, núm. 9, Ene-Dic, 2007, Universidad de Puerto Rico, San Juan, pp. 121-129.

BADOS, A. y GARCÍA-GRAU, E.: *Técnicas operantes, Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos*, Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona, pp. 2-45, disponible en http://diposit.ub.edu, consultado el 5.2.2020.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El deber de corrección, obediencia y respeto en la patria potestad", *Menores violentos ¿un tema menor? Violencia filioparental y uso indebido de la tecnología*, The family watch Instituto Internacional de estudios sobre la familia, 2016, Madrid, pp. 27-60, disponible en https://www.sepeap.org, consultado el 17.4.2020.

BOLDOVA PASAMAR, M.A.: "¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, núm. 5, 2011, pp. 55-96.

DARRIBA FRAGA, G.: "El derecho de corrección de los padres sobre los hijos", pp. 1-38, disponible en http://portal.uned.es, consultado el 1.12.2019.

CEREZO MIR, J.: "La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T 40, Fasc/Mes 2, 1987, p.p. 273-300, disponible en htpps://dialnet.unirioja.es, consultado el 1.4.2020.

Garcia Gallo, A.: "El fuero de Llanes", *Separata del Anuario de Historia del Derecho Español*, 40, 1970, pp. 241-268 disponible en https://dialnet.unirioja.es, consultado el 15.5.2020.

García Sánchez, M.D.: "Derecho de corrección paterno: Estudio de su alcance, evolución, pertinencia y límites jurisprudenciales", *Anuario de justicia de menores*, núm. 17, 2017, pp. 291-336.

Gutiérrez Romero, F.M.: "Agresiones mutuas en el ámbito de la pareja: ¿resultaría aplicable el art. 153.1 y 2 CP", BIB 2019/5474, *Aranzadi Instituciones*, pp.1-8, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es.publicaciones.umh.es, consultado el 18.5.2020.

Magro Servet, V.: "La privación de la patria potestad como medida civil aplicable al proceso penal", *Revista de Derecho y familia*, disponible en https://derecho.com, consultado el 11.4.2020.

Marín de Espinosa Ceballos, E.: "¿El fin del derecho de corrección en España?", *vLex España*, pp. 1-25, disponible en https://app.vlex.com, consultado el 10.5.2020.

Martínez Sánchez, I.: "Repercusiones del castigo físico sobre los hijos: influencia del contexto familiar", *Psicología Educativa*, Vol. 14, núm. 2, pp. 91-102, 2008.

Mirat Hernández, P.: "Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección", *Revista Penal México Doctrina*, núm. 6, marzo-agosto 2014, pp. 191-207.

Molino, P.: "Familias reconstituidas: (I) ¿Cómo tratar a los hijos de mi pareja?", *Blog*, disponible en https://universidaddepadres.es, consultado el 24.4.2020.

Núñez Paz, I.: "La no aplicación de la pena de muerte al parricida por razones religiosas. Una reflexión histórica sobre la larga pervivencia del parricidio en el derecho penal como delito autónomo", *Revista Penal*, núm. 25, enero, 2010, pp. 89-103.

Pichardo Martínez, M. C., Justicia Justicia, F. y Fernández Cabezas, M.: "Prácticas de crianza y competencia social en niños de 3 a 5 años", *Pensamiento psicológico*, Vol. 6, núm. 13, 2009, pp. 37-48.

Prats Canut, J.M.: "Comentarios al art. 23 del CP (Parte II)", *Comentarios al Código Penal (Tomo I),* 2008, Aranzadi, Pamplona, p. 3, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, consultado el 15.5.2020.

Ramírez, M.A.: "Padres y desarrollo de los hijos", *Estudios pedagógicos*, Vol. 31, núm. 2, pp. 167-177, 2005.

Rivero, F.: "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y madrastra", *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, núm. 4, 2011, pp.163-188.

Rocha Espíndola, M.: "La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 43-46.

Sauceda-García, J.M., Olivo-Gutiérrez, N.A., Gutiérrez, J. y Maldonado-Durán, J.M.: "El castigo físico en la crianza de los hijos. Un estudio comparativo", *Bol. Med. Infant. Mex*, pp. 382-388, disponible en htpps://www.mediagraphic.com, consultado el 1.2.2020.

Serrano García, J.A.: "Autoridad familiar de otras personas. Arts. 85 a 89", *Código de Derecho Foral de Aragón, Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, cood. por M.C. Bayod López, M.C. y J.A. Serrano García, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 210-222, disponible en http://estatuto.aragon.es, consultado el 15.5.2020.

Tamarit Sumaya, J.: "Comentario al art. 163 del CP", BIB 2008/3116, *Aranzadi Instituciones*, disponible en htpps://aranzadidigital.es.publicaciones.umh.es, consultado el 20.5.2020,

Roxin, K.: "La calificación jurídico-penal de la corrección paterna", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 16, 2005, pp. 233-242.

LOS DESACUERDOS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. LA ELECCIÓN DEL NOMBRE DE LOS HIJOS

THE DISAGREEMENTS IN THE EXERCISE OF THE CUSTODY. THE CHOICE OF THE NAME OF THE CHILDREN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 334-359

Juan José
NEVADO
MONTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El Código Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria establecen el procedimiento para resolver los conflictos por desacuerdos entre ambos progenitores en ejercicio de la patria potestad. En el presente artículo, se analizan la regulación sustantiva y la procesal que recogen ambas normas

En lo relativo a la imposición de nombre a los hijos rige la normativa especial del Registro Civil, diferente a la anterior, pues en caso de desacuerdo resolverá el encargado del Registro Civil sin someter la controversia a la intervención judicial.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad; desacuerdo; nombre propio.

ABSTRACT: *The Civil Code and the Voluntary Jurisdiction Law establish the procedure for resolving conflicts over disagreements between both parents in the exercise of parental rights. This article discusses the substantive and procedural regulation that both rules contain*

With regard to the imposition of names on children, the special regulations of the Civil Registry, different from the previous one, apply, because in case of disagreement the person in charge of the Civil Registry will resolve, without submitting the controversy to the judicial intervention.

KEY WORDS: *Custody; disagreement; own name.*

SUMARIO.- I. EL ART. 156 DEL CÓDIGO CIVIL.- II. EL ITER PROCEDIMENTAL.- III. LA ELECCIÓN DEL NOMBRE DEL HIJO COMÚN. - 1. Disposiciones normativas sobre el nombre y los apellidos.- 2. La doctrina de la DGRN.- 3. Las resoluciones del TS Y TC.- IV. CONCLUSIONES.

I. EL ART. 156 DEL CÓDIGO CIVIL.

El principio general de atribución a ambos padres de la titularidad de la patria potestad implica que las decisiones importantes concernientes a los hijos que afectan a su persona y bienes deben ser adoptadas de mutuo acuerdo por el padre y la madre, pero al ser esa exigencia irrealizable en términos absolutos se permite el ejercicio exclusivo en los actos ordinarios y en supuestos de urgencia.

La doctrina pone ejemplos como autorizar al hijo para salir al cine o pasar un fin de semana con la familia de un amigo, o dar el consentimiento para someter al menor a una operación urgente que no admite demora, en la que esperar a la autorización del otro progenitor puede poner en peligro la vida del hijo[1].

La regla del ejercicio conjunto de la patria potestad es *ope legis*, en consonancia con la atribución de la titularidad conjunta a ambos progenitores[2].

Para remediar los inconvenientes prácticos que pueden derivarse de dicha actuación conjunta, el legislador contempló, como hemos indicado, una regla general (actuación conjunta) con varias excepciones (permitiendo actuaciones aisladas y separadas a cada uno de los padres cuando se reúnen ciertos requisitos).

El esquema resultante es el de una regla de titularidad conjunta pero plagada de excepciones forzadas por la necesidad, la imposibilidad o, simplemente, por el pragmatismo, que desembocan en un auténtico ejercicio individual y solidario de la patria potestad, pues como se establecía en la Exposición de Motivos del

1 Serrano Alonso, E.: "Art. 156", en AA.VV.: *Comentario Del Código Civil* (coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2006, pp. 451-453.

2 Ballesteros de los Ríos, M.: "Art. 156", en AA.VV.: *Comentario Del Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 271-273.

• Juan José Nevado Montero
Doctorando en Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, UNED, Abogado. Correo electrónico: jnevado@icav.es

Proyecto de Ley de 1979 (BOCG de 14 de septiembre) sería impracticable exigir la actuación conjunta en todos los casos y situaciones.

El párrafo tercero del art. 156 CC[3] regula la solución de los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad.

Una de las lagunas a señalar del art. 156 CC es el caso en que en una situación de urgencia están los dos padres presentes, pero no se ponen de acuerdo. De poco vale decir que ha de primar el interés del menor, pues sobre eso versa la discusión, y de menos reconducir el supuesto a la decisión judicial, pues se ha de oír a los padres y, en su caso, al menor, lo que no resultaría posible por la premura[4].

Entre los desacuerdos posibles en el ejercicio de la patria potestad podríamos citar la fijación de domicilio de los menores; su educación religiosa o la práctica de actos de alguna confesión (bautismo, comunión); la asistencia a centros escolares públicos, privados o concertados; la elección de nombre; los tratamientos médicos a que deben someterse; el trabajo de los menores; su relación con determinadas personas; y tantas y tantas situaciones que admiten soluciones diferentes como se puedan plantear en el devenir cotidiano de cualquier familia.

Ab initio hay que señalar que la atribución de preferencia a alguno de los progenitores queda descartada por cuanto atentaría contra el principio de igualdad de ambos consagrado constitucionalmente.

La génesis de la solución adoptada por el CC hay que buscarla en la Resolución sobre la igualdad de los esposos en el Derecho Civil del Consejo de Europa (adoptada por el Comité de Ministros el 27 de septiembre de 1978, durante la 292ª reunión de los Delegados de los Ministros), que recomendó a los Estados Miembros "asegurar a los esposos derechos iguales cuando el derecho civil prevea disposiciones para resolver cuestiones en caso de desacuerdo entre ellos"[5].

En el ordenamiento español, se optó por atribuir al juez la decisión en los casos de divergencias, pues a pesar de los inconvenientes que puede suponer la intervención judicial en la familia y, en concreto, en el ámbito de la patria potestad, su decisión será objetiva, serena, autorizada e imparcial.

3 Art. 156. Párrafo tercero. "En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años".

4 Yzquierdo Tolsada, M.: "Art. 156", en AA.VV.: *Código Civil Comentado,* vol. I (coord. P. de Pablo Contreras), Aranzadi SA, Cizur Menor, 2016, pp. 794-804.

5 Secretaría General Técnica, Centro De Publicaciones: *Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 249-253.

El texto del precepto que reguló los desacuerdos en la Ley de 13 de mayo de 1981[6], se propuso por Díez Picazo, en abril de 1978, al Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación, atribuyendo la norma a los progenitores en pie de igualdad la posibilidad de acudir al juez en caso de discrepancias[7].

El art. 156 CC no atribuye al juez la posibilidad de tomar la decisión referente al menor, aunque lo hará de forma indirecta porque se otorgará esa posibilidad de decidir a uno de los progenitores después de haber escuchado la postura de cada uno de ellos.

Se prevé de forma expresa para el caso de que se produzcan desacuerdos reiterados, que el juez podrá atribuir el ejercicio de forma total o parcial de la patria potestad a uno de los progenitores o distribuir entre ambos sus funciones, medida que sólo tendrá vigencia por el plazo que se fije y con un máximo de dos años.

Ése último inciso garantiza, a mi juicio, el mejor interés de los menores, a fin de que su vida diaria no sea judicializada por las continuas desavenencias de sus padres.

II. EL *ITER* PROCEDIMENTAL.

El procedimiento contemplado en el art. 156 CC tiene su regulación procedimental en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)[8], concretamente en los arts. 85 y 86, incluidos en el Capítulo II (De la intervención judicial en relación con la patria potestad) del Título III (De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia), debiendo entenderse incluidos los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada[9].

La intervención judicial en materia de familia y, en especial, de ejercicio de la patria potestad sigue el principio de subsidiariedad que establece la normativa de derechos humanos.

Si la familia desempeña sus funciones de protección de los menores, el Estado ha de limitarse a proteger y asistir a la institución familiar y a establecer el conjunto

6 Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

7 Castán Vázquez, J. M.: "Art. 156", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (ed. M. Albaladejo García), Edersa, Madrid, 2004, Recuperado de http://vlex.com/vid/articulo-156-230479.

8 BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

9 García Hernández, G., Ferreirós Marcos, C.E., y Alonso Ballesteros, G.: "Capítulo II. De la intervención judicial en relación con la patria potestad", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 15/2015, de la* jurisdicción *voluntaria* (dir. A. Fernández De Buján y Fernández), Aranzadi SAU, Cizur Menor, 2016, pp. 448-457.

de derechos, deberes, medidas de protección y asistencia especial, que precisan niños y adolescentes[10].

La Convención de los Derechos del Niño (CDN)[11] obliga a los Estados a respetar el derecho de las familias de impartir a los niños, de acuerdo a sus costumbres, las direcciones y orientaciones apropiadas para que puedan ejercer los derechos contemplados en la propia norma, y reconoce que incumbe a los padres la responsabilidad de la crianza y desarrollo del niño[12]; asimismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra el respeto a la vida privada y familiar[13].

A pesar de la amplia libertad de actuación en el marco familiar, los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos de protección de los menores frente a cualquier perjuicio o abuso que puedan sufrir mientras se encuentren bajo la custodia de sus padres[14].

10 Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977). Art. 10. "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.- 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.- 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la Ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil".

11 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

12 CDN. Art. 5. "Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los 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 impartirle, 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. 18.1 "Los Estados Parte 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".

13 Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo núm. 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999. Art. 8. "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.".

14 CDN. Art. 19.1. "Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, 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".

En el derecho español coexisten las medidas de protección de carácter administrativo y judicial.

Las medidas de carácter administrativo se centran en las situaciones de riesgo y desamparo (arts. 17 y 18 LPJM[15]), y la actuación corresponde a los órganos competentes de las comunidades autónomas, al haber sido asumidas las competencias en materia de asistencia social por todas ellas.

Las de carácter judicial se concretan en los procedimientos para garantizar la protección de los menores ante cualquier posible perjuicio (art. 158 CC), y la resolución de controversias en el ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC), siendo este último procedimiento el objetivo de este epígrafe.

La disposición común recogida en el art. 85.1 LJV, exige la intervención del Ministerio Fiscal, de acuerdo a lo establecido en las disposiciones generales de la norma (art. 4), y a la vigencia del principio inquisitivo en materia de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (arts. 5 y 19.2 LJV). Sin embargo, no resulta preceptiva la intervención de abogado y procurador, por ello, se exonera al particular de concretar la fundamentación jurídica en que fundamenta su demanda, y se proporcionan en la Oficina Judicial impresos normalizados para formalizarla (art. 14.3 LJV).

No obstante, aun cuando no sean requeridos por la ley, las partes que lo deseen pueden actuar asistidas o representadas por abogado y procurador, siendo necesaria su intervención para la presentación de los recursos de revisión y apelación que se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, y a partir del momento en que se formulase oposición.

Respecto a estos extremos, existen problemas interpretativos que se solucionan de diferentes maneras por los órganos judiciales.

Así, puede ocurrir que la parte demandada formule directamente oposición en el acto de la comparecencia, sin abogado ni procurador, es decir, sin cumplir los requisitos del art. 17 LJV. En esta situación, la solución más plausible sería la suspensión de la comparecencia (art. 3.2 LJV) requiriendo a la parte para que presentara escrito de oposición con firma de abogado y procurador, apercibiéndole de tenerlo por no opuesto si no lo formula. Otra solución es que el juez acuerde, de oficio o a instancia del interesado, la práctica de las diligencias de comprobación que considere pertinentes bien sea durante la comparecencia o posteriormente. Así, aunque la oposición no sea formal, el juez valorará los argumentos de la parte demandada en atención a las personas necesitadas de especial protección

15 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. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

cuyos intereses se ventilan en estos expedientes. Esta solución, aunque omite la intervención de abogado, no es contraria al art. 85.2 LJV.

Sin duda, la no intervención de abogado contribuye a abaratar el precio del litigio, pero, desde mi punto de vista, aumenta la inseguridad jurídica del justiciable, que puede ver mermadas las posibilidades de éxito en su pretensión por errores derivados de su falta de conocimientos jurídicos (falta de aportación de pruebas, defectos en la forma de expresar la pretensión, etc.). Es cierto que la intervención del Ministerio Fiscal garantiza el interés superior de los menores, pero su función no es la defensa de quien concurre al procedimiento sin la ayuda de un especialista en derecho.

La intervención judicial en caso de desacuerdos se contempla en el art. 86 LJV, y se refiere a dos supuestos: los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad entre los progenitores, y los desacuerdos o imposibilidad de los progenitores o el tutor cuando el titular de la patria potestad sea un menor de edad no emancipado que la ejerce con la asistencia de aquellos.

El trámite de los procedimientos está previsto en la Disposición Común del art. 85 LJV, y rigen con carácter subsidiario las normas del Capítulo II del Título I (art. 13 y ss. LJV).

No estando permitida la sumisión expresa o tácita (art. 2.2 LJV), el art. 86.2 dispone que será competente el juez del domicilio, o en su defecto, de residencia del menor, aunque se contempla la *vis atractiva* del juzgado que hubiere dictado con anterioridad una resolución donde se establecieran las medidas paternofiliales.

Adviértase que ese foro, puede no corresponderse con el interés superior del menor, pues puede no ser el de su domicilio al momento de iniciarse el procedimiento, obligándole a desplazamientos que pueden ocasionarle perjuicios en el quehacer diario[16].

Se equipara de esa manera, a efectos de competencia, el procedimiento por desacuerdo al de modificación de medidas pero, si bien en las modificaciones puede ser razonable que se tramiten en el mismo juzgado que dictó la resolución inicial, a fin de que pueda comprobar si se reúnen los requisitos exigidos (cambio de las circunstancias de suficiente entidad y con una cierta estabilidad), para lo que será de utilidad que el juez haya conocido la causa anterior, no ocurre lo mismo en el caso del desacuerdo, pues únicamente necesita valorar el interés superior del menor; aunque, también, es verdad que en ocasiones tendrán peso en la resolución las circunstancias anteriores de la familia, por ejemplo: a la hora de

16 García Hernández, G., Ferreirós Marcos, C.E., y Alonso Ballesteros, G.: "De la intervención", cit., p. 455.

acordar a qué progenitor se le otorga la capacidad de decidir si un menor toma la comunión, o estudia en un colegio laico o religioso, situaciones en las que sería de interés conocer sus costumbres religiosas.

Sobre la competencia en los procedimientos de jurisdicción voluntaria en casos de violencia de género, nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado recientemente[17], declarando que cuando no existe procedimiento penal abierto en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en el momento de presentar la solicitud de jurisdicción voluntaria, la competencia se determina según la LJV.

En la resolución se cita el Auto del Pleno de 14 de junio de 2017 (conflicto 61/2017), que en caso de interposición de demanda de modificación de las medidas previamente acordadas establece:

-Es competente el Juzgado de Violencia contra la Mujer cuando la demanda de modificación de medidas se interponga en fecha en que el procedimiento penal esté en trámite, es decir, no archivado, sobreseído, o finalizado por extinción de la responsabilidad penal.

-Es competente el Juzgado de Familia cuando la demanda se interponga una vez sobreseído o archivado, con carácter firme, el procedimiento penal, o cuando al interponerse ya se haya extinguido la responsabilidad penal por cumplimiento íntegro de la pena.

-El momento concluyente para la determinación de la competencia será la interposición de la demanda, siendo irrelevante que el archivo o sobreseimiento de la causa penal se acuerde posteriormente.

La legitimación es clara, pues pueden promover el expediente los progenitores de forma individual o conjunta, o en el caso de menores no emancipados que ejercen la patria potestad, sus progenitores, o su tutor.

Al no disponer la LJV el tipo de resolución que debe dictar el Letrado de la Administración de Justicia, hay que acudir a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)[18] como norma supletoria, que establece que, una vez examinada la demanda, dictará decreto admitiendo la misma, y si estima falta de jurisdicción o competencia o defectos formales no subsanados, dará cuenta al Juez para que resuelva lo procedente mediante auto.

En el decreto de admisión se señalará día y hora para la comparecencia, citando al solicitante, los progenitores, los guardadores o tutores cuando proceda,

17 ATS 7 mayo 2019 (Id Cendoj 28079110012019202492).

18 BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

en su caso a la persona con la capacidad modificada judicialmente, al menor si tiene suficiente madurez y siempre que tenga más de doce años, así como a otros interesados que se considere oportuno para la resolución del expediente, haciéndoles saber que en la comparecencia podrán proponer la prueba de que intenten valerse.

En caso de que el Letrado de la Administración de Justicia aprecie falta de competencia objetiva o territorial dará cuenta al Juez, que acordará lo procedente después de oír al Ministerio Fiscal y al solicitante (art. 16 LJV). Curiosamente no se señala plazo para esa audiencia[19].

Para el caso de que detecte defectos u omisiones en la solicitud, otorgará el plazo de cinco días al peticionario para su subsanación, dando cuenta al juez si no se solucionan.

El auto judicial que declare la falta de competencia o el archivo de las actuaciones por falta de subsanación es recurrible en apelación.

Por otra parte, la comparecencia se regula en el art. 18 LJV, celebrándose ante el juez en los treinta días siguientes a la admisión de la solicitud, según los trámites que señala la LEC para el juicio verbal, pero con especialidades que pasamos a estudiar.

Si el solicitante no asiste a la comparecencia, se dictará auto acordando el archivo del expediente teniéndole por desistido; y si quien no asiste es alguno de los demás citados, se celebrará y se continuará el expediente, sin más citaciones o notificaciones que las que la ley disponga.

Se ha de oír al solicitante, los demás citados y las personas que la ley disponga, pudiendo acordar de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o el solicitante la audiencia de aquellos a cuyos derechos o intereses pudiera afectar la resolución.

Las cuestiones procesales que puedan impedir la prosecución del expediente (incluidas las de competencia) se resuelven oralmente en el acto una vez oídos los comparecientes.

Si el expediente puede afectar derechos de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, han de practicarse en el acto (o en los diez días siguientes) las diligencias que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal relativas a esos intereses. La audiencia de los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente puede practicarse en acto separado, en

19 Sanmartín Escriche, F. y Lacalle Serer, F.: *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.292.

consonancia con lo establecido al respecto por doctrina del Tribunal Supremo[20]. Ese acto separado garantiza evitar toda coacción moral sobre los menores[21], y de su resultado se traslada copia en acta a las demás partes intervinientes (art. 18.2.4 LJV).

Tras la práctica de prueba en la comparecencia, se otorgará a las partes un trámite de conclusiones, acabando con la incertidumbre reinante hasta la publicación de la ley, donde el trámite de conclusiones cuando se celebraba una vista por desacuerdos quedaba al criterio de cada juez. La comparecencia queda grabada en soporte de imagen y sonido, lo que sin duda resulta de utilidad para el caso de que se pretenda interponer recurso contra la resolución.

El expediente se resuelve mediante Auto, al ser competencia del Juez, en el plazo de cinco días desde la celebración de la comparecencia, o cinco días después del plazo de alegaciones si se acuerdan diligencias realizadas después de la comparecencia (art. 19.1 LJV).

La resolución siempre tendrá como fundamento la salvaguarda del interés superior del menor, por lo que no se pueden dar soluciones generalizadas, sino que habrá de analizarse ponderadamente y de manera cuidadosa cada caso, acudiendo a los usos familiares, los pactos habidos entre las partes, y las valoraciones y pruebas que cada progenitor aporte sobre la cuestión.

Ejemplo de ese análisis ponderado lo encontramos en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Moncada (Valencia), de 21 de junio de 2017, que resuelve el expediente planteado por un padre que pide que se le atribuya la decisión sobre la matrícula de su hija en un centro educativo público, por el desacuerdo surgido con la madre que quería que asistiera a un centro concertado religioso.

En la comparecencia, la madre manifestó que la principal motivación para matricular a su hija en el centro concertado no era de tipo religioso, sino de horarios y ubicación geográfica, pues se ajustaba a su situación personal.

Por el contrario, el padre invocaba la libertad de conciencia y religiosa consagrada en el art. 16 CE y que el art. 27.3 CE garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (y el derecho a la libertad religiosa comprende también el derecho a no profesar religión o creencia alguna según la doctrina constitucional).

20 STS 20 octubre 2014 (Id Cendoj 28079110012014100524).

21 Liébana Ortiz, J.R. y Pérez Escalona, S.: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 338.

El juez considera legítima la petición de la madre, pero no está fundamentada en un derecho fundamental, en cambio, la del padre se basa en el derecho a la libertad religiosa y de conciencia, y a que su hija reciba una formación moral que esté de acuerdo con sus convicciones, por lo que debe prosperar la solicitud del padre ante el carácter preferente de los derechos fundamentales.

Contra la decisión judicial del expediente puede ser interpuesto recurso ordinario de apelación (art. 20.2 LJV).

La posibilidad de interposición de recurso merece un comentario, pues el trámite del recurso de apelación puede ser dilatado en el tiempo, y en la práctica, cuando se va a resolver puede haber perdido su sentido por carencia sobrevenida de objeto.

A modo de ejemplo, citaremos el AAP Barcelona 12 enero 2018[22], un caso en que una madre solicita al juzgado que se le atribuyera la facultad de decidir sobre la obtención del pasaporte para su hijo, pues pensaba viajar a Ecuador, a lo que se oponía el padre. El juzgado resolvió mediante auto que decidiera la madre, con informe favorable del fiscal, pues no se observaban signos de no retorno a España (se habían sacado billetes de vuelta). El padre se opuso a la decisión recurriendo en apelación, y la AP desestima el recurso por carencia de objeto, en atención a que el viaje se había realizado entre marzo y abril de 2016, y el recurso de apelación se resuelve el 12 de enero de 2018: un año y ocho meses después.

Y, en idéntico sentido, el mismo Tribunal desestima el recurso de apelación interpuesto por una madre contra la resolución del expediente de jurisdicción voluntaria que autorizaba al padre para obtener el pasaporte para su hija. La resolución de la AP es peculiar, pues en su *ratio decidenci* señala que el padre utilizó de forma fraudulenta el mecanismo de solicitar autorización para la consecución del pasaporte, puesto que no justificó ni existía ningún indicio de que la madre se opusiese a ninguna propuesta de viaje al extranjero, pero concluye que, no obstante lo anterior, la resolución que otorgó la facultad de solicitar el pasaporte al padre sin la concurrencia y autorización de la madre adquirió fuerza ejecutiva con carácter inmediato, pues la expedición del pasaporte se había producido (el expediente se resolvió en mayo de 2017 y la apelación en marzo de 2018), por ello, la pretensión del recurso había perdido su objeto, careciendo la apelación de efecto suspensivo o revocatorio[23].

A mi juicio, el sistema de recursos contra los expedientes por desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad supone un flagrante caso de indefensión para

22 AAP Barcelona 12 enero 2018 (Id Cendoj 08019370122018200042).

23 AAP Barcelona 7 marzo 2018 (Id Cendoj 08019370122018200122).

el recurrente porque en una gran proporción, los asuntos que se someten a la decisión judicial son urgentes. Por ejemplo: sometimientos a tratamientos médicos, expedición de documentación para viajes, realización de viajes o actividades escolares, cambios de colegio, realización de actos relacionados con la práctica religiosa, etc., y diferir en el tiempo la resolución del recurso conduce a que cuando se vaya a resolver, se haya realizado el acto o se haya perdido la oportunidad de realizarlo. Tratándose de decisiones que afectan a la vida de los menores, en muchas ocasiones sobre aspectos de gran importancia, debería de garantizarse un acceso preferente al sistema de recursos que asegurara su resolución con tiempo suficiente para que sea efectivo.

III. LA ELECCION DEL NOMBRE DEL HIJO COMÚN.

Cuando la discrepancia entre los progenitores se produce en torno a la imposición de nombre propio o respecto al orden de los apellidos del hijo común, la normativa del Registro Civil atribuye al encargado del registro su resolución, sin que sean de aplicación el art. 156 CC y las normas procedimentales de la LJV.

1. Disposiciones normativas sobre el nombre y los apellidos.

El nombre y los apellidos tienen una función de individualización e identificación de la persona, siendo además un derecho subjetivo de carácter privado e interés público vinculado a cada individuo, consagrado en el art. 7 CDN[24].

Con la imposición de nombre, se deja de ser una mera unidad indiferenciada de la especie, para convertirse en un individuo determinado personalizado, de quien se pueden predicar cualidades o a quien se pueden imputar conductas. Además, en una sociedad compleja, y organizada jurídicamente, el juego de las relaciones de derecho, las facultades, las obligaciones, las prohibiciones, las imputaciones, el ejercicio de los poderes y el establecimiento de toda clase de vínculos, serían imposibles si los titulares de derechos y los obligados no pudieran distinguirse por el signo de sus nombres[25].

Mientras que el nombre propio, que individualiza a una persona entre los miembros de una familia se puede imponer libremente, no ocurre lo mismo con los apellidos, que vienen impuestos por ley.

24 Art. 7. "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.- Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida".

25 Pliner, A.: *El Nombre De Las Personas,* Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 49.

Explicar la naturaleza jurídica del nombre requiere de una aproximación plural a la misma.

Puede considerarse un deber jurídico, aunque esta teoría parte de un error, al tenerlo por institución de Derecho Público, por lo que su alcance no podría ir más allá de lo que ha sido el control de las personas por los poderes del Estado, obviando la trayectoria histórica del nombre, y convirtiéndolo sólo en un requisito convivencial en una sociedad organizada.

También se puede considerar un derecho, argumentación no justificada al menos tal y como se conciben los derechos subjetivos, pues el nombre es consustancial a la persona, y podría hablarse más de un derecho del Estado, que salvaguarda su interés obligando coercitivamente a la identificación de todas las personas. Si fuera un derecho subjetivo debería conllevar una cierta autonomía, pero lo bien cierto es que es difícilmente cambiable por el individuo, y además es irrenunciable y no susceptible de transmisión, por lo que más bien podría denominarse un bien personal, pues está protegido por la ley.

Sin embargo, no podría tenerse por un derecho fundamental, pues no está recogido en la CE, pudiendo ser considerado un atributo de la personalidad, pues le falta el rango especialísimo de derecho fundamental[26].

A la imposición de nombre se refieren los arts. 192[27] y 193[28] RRC[29] y 50 a 52 LRC[30], estableciendo que no se pueden imponer más de dos nombres simples o uno compuesto, y cuando el nombre sea compuesto, se separarán los simples por guiones o se escribirán los dos con mayúscula. Están prohibidos los nombres que por sí o en combinación con los apellidos resulten contrarios al decoro, por considerar que perjudican a la persona.

Cuando los padres no expresan el nombre o el elegido resulta inadmisible, el encargado del registro ha de requerirles para que den nombre al menor,

26 Fernández Domingo, J. I.: *El Nombre De Las Personas*, Reus, Madrid, 2017, pp. 23-26.

27 Art. 192. "No se podrán imponer más de dos nombres simples o de uno compuesto. Cuando se impongan dos nombres simples, éstos se unirán por un guion y ambos se escribirán con mayúscula inicial.- Se considera que perjudican objetivamente a la persona los nombres propios que, por sí o en combinación con los apellidos, resultan contrarios al decoro.- La sustitución del nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas requerirá, si no fuese notorio, que se acredite por los medios oportunos esta equivalencia y la grafía correcta del nombre solicitado".

28 Art. 193. "El Encargado hará constar en la inscripción de nacimiento el nombre impuesto por los padres o guardadores, según lo manifestado por el declarante.- No expresándose nombre o siendo éste inadmisible, el Encargado requerirá a las personas mencionadas en el párrafo anterior para que den nombre al nacido, con apercibimiento de que pasados tres días sin haberlo hecho, se procederá a la inscripción de nacimiento, imponiéndose el nombre por el Encargado".

29 Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

30 Ley 20/2011, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

apercibiéndoles de que transcurridos tres días sin hacerlo se inscribirá el nacimiento y se impondrá nombre por el encargado.

Del análisis de los preceptos se deducen varios límites a la autonomía de la voluntad de los progenitores en la imposición del nombre:

- los que objetivamente perjudican a la persona, bien sea por resultar contrarios a la dignidad o al decoro, o por ser inadecuados para una persona por designar cosas o animales. Como ejemplo estudiaremos en el epígrafe siguiente una RDGRN que resolvía la denegación de inscribir a un niño con el nombre "Lobo".

- los que hacen confusa la identificación o inducen error en cuanto al sexo. También se analizarán en el siguiente epígrafe algunas RDGRN que tratan el tema.

- no puede imponerse el mismo nombre que a uno de sus hermanos a no ser que haya fallecido, ni tampoco su traducción a otra lengua.

En cuanto a los apellidos, se regulan en los arts. 194 a 204 RRC, y 49 y 53 a 56 LRC.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores han de acordar antes de la inscripción registral el orden de transmisión de su respectivo primer apellido y, en caso de desacuerdo, o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el encargado del registro ha de requerirles para que en el plazo de tres días comuniquen el orden de aquellos, procediendo si transcurre el plazo sin que se manifiesten a acordar su orden atendiendo al interés superior del menor.

A mi juicio, esta solución resulta contraria a lo establecido en el art. 156 CC, pues siendo el orden de los apellidos una decisión contenida en el ámbito de la patria potestad, la controversia debería resolverse mediante la atribución de la facultad de decidir a uno de los progenitores por parte del Juez.

Con relación al orden de los apellidos, el art. 49.3 LRC (en vigor desde el 30 de junio de 2017, por la reforma de la DF 10 por Ley 4/2017, de 28 de julio) hizo desaparecer la histórica prevalencia del apellido paterno, contraria al principio de igualdad de hombres y mujeres (art. 14 CE), estableciendo como se ha indicado en caso de desacuerdo el criterio del encargado del registro fundamentado en el interés superior del menor.

Hasta esa fecha, los padres de común acuerdo podían decidir el orden de transmisión de sus primeros apellidos antes de la inscripción, pero si no se pronunciaban regía lo dispuesto en la ley (el hijo llevaba como primer apellido el primero del padre y como segundo apellido el primero de la madre).

Aunque no sea el centro de nuestro interés porque no es posible el desacuerdo, si sólo está determinada una filiación, es la que rige los apellidos y será el progenitor el que acuerde el orden de los mismos (art. 49.2 párrafo 4 LRC).

El orden de los apellidos de la primera inscripción determinará el orden para la inscripción de los nacimientos posteriores con idéntica filiación (a fin de mantener la unidad de apellidos de hermanos con los mismos padres).

Los apellidos son susceptibles de cambios. Puede cambiarse su orden al llegar a la mayoría de edad por simple declaración ante el encargado del Registro Civil.

También es posible regularizar la ortografía de los apellidos a la lengua española correspondiente (art. 55 LRC y 198 RRC) o realizar la adecuación gráfica al español de la fonética de los apellidos extranjeros (art. 53.4 LRC), aunque si no es un hecho notorio se ha de acreditar que el apellido pertenece a una lengua vernácula y su grafía exacta en ese idioma.

Los cambios de apellido se extienden a los hijos *in potestate* y a los demás descendientes que lo consientan expresamente.

Cuando se imponen por una acción de filiación pierden su vigencia los que se tenían cuando aquella no era conocida. El hijo o descendientes pueden conservar los apellidos usados si instan el procedimiento en el plazo de dos meses tras la inscripción de la filiación o a la mayoría de edad (art. 209.3 RRC) por simple declaración de voluntad (art. 53.5 LRC).

Para el que adquiera la nacionalidad, el nacido no inscrito en plazo, o el inscrito sin nombre y apellidos, se mantiene el nombre, y los apellidos que utilice si la filiación no determina otros (art. 213.1 RRC).

Y, en el caso de adopción, se adquieren los apellidos del adoptante en su orden (art. 201 RRC), pero puede invertirse el orden con consentimiento del adoptante y adoptado mayor de edad si un cónyuge adopta al hijo de su consorte (aunque haya fallecido), o si la única adoptante es una mujer.

2. La doctrina de la DGRN.

Estudiaremos en primer lugar la Instrucción de la DGRN 23 octubre 2018, sobre el cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales[31].

31 Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales. BOE núm. 257, de 24 de octubre de 2018.

Si la solicitud de cambio de nombre a uno del sexo contrario la formula un mayor de edad o un menor emancipado, el encargado del registro debe atenderla si ante él o en documento público, el solicitante declara que se siente del sexo que corresponde al nombre solicitado, y que no puede cambiar la inscripción de su sexo en el Registro Civil porque no cumple los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas[32].

De mayor interés para el ámbito de estudio de este trabajo es el apartado segundo de la Instrucción, referido a la solicitud de inscripción del cambio de nombre de menores de edad, estableciendo la necesidad de que actúen los padres conjuntamente, y declaren ante el encargado del registro o en documento público que el menor siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud ha de ser firmada por el menor si tiene más de doce años, y si su edad es inferior, el encargado del registro le ha de oír en cualquier caso, comunicándose con él de forma comprensible y adecuada a su edad y grado de madurez.

De verda[33], considera absurdo que si un menor no está emancipado, deban ser sus padres quienes (aunque tenga condiciones de madurez), pidan su cambio de nombre mediante una declaración de voluntad propia, limitándose el menor a firmar la solicitud si tuviera más de doce años, pues desde que se dictara la STC 18 de julio de 2019[34], el menor (emancipado o no), si tiene condiciones de madurez suficiente y se encuentra en situación permanente de transexualidad (cumpliendo además otros requisitos establecidos en la Ley 3/2007, de 15 de marzo[35]), puede

32 Art. 4. "Requisitos para acordar la rectificación.- 1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite: a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.- 2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia".

33 De Verda y Beamonte, J. R.: "Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre", 2020. Recuperado de https://idibe.org/tribuna/transexualidad-minoria-edad-cambio-sexo-cambio-nombre/.

34 STC 99/2019, de 18 de julio de 2019. BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019.

35 Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007.

pedir por sí solo directamente el cambio registral de sexo, que conlleva el cambio de nombre[36].

La Instrucción es congruente con lo establecido en la LPJM sobre la audiencia a los menores, y su interpretación jurisprudencial sobre la forma de realizar esa audiencia del TS, lo que supone en mi opinión un buen ejercicio de técnica legislativa.

Además, cambia el criterio que venía manteniendo la DGRN en resoluciones como la 25 mayo 2018, en que deniega el cambio de nombre de un menor de Noel a Noelia, por sentirse mujer, aportando con la solicitud dictámenes médicos y psicológicos. La denegación la fundamenta en que sólo resultaban admisibles las solicitudes de menores transexuales (aunque no se haya modificado la mención relativa al sexo), si el nombre solicitado es neutro y no induce a error en la identificación por estar en discordancia con el sexo inscrito. En este caso, el nombre Noelia remite de forma única e inequívoca al sexo femenino.

La DGRN se ha pronunciado en varias resoluciones sobre la solicitud de cambio de nombre y apellidos, siendo de interés su estudio por cuanto en algunas se tratan discrepancias entre ambos progenitores, con relevancia para el análisis del ejercicio de la patria potestad.

La RDGRN 27 septiembre 2018, trata el recurso de una mujer nacional de la República Dominicana que solicita el cambio de los apellidos de su hijo en el Consulado General de España en Santo Domingo, para que el menor pase a ostentar sus apellidos, obviando los del padre. En su favor alega que el padre del niño se había desentendido por completo de la familia y ella tenía atribuida en exclusiva la patria potestad. La encargada del registro consular autorizó el cambio, pero cuando fue remitido al Registro Civil de Barcelona (donde consta inscrito el nacimiento), se denegó, pues teniendo el menor, reconocida la doble filiación se necesita el consentimiento de ambos progenitores si no consta que alguno esté privado de la patria potestad por resolución judicial, y además el cambio debería haberse tramitado de acuerdo a los arts. 55 LRC y 205 RRC.

La DGRN considera que procede desestimar el recurso porque el procedimiento utilizado no ha sido el correcto, siendo ella misma competente para el cambio, y no la encargada del Registro Consular, pero analiza el caso por economía procesal en aras a evitar tener que hacerlo en un nuevo procedimiento.

36 Art. 1. "Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.- La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral". Se declara la inconstitucionalidad del apartado 1, pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con "suficiente madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad", por Sentencia del TC 99/2019, de 18 de julio.

Resuelve que, tratándose de un menor de edad, para autorizar cualquier cambio de nombre o apellidos se requiere el consentimiento de ambos progenitores y, en este caso, no consta ni la comparecencia del padre ni está suficientemente acreditada la atribución en exclusiva de la patria potestad a la madre, porque la resolución que aporta no se ha sometido a exequátur.

Otro de los asuntos que generan controversias, aunque en este caso no suele ser entre los progenitores, sino a causa de la negativa de los encargados del registro a inscribir, es el caso de los nombres que pueden inducir a error en cuanto al sexo, y que contravendrían el vigente art. 54 (párrafo 2)[37] de la Ley de 8 de junio de 1857, del Registro Civil.

La RDGRN 11 mayo 2018 autoriza la inscripción de Norah como nombre propio apto para mujer. La encargada del registro suspendió la inscripción y requirió a los progenitores para designar un nuevo nombre por considerar que inducía a error en cuanto al sexo, pues a su juicio Norah era un nombre de varón de origen hebreo. La encargada aceptó la inscripción con el nombre de Nora, por considerar que era la grafía correcta en español para el nombre elegido por los padres, que recurrieron la decisión.

Fundaron el recurso alegando que el nombre se utilizaba por mujeres en otros países, poniendo como ejemplo a la cantante Norah Jones, que en España existen muchos nombres con la letra hache al final (Elisabeth, Judith, Edith), y que, actualmente, son habituales los nombres ambiguos tanto para hombre como para mujer.

La DGRN considera que el nombre Norah no induce a error en cuanto al sexo y, por tanto, no vulnera la prohibición del art. 54, que ha de ser interpretada restrictivamente, y pone como ejemplo que la prohibición podría invocarse al imponer el nombre de Pedro para una niña o de Teresa para un niño, pero no puede extenderse a nombres que son ambiguos para uno u otro sexo.

El art. 54 (párrafo 2) citado, también prohíbe los nombres que hagan confusa la identificación de la persona, cuestión que ha sido tratada en las RDGRN 11 mayo 2018 y 25 mayo 2018.

En la primera no se considera admisible el nombre "Lluvia de abril" porque cuando se imponen dos nombres simples han de unirse por un guion (art. 192 RRC), y además el nombre "abril" no es sólo un nombre de mujer, sino también un apellido español, y por tanto la inclusión entre ambos de la preposición "de" hace confusa la identificación de la persona.

37 Art. 54.2. "Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo".

Y, en la segunda, no se admite el nombre "Axl", porque al ser en castellano un nombre impronunciable hace confusa la identificación de la persona. El encargado del registro requirió a los padres para que se intercalara una "e" y nombrar al niño como Axel, a lo que se negaron.

La DGRN reitera que las prohibiciones del art. 54 de la LRC vigente han de fijarse teniendo en cuenta la realidad política, cultural y social de cada momento, y en este caso el nombre propuesto no cumple con la función identificadora recogida en el ordenamiento, pues la percepción social se sustenta en el lenguaje hablado, y en el idioma español Axel tiene idéntica fonética que el nombre solicitado, cuya grafía es impronunciable en castellano. Además, Axl no se encuentra en las bases onomásticas del Instituto Nacional de Estadística, donde sí figura Axel.

Una RDGRN con mucho eco social por su difusión por parte de los medios de comunicación y merecedora de estudio por el elenco de cuestiones que analiza es la 22 agosto 2016, que dispuso la inscripción de un menor con el nombre Lobo. El encargado del registro denegó la inscripción por considerar que podía confundirse con un apellido, pero la DGRN invoca la amplia libertad de los padres para elegir el nombre que consideren adecuado siempre que no incurra en prohibiciones.

Respecto a esas prohibiciones, señala que se han ido eliminando a medida que se ha modificado la normativa, y actualmente se admiten nombres de fantasía, nombres en cualquiera de las lenguas oficiales de España, nombres extranjeros, e hipocorísticos.

Y no considera que Lobo sea contrario a la dignidad de la persona o induzca a confusión, pues hay nombres propios de persona que se refieren a animales (León, Paloma, Delfín, Coral), hay nombres propios españoles con la etimología de Lobo (Lope, Lupe, Lupicinio o Guadalupe) y son frecuentes los apellidos relacionados con tal etimología (López, Lobón, Lobato o Lobatón), ninguno de los cuales es denigrante u ofensivo. Tampoco es confuso porque actualmente, y en aplicación de la doctrina de interpretación restrictiva de las prohibiciones ha de considerarse que puede tener la doble condición de nombre o apellido.

También pueden resultar controvertidas las solicitudes de cambio de nombre.

La RDGRN 4 mayo 2018 considera que concurre justa causa para cambiar el nombre de María Begoña por el utilizado habitualmente, Begoña.

Incide en que el encargado del registro puede aprobar en expediente el cambio de nombre inscrito por el usado habitualmente (arts. 290.4 y 365 RRC), siempre que exista justa causa y no haya perjuicio de tercero (art. 210 RRC), además de que no se infrinjan las normas que regulan su imposición (art. 54 LRC vigente, y

192 RRC). La recurrente estaba identificada en todos sus documentos oficiales como Begoña, por lo que se estima que existe justa causa.

Y en el mismo sentido la RDGRN 11 mayo 2018, permite el cambio de nombre de María Inmaculada a Inmaculada.

Considera que el cambio es sustancial por cuanto consiste en la sustitución de un nombre compuesto por uno simple, pero el cambio no perjudica a terceros, y se tiene por acreditada la existencia de justa causa, pues de la documental aportada se deduce que la interesada es conocida como Inmaculada, y utiliza dicho nombre en todos los ámbitos de su vida desde hace años.

De igual forma, han sido objeto de recursos la modificación de apellidos o la inversión de su orden.

Sobre la regularización ortográfica, la RDGRN 4 mayo 2018 deniega el cambio de apellido de Moya a Moyà que pretende el solicitante por ser acorde con la normativa catalana. La negativa se fundamenta en que el apellido Moya tiene amplia difusión por toda la geografía española, por lo que no puede considerarse catalán, lo que conduce a no apreciar incorrección ortográfica.

Y en cuanto a la inversión de apellidos, la doctrina consolidada de la DGRN ha sido que únicamente se puede realizar una vez.

En las RDGRN 11 mayo 2018 y 25 mayo 2018, se deniega la solicitud de inversión de los apellidos, pues la posibilidad de invertir los apellidos contemplada en el art. 109 CC se agota en su ejercicio, y una vez consumada no se puede dejar sin efecto por simple declaración de voluntad, por la estabilidad de que gozan nombre y apellidos, signos de identificación e individualización de la persona cuyo cambio está sustraído a la voluntad de los particulares salvo en los casos determinados por la ley.

Además "recuerda" (sic) que en virtud de lo establecido en el art. 7.2 CC la ley no ampara el abuso del derecho, y el Registro Civil no puede estar al albur de una injustificada y variable voluntad de los ciudadanos.

3. Las resoluciones del TS y TC.

A continuación, estudiaremos, por ratificar la doctrina sentada en otras resoluciones anteriores, la STS 9 mayo 2018[38], en que el padre, demandante en un procedimiento de filiación extramatrimonial solicita que se inscriba a su

38 STS 9 mayo 2018 (Id Cendoj 28079110012018100262).

pretendida hija con su apellido en primer lugar, y el materno en segundo lugar, a lo que acceden el Juzgado de instancia y la AP.

Interpuesto recurso de casación por la madre con fundamento en la infracción de la jurisprudencia del TS en supuestos idénticos al caso (con cita de las SSTS 17 febrero 2015[39]; y 10 noviembre 2016[40]), el Alto Tribunal establece que lo relevante no es el deseo del padre de dar sus apellidos al menor, sino cuál será el interés protegible del menor respecto al cambio de los apellidos inscritos en el registro (STS 1 febrero 2016[41]).

Para clarificar que sólo se justifica el cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad no sea tardía, se dictó por el pleno la STS 10 noviembre 2016, la cual puntualiza que la interrogante a responder no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos, como si partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que pasara a ser el primero el paterno y el segundo el materno. Si ese beneficio no existe, no hay razón que justifique la alteración de los apellidos que viene usando el menor.

Al no apreciarse beneficio en el cambio, el TS estima el recurso de la madre y mantiene el apellido de la madre como primer apellido de la menor, y el apellido del padre como segundo.

Me parece oportuno citar, en este punto, la STS 20 febrero 2018[42], porque en su FD 5 (apartado 2) señala con remisión a las SSTS 1 diciembre 2017[43], y 12 noviembre 2015[44], que la respuesta no puede ser la interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor, aunque la opción por defecto del art. 109 CC sea que el primer apellido de un español sea el primero del padre y el segundo el primero de la madre. En consonancia con lo dispuesto en la LPJM, habrá de primar lo que más beneficie al menor.

El TC también se ha pronunciado en litigios por controversias en cuanto a los apellidos de los menores o el orden de aquellos. De este modo, la STC 7 octubre 2013[45], resuelve un recurso de amparo contra una sentencia de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer que estimó una demanda de reclamación de filiación no matrimonial interpuesta por quien fue declarado padre de un menor declarando que procedía imponer al niño como primer apellido el primer apellido

39 STS 17 febrero 2015 (Id Cendoj 28079110012015100066).

40 STS 10 noviembre 2016 (Id Cendoj 28079119912016100028).

41 STS 1 febrero 2016 (Id Cendoj 28079110012016100032).

42 STS 20 febrero 2018 (Id Cendoj 28079110012018100092).

43 STS 1 diciembre 2017 (Id Cendoj 28079110012017100619).

44 STS 12 noviembre 2015 (Id Cendoj 28079110012015100605).

45 STC 7 octubre 2013. BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013.

del padre. La madre formuló recurso de apelación que fue desestimado por la AP. El recurso de amparo se fundamenta en la vulneración del principio de igualdad y no discriminación por sexo (art. 14 CE), en relación con la vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18 CE), y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por haber ordenado las resoluciones impugnadas la inscripción del primer apellido del padre como primer apellido del hijo.

El TC señala que, al regular el régimen jurídico del nombre de la persona, el legislador no ha obviado la protección de otros valores con relevancia constitucional como son, además, de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), la protección de la familia y de los hijos (art. 39 CE), así como la seguridad jurídica (art. 9 CE) en lo concerniente al estado civil de las personas. En el caso enjuiciado, el TC considera comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor, que había nacido cuatro años antes de iniciarse el procedimiento, y durante todo su trámite, ostentaba como primer apellido el apellido de la madre, entrando en juego la notoria relevancia identificativa del primero de los apellidos para valorar su interés superior.

Habida cuenta de que debió ponderarse el interés superior del menor y su derecho al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, se reconoce la vulneración de su derecho a la propia imagen.

Del estudio de la doctrina del TS y TC, se deduce que ambos tribunales consideran prevalente el análisis del interés del menor sobre la interpretación estricta de la ley, con respeto (como venimos sosteniendo) a lo dispuesto en la LPJM.

IV. CONCLUSIONES.

Los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad se regulan en el art. 156 CC, y el procedimiento para su resolución se recoge en el mismo precepto y en los arts. 85 y 86 LJV.

Los recursos contra las decisiones judiciales en expedientes por desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad deberían de contar con un sistema de acceso preferente, pues en la mayoría de casos el recurrir carece de sentido por el transcurso del tiempo hasta su resolución.

Si el desacuerdo versa sobre la imposición de nombre al hijo común, los arts. 50.3 LRC y 193 RRC establecen que el encargado del registro impondrá un nombre de uso corriente cuando los obligados a su fijación no lo señalaren, tras

haberles apercibido y transcurrido el plazo de tres días, al igual que ocurre con el orden de los apellidos.

Esta solución resulta contraria a lo establecido en el art. 156 CC, pues siendo el nombre y el orden de los apellidos una decisión contenida en el ámbito de la patria potestad, la controversia debería resolverse mediante la atribución de la facultad de decidir a uno de los progenitores por parte del Juez

La DGRN, en la resolución de recursos interpuestos en materia de nombre y apellidos, y el TS y TC, en lo relativo a los litigios sobre la misma materia, consideran prevalente el interés del menor sobre la interpretación estricta de la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

Ballesteros de los Ríos, M.: "Art. 156", en AA.VV.: *Comentario Del Código Civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Elcano, 2001.

Castán Vázquez, J. M.: "Art. 156", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (ed. por M. Albaladejo García), Edersa, Madrid, 2004, Recuperado de http://vlex.com/vid/articulo-156-230479.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Transexualidad, minoria de edad, cambio de sexo y cambio de nombre", 2020. Recuperado de https://idibe.org/tribuna/transexualidad-minoria-edad-cambio-sexo-cambio-nombre/.

Fernández Domingo, J. I.: *El Nombre De Las Personas*, Reus, Madrid, 2017.

García Hernández, G., Ferreirós Marcos, C.E., y Alonso Ballesteros, G.: "Capítulo II. De la intervención judicial en relación con la patria potestad", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 15/2015, de la* jurisdicción *voluntaria* (dir. por A. Fernández De Buján y Fernández), Aranzadi SAU, Cizur Menor, 2016.

Liébana Ortiz, J.R. y Pérez Escalona, S.: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

Pliner, A.: *El Nombre De Las Personas,* Astrea, Buenos Aires, 1989.

Sanmartín Escriche, F. y Lacalle Serer, F.: *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Secretaría General Técnica, Centro De Publicaciones: *Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

Serrano Alonso, E.: "Art. 156", en AA.VV.: *Comentario Del Código Civil* (coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta), Bosch SA, Barcelona, 2006.

Yzquierdo Tolsada, M.: "Art. 156", en AA.VV.: *Código Civil Comentado,* vol. I (coord. por P. de Pablo Contreras), Aranzadi SA, Cizur Menor, 2016.

EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ¿PUEDE SER IMPUESTO DE OFICIO O REQUIERE LA SOLICITUD DE LOS PROGENITORES?

THE JOINT CUSTODY. CAN IT BE IMPOSED EX OFFICIO OR DOES IT REQUIRE A REQUEST FROM THE PARENTS?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 360-381

Ana AÑON LARREY

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Tras la publicación de algunas sentencias donde se concede la guardia y custodia compartida en supuestos donde ninguno de los progenitores lo había solicitado o, incluso, habiéndolo solicitado uno de ellos en contra de la voluntad del otro, se plantea la cuestión sobre si la guardia y custodia compartida es una opción solicitada por las partes en virtud del principio rogatorio o, si por el contrario, puede acordarse de oficio con la oposición de los progenitores en aquellos casos en que el juzgador lo considere conveniente.

PALABRAS CLAVE: Guardia y custodia compartida; principio rogatorio; imposición; de oficio; relaciones paterno-filiales; interés superior del menor.

ABSTRACT: *Following the publication of certain judgments granting joint custody and guardianship in cases when neither of the parents had requested it, or even having it been repuested of a parent against the will of the other parent, the question arises as to whether joint custody and guardianship is an option requested by the parties by virtue of the principle of rogatory or, on the contrary, it can be agreed ex officio with the opposition of the parents in cases where the court considers it appropriate.*

KEY WORDS: *joint custody; rogatory principle; imposition; ex officio; parent-child relationships; interests of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES. - 1. La patria potestad: deberes y facultades. - 2. La configuración legal del régimen de guardia y custodia. - 3. La evolución jurisprudencial hacia la guardia y custodia compartida. - 4. El superior interés del menor: aplicación del principio "favor filii".- III. EL PRINCIPIO DE ROGACION Y CONGRUENCIA EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES Y DE MENORES. IV DOCTRINA JURISPRUDENCIAL A FAVOR DE LA CUSTODIA COMPARTIDA CON OPOSICION DEL PROGENITOR. - 1. La posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio sin petición de expresa por los progenitores. - 2. La posibilidad de adoptar la custodia compartida con la oposición de uno de los progenitores si lo solicita al menos el otro progenitor.

I. INTRODUCCION.

Desde que 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, introdujera el régimen de custodia compartida, éste ha sido un tema ampliamente debatido y comentado. Más teniendo en cuenta que nuestro Tribunal Supremo, recogiendo la conciencia social al respecto, ya ha mostrado su preferencia por el régimen de custodia compartida, no como algo excepcional, si no como la regla general que debe aplicarse siempre que las circunstancias del caso concreto así lo aconsejen.

Incluso varias comunidades autónomas habían modificado su Derecho foral para establecer la custodia compartida como opción preferente, en algunos casos anulada, como ocurre con la Ley valenciana declarada inconstitucional por falta de competencia legislativa sobre la materia por parte del Tribunal Constitucional en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre[1], y en otros casos modificada como ha ocurrido con la legislación foral aragonesa[2].

1 STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192).
Contreras Romero, J.: *Aspectos básicos de la ley valenciana de custodia compartida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 41-42, observa que la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, utiliza como argumento la vulneración de las competencias legislativas atribuidas en la Constitución al Estado, en su art. 149.1.8, sobre legislación civil, al entender que el Estatuto de Autonomía de la Comunitat no habilita en su art. 49.1.2 referente a la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano a legislar cualquier materia sobre derecho civil, amparándose en unos fueros extintos e inconexos al derecho foral, codificado o consuetudinario, existente al momento de promulgar la Constitución de 1978.
Para un estudio de las "situaciones consolidadas", que la STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192), respeta, *vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 142-159.

2 Ley 6/2019, de 21 de marzo, que modifica el Decreto Legislativo 1/2011 o "Código del Derecho Foral de Aragón", en concreto, el art. 80.2 en lo referido a la atribución de la custodia a los menores de edad en

• Ana Añon Larrey
Abogada, Profesora de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía, Universidad de Valencia. Correo electrónico: anaanon@icav.es

Además, han proliferado las asociaciones que propugnan la custodia compartida como un derecho a favor del "progenitor", generalmente paterno, puesto que tradicionalmente en la mayoría de los casos la custodia exclusiva ha venido siendo atribuida a la madre.

Sin embargo, la custodia compartida, más que "un derecho de los padres", es un derecho de los hijos y un deber de ambos progenitores que garantiza a estos "la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos"[3].

Lógicamente no siempre se dan las circunstancias adecuadas para la atribución de la guardia y custodia compartida, que también presenta sus inconvenientes, pues se darán cuando ésta responda al beneficio del menor, no a otros intereses o beneficios particulares de sus progenitores.

En el presente trabajo, se pretende analizar la modalidad de guarda y custodia compartida desde el punto de vista del beneficio del menor y del deber que compete a ambos progenitores. Analizando aquellos supuestos jurisprudenciales en que el juzgador acuerda este régimen incluso con la oposición de uno de los progenitores a cuyo favor se establece dicha modalidad.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

1. De la patria potestad: deberes y facultades.

El art. 156 CC establece que la patria potestad se ejercerá, sobre los hijos no emancipados, conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, y que serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

Pese a que no existe una definición legal de la patria potestad, viene siendo considerada en la doctrina como la función (deber-facultad) que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe matrimonio o no entre aquellos[4].

caso de separación, divorcio o ruptura de relación de hecho.

3 STS 2 julio 2001(RJ 2002, 1472).

4 Pinto Andrade, C.: "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales,* núm. 9, junio-diciembre, Año 2015, pp. 143-175.

El art. 154 CC si comprende la patria potestad "como responsabilidad parental" que se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: "1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten".

Como se ve, de la propia interpretación del art. 154 C.C, se puede colegir que la patria potestad engloba a la guarda y custodia, pues la primera indica la responsabilidad parental de "tenerlos en su compañía". Siendo esto así, en situaciones normales de convivencia de los progenitores, cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encuentra subsumida en la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores.

La STS 9 julio 2002[5] señala que la patria potestad viene configurada en nuestro ordenamiento jurídico "como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo". Por lo demás, la patria potestad es irrenunciable, imprescriptible e intransferible e indisponible por su titular y solo puede ser privado mediante resolución judicial debidamente fundada[6].

La propia transformación de la familia ha traído consigo que la patria potestad haya perdido su naturaleza de derecho subjetivo para pasar a ser entendida, a modo de institución de auténtico orden público, como una función, "cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos"[7]. Algo que, por lo demás, se compadece bien con el propio concepto de potestad, pero una potestad cuyo entramado de relaciones trasciende del grupo y se presenta como algo sometido a control público a través de la vigilancia del juez, lo que permite predicar de ella el abandono del terreno de las potestades de Derecho privado. Conforme a lo dicho, el legislador ha considerado oportuno proclamar en párrafo separado la naturaleza de la patria potestad como "función"[8].

5 STS 9 julio 2002 (RJ 2002, 5905).

6 Pinto Andrade, C.: "La custodia", cit., pp. 143-175.

7 STS 31 diciembre 1996 (RJ 1996, 9223).

8 Cañizares Laso, A y De Pablo Contreras, P.: *Código Civil Comentado,* vol. I., Civitas, Cizur Menor (Navarra), mayo 2016.

La patria potestad se ejerce, en la actualidad, de cara al beneficio, bienestar, bien o interés del hijo menor de edad, y no en interés de los progenitores, corolario del art. 14 de nuestra Constitución, que instituyó el principio de igualdad entre hombres y mujeres y la consiguiente obligación de no discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social[9].

2. La configuración legal del régimen de custodia compartida.

La lectura literal de la regulación legal contenida en los arts. 90 y ss CC, dentro del capítulo IX referido a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, parece partir del criterio de atribución de la guarda y custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente. Así,

El art. 90 a) se refiere al "progenitor que no viva habitualmente con ellos"

El art. 94 regula el derecho de visitas, comunicación y compañía del "progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados".

El art. 96 atribuye el uso de la vivienda familiar "a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden", sin prever alternativa alguna.

Y cuando se regula la posibilidad de atribuir la custodia compartida, la norma parece referirse a aquellos supuestos excepcionales en que las partes lo soliciten expresamente.

El art. 92, apartado 5º, CC con la modificación introducida por Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el CC y LEC en materia de separación y divorcio, establece la posibilidad de acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos "cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento", y en el apartado 8º, continua afirmando que, "excepcionalmente", aun no dándose los supuestos anteriores – que lo soliciten o acuerden los padres-, "a instancia de una de las partes" podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

3. La evolución jurisprudencial hacia la guardia y custodia compartida.

Ha sido la jurisprudencia de los tribunales la que de manera progresiva ha ido evolucionando desde la custodia individual hacia la atribución compartida

9 Romero Coloma, A.: "Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2015.

de la guardia y custodia de los menores, no con la excepcionalidad que parece prever el Código Civil, si no como criterio normal del desempeño de las funciones parentales, influido por el cambio de mentalidad social que apoya en mayor medida este régimen, y así lo ha refrendado en diversas ocasiones el más alto tribunal.

Desde la STS 22 julio 2011[10], en el que fija, con relación al análisis del art. 92.8 CC, y en pos del interés del menor a fin de protegerlo, que la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio art. que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro.

Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De ahí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

A la STC 17 octubre 2012[11], que declaraba inconstitucional y nulo el inciso con informe "favorable" del Ministerio Fiscal contenido en el apartado 8º del art. 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, dejando abierta la facultad de decisión al juzgador.

Posteriormente, la STS 29 abril 2013[12] destaca que es el juez o tribunal el que en el marco de la controversia existente entre los progenitores, a quien corresponde valorar si debe o no adoptarse la guarda y custodia compartida, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño , así como que "la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

La STS 19 julio 2013[13] afirmaba que se prima el interés del menor y este interés, que ni el art. 92 CC ni el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este

10 STS 22 de julio 2011 (RJ 2011, 5676).

11 STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185).

12 STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269).

13 STS 19 julio 2012 (RJ 2013, 5002).

tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.

Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos[14].

La custodia compartida constituye un régimen de guardia y custodia de los hijos menores, basado en los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental, que aunque no exclusivos de este régimen de custodia, se caracteriza porque ambos progenitores se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia, compartiendo en un plano de igualdad derechos y obligaciones respecto a sus hijos como si se tratase de una familia intacta —aunque diste mucho de serlo—, con la salvedad de que los padres ya no viven juntos[15].

Y de esta forma se ha seguido manteniendo en los pronunciamientos jurisprudenciales, entre ellos, SSTS 11 febrero 2016[16], 12 abril 2016[17], 16 septiembre 2016[18], 13 diciembre 2017[19], entre varias de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo Sala 1ª, la última de ellas que determina que las modificaciones en las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, de los menores, aconsejadas por las nuevas necesidades de los mismos o circunstancias de sus padres, han de realizarse dando preeminencia al interés del menor, y considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial pero sí cierto. El régimen de custodia compartida es considerado como el sistema más razonable y adecuado en interés del menor, que ha de adoptarse siempre que sea compatible con dicho interés, y no supone ni un premio ni un castigo para los progenitores.

Por tanto, parece claro en la jurisprudencia que constituye el sistema de guarda y custodia, más aconsejable, la compartida entre ambos progenitores, como

14 STS 2 julio 2014 (RJ 2014, 4250)

15 Martinez Calvo, J.: *La guardia y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 71-72.

16 STS 11 febrero 2016 (RJ 2016, 249).

17 STS 12 abril 2016 (RJ 2016, 1336).

18 STS 16 septiembre 2016 (2016, 4449).

19 STS 13 diciembre 2017 (RJ 217, 5389).

regla general, sin perjuicio claro está de las particularidades de cada situación o procedimiento.

4. El superior interés del menor.

Desde la perspectiva del interés del menor que enmarca todo el Derecho de familia, así como el Derecho internacional, se hace necesario mantener como norte y meta de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, conforme la cual "los niños necesitan protección y cuidados especiales, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y ha de ser educado en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. En todas las medidas que les conciernan, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atenderán, como consideración primordial, al interés superior del niño".

El art. 39.4 de la Constitución Española el cual manifiesta que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

El legislador ordinario, en los arts. 90 y ss. CC, que parte del principio esencial de que "las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos".

Y el art. 159 CC que consagra el principio de favor filii al establecer que "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 suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años".

Así, este criterio se consolida y desarrolla en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece en su Exposición de Motivos como principio general que toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el interés del menor y no interferir en su vida escolar, social o laboral.

Respecto a las medidas que los Jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el art. 158 CC, se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y

se establece la posibilidad de que el juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal.

En definitiva, se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos.

La STS 17 junio 2013[20] se refiere al interés superior del menor como "la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino familiar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores como a los alimentos presentes y futuros…".

III. EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN Y CONGRUENCIA EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES Y DE MENORES.

La evolución normativa y jurisprudencial hacia la custodia compartida como regla general en favor del principio "favor filii", no resuelve expresamente si la custodia compartida podría llegar a acordarse de oficio incluso con la oposición de uno de los progenitores, máxime teniendo en cuenta que el proceso de familia entra dentro de los llamados "procesos especiales", donde no rigen igual los principios dispositivo y rogatorio.

El art. 92, apartado 5º, CC afirma que se acordará la custodia compartida "cuando así lo soliciten los padres", y en el apartado 8º, que el juez podrá concederla "a instancia de una de las partes".

20 STS 17 junio 2013 (RJ 2013, 4375).
Paniza Fullana, A.: "La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 8/2015: Basta una lectura de la jurisprudencia sobre rupturas matrimoniales y sus consecuencias, guarda y custodia compartida, atribución de la vivienda familiar, supuestos relacionados con la filiación, declaración de situación de desamparo, acogimiento, etc. para ver en todas ellos una misma referencia: el interés superior del menor, principio o cláusula general que los jueces se encargan de adecuar al caso concreto

En el mismo sentido, el art. 159 CC que permite al juez decidir en beneficio de los hijos, cuando estos no decidieren de común acuerdo, se refiere a "qué progenitor" asumirá el cuidado, eludiendo así la posibilidad de optar el juzgador por la custodia compartida de oficio en beneficio del menor.

Por tanto, de la regulación legal parece desprenderse la necesaria solicitud de parte, al menos por uno de los progenitores, para que el juez pueda adoptar la custodia compartida. Así lo ha considerado la doctrina[21] y la jurisprudencia de nuestros tribunales rechazando en la mayoría de las situaciones la custodia compartida pese a considerar que podría ser la medida más beneficiosa, si ninguno de los dos progenitores lo solicita expresamente.

No obstante, a priori, los tribunales, en virtud del principio "iura novit curia" y "da mihi factum ego dabo tibi ius", no tendrían por qué fundar sus resoluciones en las normas y argumentaciones jurídicas invocadas por las partes, pudiendo y debiendo hacerlo en las que, a partir de los hechos aportados y probados en autos, correspondan en Derecho al efecto jurídico pedido u opuesto por las ellas; pero siempre que no represente una alteración o desviación de sus pretensiones. Así, lo dispone el art. 218.1, párrafo segundo, de la Ley procesal civil cuando autoriza a los tribunales a resolver "conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes", pero con respeto a los fundamentos de hecho y de Derecho que las partes hayan querido hacer valer[22].

Sin embargo, el cambio de vista jurídico por el juzgador no justifica un cambio o alteración de las acciones deducidas por las partes en la fase expositiva del proceso, con la consiguiente desvinculación de los términos con que quedó definida la litis y la indefensión de las partes que centraron en su contemplación la actividad alegatoria y probatoria desarrollada en él[23]. No excluyen pues los principios referidos ("iura novit curia" y "da mihi factum ego dabo tibi ius"), la aplicación del principio dispositivo o rogatorio en un proceso civil declarativo.

21 Domínguez Oliveros, I.: *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 112: "un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. No puede imponerse de oficio".
Iglesias Martin C.R.: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad en plano de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 133-134: "Es necesario que la solicite al menos una de las partes. Con este requisito se ha impedido que se conceda la custodia compartida de oficio".

22 Como refiere la STC 44/1993, de 8 de febrero (RTC 1993,44): "si bien podría afirmarse que el Juez es, en términos generales, el `dueño del Derecho´, eso hay que entenderlo en su propio sentido, es decir, dentro de los límites que la potestad de elegir la norma aplicable le conceda el propio ordenamiento jurídico y la naturaleza de la función judicial".

23 SSTC 53/2005, de 14 marzo (RTC 2005, 53) y 56/2007, de 12 de marzo (RTC 2007, 56).

Pese a ello, los principios dispositivo y rogatorio no rigen igual en los llamados "procesos especiales" por la materia, entre los que se encuentran los procesos matrimoniales y los procesos de menores

El propio art. 216 LEC exceptúa del principio de justicia rogada los "casos especiales" en que la ley disponga otra cosa. Y lo hace en los procesos especiales que, por su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia, no se limitan a dispensar a pretensiones privadas la tutela judicial recabada, en los límites subjetivos y objetivos de lo pedido por los litigantes, sino que cumplen otras funciones de salvaguarda del interés público y de los derechos e intereses de los menores afectados por el conflicto.

Lo recuerda el Tribunal Constitucional cuando, refiriéndose a esta clase de procesos, declara que "la naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional stricto sensu, pues el principio dispositivo propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados"[24].

Y, en efecto, en la LEC, ni la renuncia, el allanamiento o la transacción (art 751.1), ni el acuerdo de los cónyuges o progenitores litigantes sobre las medidas relativas a la guarda y custodia de sus hijos menores (arts. 770.6 ª, 773.1, in fine, 774.4, 775.2 y 777.7), tienen para los tribunales la eficacia vinculante que para los procesos de objeto disponible se derivaría de los principios dispositivo, rogatorio y de congruencia.

Tampoco rige en aquellos procesos especiales con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (art. 752.1), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (art. 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (art. 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas que afectan a los hijos menores (arts. 770.4ª, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4).

24 SSTC 120/1984, de 10 de diciembre (RTC 1984, 120) y 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 4).

Y así se ha declarado por los Tribunales, por ejemplo, a la hora de acordar de oficio el informe psicosocial, aunque no se haya pedido expresamente por las partes[25], o la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar[26].

Pero estas particularidades no suponen la derogación o exclusión total en estos procedimientos de los expresados principios rectores del proceso civil y, en concreto, de los principios rogatorio y de congruencia procesal, en términos que permitan a los tribunales de instancia abordar y resolver las peticiones deducidas haciendo abstracción de la pretensión ejercitada para su consecución, de la razón jurídica de pedir que la sustenta y de las cuestiones que suscita y han centrado el debate procesal[27].

Pese a todo, la redacción del art. 92 CC, parece que no deja abierta la puerta a la posibilidad de acordarla de oficio sin petición expresa de alguna de las partes. El precepto establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: a) la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores; y, b) la segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos.

En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podría acordarse pese a las particularidades en proceso de familia de los principios dispositivo y rogatorio.

En este sentido, lo ha ratificado el Tribunal Supremo rechazando la posibilidad de acordar de oficio la custodia compartida, incluso dándose las condiciones más

25 SAP Zamora 16 septiembre 2019 (JUR 2019, 293162): "en los procesos matrimoniales la congruencia, como la correlación debida entre la pretensión y el fallo, se proyecta de forma distinta según se trate de la decisión sobre el vínculo conyugal o sobre las medidas consecuencia del mismo, ya que en relación a éstas, debe estimarse que juegan unos elementos de orden público no siempre sometidos al principio dispositivo y tutelables de oficio; por consiguiente, se hayan pedido o no expresamente por las partes, los efectos que las medidas solicitadas pueden comportar y que han de ser resueltos por el juzgador a tenor de lo que establece el art. 91 CC, no pudiéndose traer a colación principios dispositivos y rogatorios propios del proceso civil, pues en todo proceso matrimonial se dan elementos que no son de este orden, sino de 'ius cogens', precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia, y que persigue el interés de los menores".

26 STS 21 mayo 2012 (RJ 2012, 6532): "en consecuencia, no puede alegarse incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza 'ius cogens' que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como lo puso de relieve en su día la STC 120/1984 (RTC 1984,120)".

27 TSJ Navarra 23 octubre 2012 (RJ 2012, 11174).

favorables para ello, cuando ninguno de los progenitores solicita esta medida pese al informe favorable del Ministerio Fiscal[28].

A pesar de los beneficios que el régimen de custodia compartida pueda reportar al menor, el Tribunal Supremo exige que al menos lo solicite uno de los progenitores[29]. Cabe recordar al respecto que tanto el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental como la Propuesta de Código Civil, al regular esta cuestión, preveían la posibilidad de que el juez acordase la guarda y custodia aun no existiendo solicitud de ninguno de los padres al respecto, si bien este extremo, fue contestado desde diferentes sectores sociales y jurídicos[30].

Este sistema, solicitud por al menos uno de los progenitores, es el que se recogía también en las diferentes legislaciones forales de Aragón[31], Navarra[32] y País Vasco[33].

Como reconocía la STS 29 abril 2013, ciertamente existen otras soluciones legales, como la que se contemplaba en el art. 5.1 y 2 de la derogada Ley valenciana, Ley 5/2011, de 1 de abril, que no requería petición expresa de parte[34], pero no es esta solución la escogida por nuestro Código civil.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL A FAVOR DE LA CUSTODIA COMPARTIDA CON OPOSICION DEL PROGENITOR.

Por tanto, expuesto todo lo anterior, a lo largo del siguiente epígrafe van a analizarse las dos cuestiones que resultan fundamentales en este trabajo:

28 STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909) y 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269), entre otras.

29 STS 15 junio 2016 (RJ 2016, 2780) y 20 junio 2017 (RJ 2017, 3052)

30 Álvarez Olalla, Mª P.: "Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil- Mercantil, núm. 3/2018. *Vid*. "La presión social e intereses asociativos impiden la aprobación de una ley de guarda y custodia compartida", entrevista a Juan Pablo González del Pozo y Ángel Luis Campo Izquierdo, magistrados de familia, *Diario La Ley*, núm. 8701, 12 febrero 2016.

31 Art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) que prevé que: "cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos".

32 Art. 3 Ley Foral Navarra, Ley 3/2011, de 17 de marzo (derogada por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo), establecía que: "Cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos".

33 Art. 9.3 Ley Vasca, Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores: "El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias…".

34 En el caso de la norma valenciana, declarada inconstitucional por STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192), la regla general venía recogida en el art. 5.2 de la ley, que establecía que salvo que otra cosa hayan acordado los progenitores, el juez "atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos".

1. La posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio sin petición expresa por los progenitores.

Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero la pregunta es: ¿Puede planteársela de oficio el Tribunal que, no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público, le permiten resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores?

Pese a que alguna Sentencia así lo ha considerado, a nuestro juicio tanto el legislador como el Tribunal Supremo han sido muy claros a la hora de exigir expresa petición por parte de al menos uno de los progenitores en virtud del art. 92 CC.

Pese a ello, la SAP Valencia 22 abril 1999[35] adoptaba como medida de oficio la custodia compartida en beneficio de los hijos, atribuyendo la guarda y custodia compartida de los niños, alternativamente, al padre los meses pares y a la madre los impares, pese a que ambos progenitores solicitaban la custodia monoparental y ninguno de ellos, ni siquiera lo hizo el Ministerio Fiscal, había solicitado la guardia y custodia compartida.

En este supuesto, la sentencia de instancia acordaba que los hijos quedaran bajo la guardia y custodia materna, el progenitor paterno recurrió solicitando se le atribuyera la guardia y custodia de los niños por la inestabilidad emocional de la madre, el Ministerio Fiscal pide la desestimación del recurso, y pese a ello la Audiencia Provincial considera que la custodia compartida garantiza la obtención del superior interés del niño o "favor filii".

Como recoge la sentencia referida, en esta línea de "favor filii", debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores y "el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones

35 SAP Valencia 22 abril 1999 (AC 1999, 4941).

interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor".

En este sentido, según la citada sentencia, la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente, como parece desprenderse de los arts. 90 a 96 CC, sin embargo, concluye "ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas". Y continúa afirmando que si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos como se desprende de la lectura del art. 92, párrafo 2, CC, deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás.

Además, considera el Tribunal que 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 distingos en función de la edad de los niños, o el sexo del progenitor, pues la ternura, el cariño, la energía, la paciencia, o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo del uno o de la otra; muy al contrario, los dos pueden, y deben, ejercitarse en ellas y potenciarlas en beneficio de sus hijos.

En el caso enjuiciado, tanto el padre como la madre deseaban cuidar de sus hijos, pues ambos solicitan la atribución de la guarda y custodia, y ambos tienen a juicio del Tribunal la capacidad para cuidar adecuadamente a sus hijos, por lo que acordar de oficio "un régimen de custodia compartida en el que las figuras materna y paterna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada", se considera la decisión acertada por dos motivos; 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 4 CC), de otro, no desnaturalizar la relación interpersonal.

Posteriormente, en la Comunidad Valenciana, ya durante la vigencia de la ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que establecía la custodia compartida como normal general y prioritaria sin necesidad de petición expresa de parte, hasta su anulación por el Tribunal Constitucional en fecha 16 de noviembre de 2016[36], han sido varias las sentencias que establecían la custodia compartida aun con la oposición de ambos progenitores[37].

En el mismo sentido, la SAP Madrid (Sección 22ª) 15 febrero 2005, acuerda la guardia y custodia compartida sin que hubiera sido solicitada por ninguno de

36 STC 192/2016, de 16 noviembre (RTC 192, 2016).

37 Entre otras, SAP Valencia 30 noviembre 2012 (JUR 2013, 60287): "no puede hablarse de incongruencia cuando se trata de medidas que el juez adopte en aquellas materias en que puede actuar de oficio, por estar interesados menores".

los progenitores, porque la Sala estimó que esta medida era la más conveniente para el equilibrio psicoafectivo de la menor; y, asimismo, una SJPI Tenerife 2 marzo 2005, también estableció este sistema de relaciones paternofiliales, sin que hubiera sido solicitado por ninguno de los progenitores, pese a que posteriormente fue revocado por la Audiencia Provincial[38].

Sin embargo, insistimos, esta no resulta la solución habitual en la jurisprudencia, si no que la mayoría de los tribunales rechazan la custodia compartida cuando no hay solicitud de parte, ni siquiera, aunque lo solicite el Ministerio Fiscal[39], y el sistema determinado por nuestro Código Civil exige la petición conjunta por ambos progenitores o, al menos, la solicitud a instancia de una de las partes, sin la cual no podrá acordarse, y así lo ha refrendado el Tribunal Supremo.

2. La posibilidad de adoptar la custodia compartida con la oposición de uno de los progenitores si lo solicita al menos el otro progenitor.

Aunque nada dice al respecto el art. 92 CC, en la legislación autonómica sí se dice, o decía en algunos casos de normativa derogada, expresamente que, en defecto de pacto entre las partes, el juez podrá acordar la custodia compartida o la individual, aunque la demande uno sólo de los progenitores con la oposición del otro progenitor.

El art. 80.5 del Código del Derecho foral de Aragón dice que "la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor"[40]; y el art. 5.2 de la derogada Ley Valenciana establecía que "como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos".

En ambos casos, tanto en la regulación aragonesa como en la valenciana, se establecía -antes de la reforma[41] y derogación, en uno y otro caso- como modelo preferente, aunque no de aplicación automática, el modelo de custodia compartida,

38 Citadas por Romero Coloma, A.: "La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863/2013.

39 SAP A Coruña 26 diciembre 2016 (JUR 2017, 14851) atribuye la custodia compartida a favor del hijo menor, pero no en el caso del otro hijo donde ninguno de los progenitores lo ha solicitado.

40 González Del Pozo, J.P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley,* núm. 7537, 2010.

41 Ley 6/2019, de 21 de marzo, que modifica el Decreto Legislativo 1/2011 o «Código del Derecho Foral de Aragón», en concreto, el art. 80.2 en lo referido a la atribución de la custodia a los menores de edad en caso de separación, divorcio o ruptura de relación de hecho.

lo cual era criticado desde el punto de vista doctrinal, dado que, el establecimiento de un sistema preferente puede llevar a soluciones injustas y poco garantistas[42].

No obstante, el hecho de que nuestro Código Civil no diga expresamente en el art. 92, como si lo hace la legislación foral, que podrá acordarse la custodia compartida con la oposición de uno de los progenitores no significa que lo excluya, todo lo contrario, la expresa petición de uno de los progenitores que menciona el legislador implica que no existe acuerdo al respecto y, por consiguiente, que existe oposición de la otra parte.

Es más, el art. 159 CC establece que, 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 suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

Por ello, no se termina de comprender la polémica suscitada por algunas sentencias como la SAP Córdoba 23 enero 2018[43] y la SJPI Leganés 11 julio 2019[44], que atribuyen la custodia compartida pese a la oposición de uno de los progenitores, pues existe expresa solicitud de parte al respecto.

La controversia viene dada porque la jurisprudencia citada atribuye precisamente la custodia compartida al progenitor que "no la quiere", no al que la pide para sí con oposición del otro, lo cual a juicio de esta parte resulta jurídicamente correcto siempre que se den las circunstancias necesarias para su concesión.

La SAP Córdoba 23 enero 2018[45] resuelve un supuesto donde el hijo menor padece una discapacidad del 33% con trastorno del desarrollo y retraso madurativo con una evolución desfavorable de la enfermedad. La madre, que tenía atribuida la guarda y custodia por sentencia de divorcio, solicitaba en la demanda de modificación de medidas aprobadas la custodia compartida por desbordamiento de problemas en el entorno materno, sobrevenido por la enfermedad y posterior fallecimiento del padre por cáncer que era quien le prestaba incondicional y

42 Martinez Sanchis, N.: "La guardia y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 5-1, 2016: "la técnica legislativa empleada por Aragón y Valencia no resulta la más adecuada ya que establecer el modelo de custodia compartida con carácter preferente, facilitando ampliamente la actuación judicial hacia esta dirección y dificultando el establecimiento de una custodia individual, constituye una presunción legal de que un régimen jurídico es mejor que otro. En mi opinión, dicho carácter preferente no garantiza adecuadamente el interés superior del menor, que es el fin último a proteger, ya que en este tipo de supuestos hay que estar a cada caso en concreto para ver cuál es el régimen de custodia que mejor garantizará el interés de los menores y no al establecimiento de un sistema de preferencia que en ocasiones, puede llevar a soluciones injustas y poco garantistas".

43 SAP Córdoba 23 enero 2018 (JUR 2018, 46596).

44 SJPI Leganés 11 julio 2019 (Diario La Ley, núm. 9489, Sección Jurisprudencia, 2 de octubre de 2019).

45 SAP Córdoba 23 enero 2018 (JUR 2018, 46596).

permanente ayuda, manifestando la situación insostenible para la misma de su exclusiva y esencial atención hacia aquel. Se pretendía así una mayor implicación de su ex cónyuge para corresponsabilizarse en el cuidado de los menores, mediante el establecimiento al efecto del régimen de custodia compartida entre ambos. El padre se negaba a la custodia compartida.

El Tribunal considera que la excepcionalidad de las circunstancias del caso, demandan medidas de mayor exigencia recíproca de parte, más allá de las consideraciones ordinarias sobre la mera preferencia o alternativa posible entre diversas opciones de guarda y custodia sobre hijos comunes menores.

Y que dada aquella evolución negativa apreciada sobre el referido menor, la necesidad de mayor atención que demanda el mismo, el riesgo de diferencias entre hermanos abiertas que puedan repercutir con perjuicio sobre ambos, lastradas por la actual situación sostenida de un régimen de custodia exclusiva, que no ha servido para un mejor entendimiento de partes. Además, superado por las circunstancias personales de los progenitores, en particular de la madre con la quiebra acontecida en su red de apoyo familiar más inmediata, y necesidad de un cambio de alcance en tales circunstancias. Apreciadas las posibilidades e idoneidad de ambos padres a estos efectos, justificaban el cambio hacia el régimen de custodia compartida que resulta aceptado.

En el mismo sentido, la SJPI núm. 1 Leganés 11 julio 2019[46] declara que el padre no puede negarse a ejercer la custodia compartida si concurren los requisitos que justifican su establecimiento.

En ese caso, la madre es también quien solicita la guardia y custodia de la hija en común de forma compartida porque quiere incorporarse al mercado laboral siendo necesario que el padre se involucre en su custodia, oponiéndose el padre al solicitar que se atribuya la guardia y custodia de la menor a su madre por ser la que mejor la puede atender.

El Juzgador estima la solicitud, pese a la negativa del padre a la custodia compartida y los obstáculos de organización y asistencia que éste alegaba, estimando que ambos progenitores son idóneos para el ejercicio de la custodia y se encuentran en una situación similar familiar y económicamente hablando. Ambos tienen hijos menores de anteriores parejas y la asistencia de los hijos es prioritaria a cualquier otra cuestión.

Además, recalca la sentencia referida que los efectos positivos de la guarda y custodia compartida:

46 SJPI Leganés 11 julio 2019 (Diario La Ley, núm. 9489, Sección Jurisprudencia, 2 de octubre de 2019).

"a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;

b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.,

c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;

d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;

e) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores;

f) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor;

g) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor".

En definitiva, vistas las dificultades que supone de por sí la conciliación de la vida laboral y familiar para ambos progenitores, a juicio de esta parte no existe justificación alguna, legal ni moral, para no atribuir la custodia compartida al progenitor que se niega a ello siempre que se den las circunstancias adecuadas y se produzca en beneficio del menor, favoreciendo así un reparto equitativo de los deberes y responsabilidades que integran la patria potestad como institución de orden público encargada de velar por el cuidado de los hijos. No se trata de "imponer" la custodia compartida a quien no la ha solicitado, si no de ponderar las

circunstancias concurrentes y valorar el beneficio del menor, pues el cuidado de los hijos es un derecho, pero también un deber inherente al ejercicio de la patria potestad que comparten ambos progenitores.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, Mª P.: "Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil- Mercantil, núm. 3/2018.

Cañizares Laso, A y De Pablo Contreras, P.: *Código Civil Comentado,* vol. I, Civitas, mayo 2016.

Contreras Romero, J.: *Aspectos básicos de la ley valenciana de custodia compartida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

De Verda y Beamonte, J. R.: "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017.

Domínguez Oliveros, I.: *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

González Del Pozo, J.P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, núm. 7537, 2010.

Iglesias Martin C.R.: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad en plano de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Martinez Calvo, J.: *La guardia y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Martinez Sanchis, N.: "La guardia y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 5-1, 2016.

Romero Coloma, A.: "Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad", *Revista Aranzadi*, Doctrinal núm. 4/2015.

Romero Coloma, A.: "La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863/2013.

Paniza Fullana, A.: "La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 8/2015.

Pinto Andrade, C.: "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Revista de Derecho y Ciencias Sociale*s, núm. 9, Año 2015, junio-diciembre, pp. 143-175.

LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA: ELEMENTOS FUNDANTES DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN

JOINT CUSTODY IN COLOMBIA: FOUNDING ELEMENTS OF A NEW CONCEPTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 382-409

Esperanza
CASTILLO
YARA

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Las familias como unidades sociales se transforman, pero el vínculo que se da entre padres e hijos menores de edad permanece en el tiempo; por eso, es importante el estudio de la custodia. La institución jurídica de la guarda y custodia compartida carece de regulación en Colombia; su reconocimiento a nivel jurisprudencial por la reciente sentencia STC12085-2018 de la C.S. de J., permite un acercamiento a la positivización de la figura y lleva a analizar los retos actuales en el Derecho de Familia.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida; criterios de atribución; responsabilidad parental; interés superior del niño.

ABSTRACT: *Families as social units are transformed, but the bond between parents and minor children remains over time; that is why the study of custody is important. The legal institution of joint custody lacks regulation in Colombia; it is recognition at the jurisprudential level by the recent judgment in STC12085-2018 of the C.S. de J., allows an approach to the positivization of the figure and leads to an analysis of the current challenges in Family Law.*

KEY WORDS: *Joint custody; attribution criteria; parental responsibility; the best interests of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II POSITIVIZACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA ¿SE ALCANZÓ EL OBJETIVO?- III. UNA LUZ EN EL CAMINO: LOS NUEVOS DERROTEROS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ÁMBITO JURISPRUDENCIAL.- 1. La Sentencia de 18 de septiembre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia.- 2. La Sentencia de 20 de septiembre de 2018 de la Corte Constitucional.- IV. ENFOQUE ACTUAL Y RETOS DEL FUTURO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La custodia compartida no es una figura jurídica nueva en el Derecho de familia colombiano. En Colombia, su adopción se venía dando en el marco de un acuerdo entre los progenitores. En el ámbito jurisprudencial no constituía la alternativa principal, sino un camino posible cuando ambos padres contaban con las condiciones propicias para garantizar los derechos de sus hijos. La Corte Suprema de Justicia reconoce la custodia compartida como regla general en la Sentencia STC12085-2018, lo cual fija un nuevo paradigma en la materia.

La típica familia conformada por padre, madre e hijos - que era en Colombia el común denominador décadas atrás-, perdió importancia. No es extraño que aparezcan otras formas de organización familiar y en todas resulta fundamental el vínculo entre padres e hijos, o entre los niños y algún adulto a su cargo[1]. Por lo tanto, la custodia es una institución jurídica que debe ser abordada por los Estados a fin de asegurar los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes de su nación.

Con independencia del tipo de familia que se trate, el vínculo entre padres e hijos resulta ser importante para determinar el tiempo, modo y lugar en que los padres se encargarán del cuidado personal y custodia de sus hijos. De igual forma, es relevante el vínculo generado entre los menores con otros miembros de la familia, para decidir a quién se le otorga la custodia. En cualquier caso, el conflicto jurídico generado como consecuencia de las dificultades para determinar la custodia, constituye un asunto de competencia de la jurisdicción de familia.

1 Departamento Nacional de Planeación. Observatorio de Familia. "Tipología de familias en Colombia Evolución 1993 -2014", 2015, p. 10.

• Esperanza Castillo Yara
Doctoranda en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca. Abogada y magíster en Educación de la Universidad del Tolima. Investigadora del grupo Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. ORCID ID: 0000-0003-0970-4269. Correo electrónico: esperanzacy@gmail.com

La Carta fundamental del Ordenamiento jurídico colombiano consagra disposiciones referentes a la importancia de la familia, la igualdad de sus miembros y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En su art. 5 "reconoce la familia sin discriminación alguna y la ampara como institución básica de la sociedad"; además, en el art. 42 insiste en la idea de que "la familia es núcleo fundamental" y deja en manos del legislador la regulación de la progenitura responsable. Por su parte, el art. 43 dispone "iguales derechos y oportunidades a mujeres y hombres", lo cual debe reflejarse también en las decisiones relacionadas con sus hijos.

El art. 44 de la Constitución establece los derechos fundamentales de los niños, dentro de los cuales destaca el de "tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión". Frente a los adolescentes en el art. 45 plantea "la protección y formación integral". La posibilidad de otorgar cuidado personal y custodia tratándose de niños o adolescentes, depende de los factores que representen mayores beneficios para su integridad y formación. Otrora la asignación de custodia monoparental, resultaba ser la regla general y no la excepción. Así se creía garantizar el derecho a tener una familia, pues bastaba con reglamentar un régimen de visitas al progenitor no custodio.

En este contexto, no podemos olvidar que el punto de partida ha de ser siempre el principio del interés superior del menor, consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del niño. Dicho principio ha sido establecido por la Corte Constitucional como criterio fundamental, para garantizar la prevalencia de derechos en razón a la edad de los niños, niñas y adolescentes -sujetos de especial protección constitucional-. Se parte de considerar que este grupo poblacional requiere especial atención porque se encuentra en una situación propensa a que se le vulneren sus derechos, así como también se considera que se debe acompañar el proceso de crecimiento para que puedan tomar decisiones adecuadas para su vida, siguiendo el camino de la adquisición progresiva de capacidad[2].

Colombia como Estado parte de la convención, cuenta con la gran responsabilidad de garantizar la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes a través de sus decisiones judiciales, administrativas, legislativas e institucionales. Por eso, mediante la ley 12/1991, Colombia adopta la Convención y posteriormente aprueba la ley 1098/2006, denominada Código de la Infancia y la Adolescencia, en la que eleva a sujeto de especial protección a los niños y adolescentes, y desarrolla los conceptos de corresponsabilidad, responsabilidad parental, custodia y cuidado personal, que eran apenas referidos en el Código Civil.

2 Daza Rojas, J.M.: "Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes", *Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, 2018, núm. 34, p. 80.

Las disposiciones relativas a la igualdad empezaron a incorporarse en el Código Civil, antes de 1991; por ejemplo, el Decreto 2820/1974 "por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones" fijó la potestad parental en cabeza de ambos padres, lo cual significó la igualdad de derechos y deberes sobre los hijos no emancipados, además de establecer la dirección conjunta del hogar y del sostenimiento de la familia; y el Decreto 772/1975 modificó el Código Civil al establecer que ambos padres debían encargarse conjuntamente de la crianza y la educación de sus hijos.

En relación con el cuidado y custodia, el Código Civil dispone en el art. 253 que "toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos". Lo cual significa que la progenitura responsable deriva del ejercicio de la custodia y el deber de cuidado personal de los hijos por parte de ambos progenitores, y excepcionalmente, a uno de éstos. Ahora bien, en caso de que los padres presenten inhabilidad física o moral, el art. 254 establece "Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos".

El Ordenamiento civil pasó de un modelo patriarcal con criterios legales hermenéuticos propios de los códigos civiles del siglo XIX a uno producto de la interpretación y, en consecuencia, reconstrucción de estos, para estar a tono con sistemas sociales y familiares más democráticos[3]. Pretende que el niño o adolescente cuente con las condiciones idóneas para su crecimiento y formación; que las decisiones de cuidado personal y custodia se orienten a que el menor de edad no sufra una ruptura de sus vínculos afectivos. En principio, los hijos deben permanecer con ambos progenitores, pero en atención a las particularidades de los casos que se examinen en un tribunal, debe optarse por la decisión que salvaguarde el eje rector del interés superior del niño.

Como puede verse, el Ordenamiento jurídico colombiano hace referencia a la responsabilidad parental, habla de la protección de menores de edad, prevé una jurisdicción encargada de dirimir los conflictos que se suscitan en el seno de la familia, pero no hace una especial mención del tipo de custodia que se puede otorgar en los casos concretos, ni mucho menos contempla expresamente la institución de la custodia compartida. Ahora bien, el hecho de que la normativa no recoja esta forma de guarda no significa que la custodia compartida sea una figura jurídica nueva en el Derecho de familia colombiano. En Colombia, esta fórmula, a pesar del silencio de la ley, se venía adoptando en el marco de un acuerdo entre

3 Herrera, M. y Lathrop, F.: "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", *Revista de Derecho Privado,* 2017, núm. 32, p. 145.

los progenitores. Tampoco era desconocida en el ámbito jurisprudencial, mas no constituía la alternativa principal; era únicamente un camino posible cuando ambos padres contaban con las condiciones propicias para garantizar los derechos de sus hijos. El administrador de justicia tenía en sus manos determinar la decisión que resultara más conveniente a los intereses de los hijos, que se encuentran involucrados en las controversias jurídicas que le corresponde examinar.

Ante esta situación, en el presente trabajo nos proponemos abordar las vicisitudes que la custodia compartida está experimentando en Colombia. Comenzaremos analizando cómo esta figura pudo incorporarse al Ordenamiento colombiano mediante el malogrado proyecto de ley Número 249/2008, para detenernos a continuación en el estudio del precedente que han sentado en la materia la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia- órganos de cierre de las jurisdicciones constitucional y ordinaria-, al reconocer en su jurisprudencia que la custodia compartida debe ser la regla general; seguidamente, se estudia. Finalmente, pondremos de relieve qué ocurre en la actualidad con el régimen de la guarda y custodia en Colombia e incidiremos en algunos de los retos que esperan a la familia, la sociedad y el Estado.

II. POSITIVIZACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA ¿SE ALCANZÓ EL OBJETIVO?

Ninguna disposición colombiana consagra hoy por hoy la figura de la custodia compartida; ello no significa, sin embargo, que no se haya presentado ninguna iniciativa legislativa a tal fin. En este sentido, cabe señalar que en el año 2008 se presentó el proyecto de ley número 249/2008 "por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores" para su discusión en el Senado de la República. Dicho proyecto contenía nueve artículos, en los cuales se establecía una custodia alternada por periodos iguales de tiempo entre el padre y la madre, en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio.

La negativa experiencia de la legislación sobre divorcio o separación y los estudios realizados en diversos países para aquella época, demostraban que el interés del niño era incompatible con el sistema de custodia exclusiva que se aplicaba en Colombia; se requerían cambios legales profundos que dieran paso a nuevas fórmulas de compartición de la responsabilidad parental[4]. El país se enfrentaba además a la falta de regulación en relación a diversas materias de Derecho de familia -matrimonio civil y uniones maritales entre personas del

4 Senado de la República de Colombia: "Proyecto de Ley número 249 de 2008 Por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores", *Gaceta del Congreso, vol* XVII, núm. 97, p. 8.

mismo sexo, adopción complementaria, particularmente-, que no se ajustaban a los paradigmas tradicionales y tampoco tenían un lugar en la legislación interna.

La iniciativa legislativa tomaba como punto de partida la igualdad de derechos y obligaciones entre ambos padres, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y la responsabilidad parental; ésta última, según el art. 14 del Código de Infancia y Adolescencia, constituye "Un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos."

Así las cosas, la responsabilidad parental exigía que se estableciera una fórmula para que ambos padres asumieran su rol en el cuidado y custodia de sus hijos. Elementos a tener en cuenta, a estos efectos, eran la estabilidad emocional que generaría estar con ambos progenitores, la posibilidad de los padres de presentar de mutuo acuerdo un plan de custodia al juez de familia, el tiempo de convivencia que permita al niño el mayor disfrute, la presencia y cuidados de ambos padres. En este sentido, parece que los intercambios deberían ser más frecuentes en edades tempranas, mientras que tratándose de adolescentes los tiempos de permanencia con cada uno de los progenitores podrían espaciarse más.

El art. 23 de la Ley 1098/2006 establece que los infantes y adolescentes tienen "el derecho a que sus padres, de forma permanente y solidaria, asuman directa y oportunamente su cuidado". El carácter de permanencia se refiere a que la interacción entre padres e hijos sea prolongada y de calidad, que no se vea interrumpida por la ruptura que se pueda llegar a generar en la relación de pareja, o por las distancias al fijarse residencias en lugares remotos uno de otro. Así que la permanencia radica en que el niño o niña, no tendrá que vincularse a todas las personas que aparecen en sus vidas, pero sí a sus padres, que como sujetos más próximos se constituyen en referente de su desarrollo.

No importa entonces la composición de la familia, ya que esta responde a nuevas realidades sociales y por lo tanto se configura en una u otra forma; según plantea Horno, resulta fundamental el vínculo afectivo que se genera entre los padres y los hijos, porque puede incidir en las demás relaciones sociales que estos últimos mantengan; lo que importa, es que no se base su convivencia en una mera interacción, ya que esto hace que se pierda sentido psicológico y evolutivo[5].

5 Horno Goicoechea, P.: "Desarrollo del vínculo afectivo", en AA.VV.: Curso de Actualización Pediatría 2008. (coord. por C. Martínez González), Exlibris Ediciones, Madrid, 2008, pp. 303-310.

Por lo que se refiere al carácter solidario del cuidado que deben asumir los padres según el Código de la Infancia y la Adolescencia, cabe señalar que tiene que ver con el deber de los padres de participar de forma dual. Esto se materializa, por ej., en la distribución equitativa de los alimentos, siempre bajo el marco de la situación económica de los padres y del tiempo que van a estar directamente con sus hijos. Por ello, al tratarse de una custodia compartida debe procurarse la igualdad, en términos de no otorgar diferencias o privilegios a los sujetos en igualdad de circunstancias, debería suponer que en el momento de aplicar la ley no se violen los derechos de aquellos que están en situaciones de vulnerabilidad, como ha ocurrido con las mujeres, en el caso de la prestación de alimentos para los menores cuando ellas tienen la custodia[6].

El régimen de custodia alternada se contemplaba en el proyecto de ley como regla general; mas, tal regla podía modificarse a la vista de las circunstancias del caso concreto, en búsqueda de la prevalencia del interés superior del niño, niña o adolescente. En este sentido, el inciso segundo del artículo 5 de la propuesta, preveía la suspensión, disminución o incluso restricción del régimen cuando por causas de extrema gravedad se dejaran en peligro la seguridad o salud del hijo; tales causas debían ser apreciadas por el Juez de Familia.

Además, establecía las causales por las cuales se perdía la custodia y cuidado personal de forma definitiva y temporal. Pretendía el legislador instruir a los jueces sobre cuál era la persona en mejores condiciones para asignarle la custodia. En sede judicial, correspondía al juez fijar el régimen de visitas para el progenitor durante el tiempo que no contara con la custodia. De este modo, eran fijadas las pautas para el cumplimiento del deber de atención personal y las consecuencias del incumplimiento de los deberes paternos.

Pese a sus aspectos positivos, especialmente, la coparticipación en el desarrollo de las funciones parentales; el proyecto de ley número 249/2008 no ofrecía una definición clara del tipo de custodia que pretendía reglamentar, e involucraba indistintamente en sus preceptos la custodia alternada y compartida. Así pues, no estaba claro si se trataba de la atribución de un régimen de cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta o alternada, o simplemente una distinción entre la custodia compartida de la exclusiva.

Es bien sabido -según explica Guillarte Martín-Calero- que "el sistema de guarda exclusiva implica la atribución de la titularidad de la potestad de guarda a uno de los progenitores, correspondiéndole al otro un régimen de comunicación y estancia fijado de común acuerdo por los padres o, en su defecto, por la autoridad

6 Jaramillo Sierra, I.C. y Anzola Rodríguez, S. I.: *La batalla por los alimentos: El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Ediciones Uniandes - Universidad de los Andes, Bogotá, 2018, p. 29.

judicial". La guarda y custodia compartida o alternativa en España constituye un modelo más de guarda; en su opinión, con el tiempo terminará convirtiéndose en el "modelo principal de guarda y custodia, pues es el que mejor responde a las necesidades de una sociedad moderna, en la que hombre y mujer comparten durante la vida común, funciones y responsabilidad, de suerte que, producida la ruptura, estas funciones y esta responsabilidad debe alcanzarles por igual"[7].

Para autores como, Becerril, Duarte, Arboleda y Díaz, hay tres tipos básicos de custodia: Exclusiva, concedida a un solo progenitor; partida, que suele sustituir un acuerdo original de custodia conjunta; y conjunta, que implica a ambos progenitores en la crianza de los hijos[8]. Por su parte, Fariña, Seijo, Arce, y Vázquez hacen referencia a que la custodia compartida obedece a situaciones difíciles de concretar en una única categoría; por lo tanto, la custodia exclusiva, custodia partida y custodia conjunta podrían encajar dentro del concepto general de custodia compartida[9]. En el caso chileno, el cuidado personal compartido – en que la residencia es indistinta, alternada o conjunta-, se concede un tipo de cuidado personal que solo puede ser de común acuerdo- y es un tipo específico de cuidado personal, denominado como custodia conjunta. Es decir, que en este caso, se trata de un sistema de custodia conjunta como regla general de atribución judicial frente al conflicto de los padres, que otorga la custodia personal a uno de ellos[10].

En materia de guarda y custodia compartida la STS 8 octubre 2009[11], reiterada en la de 10 y 11 de marzo de 2010[12], establece: "Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada

7 Guillarte Martín-Calero, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *InDret,Revista para el análisis del Derecho*, 2010, núm.3, p. 10. A diferencia de lo que sucede en el Derecho catalán o en el Derecho aragonés, el CC español optó por dotar al modelo de la guarda y custodia compartida, "en su atribución judicial, de un carácter subsidiario y, casi, excepcional, al rodearlo de numerosas exigencias y cautelas, primando al modelo de guarda exclusiva". En su fijación convencional, sin embargo, guarda exclusiva y custodia compartida se encuentran en pie de igualdad. Los padres pueden elegir entre un modelo u otro sin necesidad de justificar su elección; el juez, en cambio, de acuerdo con la redacción dada en 2005 al art. 92, no podía fijar un modelo de custodia compartida si no lo había solicitado una de las partes, existía informe favorable del ministerio fiscal y se daban los condicionantes de orden fáctico que hicieran presumir que el régimen establecido era el más adecuado y el que mejor permitía proteger el interés del menor. La exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal fue declarada inconstitucional por STC de octubre 17 de 2012.

8 Becerril, D., Duarte, J., Arboleda, M., y Díaz, M.: "Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos", *Reis*, 2001, núm. 95, p. 221.

9 Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., y Vásquez, M.J.: "Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma", *Anuario de Psicología jurídica*, 2017, vol. 27, núm.1, p. 109.

10 Barcia Lehmann, R.: "Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno", Revista de Derecho Privado, 2017, núm. 32, p. 223.

11 STS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606)

12 STS 10 marzo 2010 (RJ 2010, 94), STS 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340)

uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los art.76.1.b y 139 del Códi de Familia de Catalunya)."

El proyecto de ley colombiano se proponía introducir un sistema de custodia compartida semejante al consagrado por la Ley 15/2005 en España; establecía que la custodia compartida podía concederse por acuerdo de los progenitores, refrendada por el juez de familia o a falta de acuerdo, que fuera solicitada por uno de ellos. La iniciativa incurría en el mismo punto crítico del art. 92.8 CC español, no se entendía el nuevo régimen de custodia como normal sino como excepcional, pues un criterio de atribución era necesariamente el interés de los padres o uno de ellos a que se fijara la custodia compartida. Afortunadamente para el ordenamiento Español, el Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial - STS 29 abril 2013, 2 julio 2014, 16 febrero 2015, 17 marzo 2016-[13], estableció que no es una medida excepcional faltando acuerdo.

El problema residía en que el proyecto de ley 249/2008 procuraba unos límites inciertos, toda vez que no estaba claro el tipo de custodia compartida que el legislador buscaba regular, régimen que circunscribía exclusivamente a tres supuestos –la separación, el divorcio y la nulidad del matrimonio-; dejaba fuera, pues, situaciones diversas de las familias como, por ejemplo, la de los hijos de padres que nunca hubieran tenido convivencia, a pesar de ser una configuración de familia igualmente importante en los nuevos contextos sociales del siglo XXI. Más allá del tipo de custodia que se establezca, es importante que la legislación interna determine los presupuestos jurídicos, criterios de interpretación y circunstancias materiales, que deben darse para que se perfeccione la modalidad de custodia regulada; y no simplemente signifique una división de la permanencia de los hijos con los padres en un 50%, que pudiera recibir cualquier denominación.

Los términos de custodia y cuidado personal se empleaban como sinónimos, pero sus implicaciones son diferentes. La custodia del hijo implica vínculos de derecho y, de hecho, derechos y facultades y situaciones puramente materiales, que deben considerarse en cada caso. Es la tenencia misma del menor[14]. Por su parte, el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, corresponde a los dos padres y, en atención a lo dicho por la Corte, a la familia en general. Así pues, aquel a quien corresponden las visitas debe garantizar también el cuidado

13 STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269), STS 2 julio 2014 (RJ 2014,4250), STS 16 febrero 2015 (RJ 2015, 564), STS 17 marzo 2016 (RJ 2016, 1339).

14 Parra Benítez, J.: *Derecho de familia*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2018, p. 545.

personal; no puede desligarse de su responsabilidad dejando a quien tiene la custodia la obligación de estar al tanto del hijo; si no fuera así, la reglamentación de visitas se convertiría en una forma de mantenerse desprendido de los asuntos propios de sus hijos.

El juez de familia, por su parte, debía refrendar la custodia en caso que de consuno fuera acordada en conciliación prejudicial. Olvidaba el legislador en este punto, que el Defensor de Familia -dentro de sus atribuciones-, debe aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño (art. 82 No.9 Ley 1098/2006). Conferir tal tarea a la jurisdicción desvirtúa la conciliación como instrumento de paz, que permite la participación de los actores en conflicto y secundariamente apoya la administración de justicia en su descongestión y/o crisis, que por tantos años ha sufrido[15].

Este proyecto, sin embargo, se quedó en iniciativa, pues en debate de la Comisión primera del Senado fue desestimado y se aprobó su archivo. El legislador consideró que "no era conveniente para los menores asignar la custodia con un simple criterio de equidad, basado en los derechos de los padres, mas no en los prioritarios de los hijos. La custodia debía basarse en diagnósticos, conceptos sociales, evaluaciones psicológicas y, si es del caso, en pruebas psiquiátricas realizadas por expertos. Adicionalmente, la forma en que estaba planteado, imponía el régimen de custodia compartida en todos los casos, lo cual resultaba inconveniente y podrían vulnerarse derechos de los niños, niñas y adolescentes a quienes se les impusiera dicho régimen, y de los padres, cuando no estuviesen en condiciones de asumirla o ella no fuere aconsejable"[16].

Este pronunciamiento favorable al archivo del proyecto de ley presenta reparos; como se analizó líneas atrás, se proponía la custodia compartida como la fórmula más favorable para garantizar el interés del menor; ello no significaba, que el administrador de justicia tuviera que adoptarla en todo caso. Además, el articulado contemplaba la suspensión, la disminución y la restricción del régimen de custodia; por lo tanto, el juez debía proteger a todas luces el interés superior, lo cual estaba dirigido a las situaciones particulares en que no fuera recomendable optar por la custodia compartida.

En síntesis, a nivel legislativo, en Colombia, solo se ha dado un acercamiento fallido a la custodia compartida en el año 2008, justo cuando otros Ordenamientos

15 Illera Santos, M.J.: "Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de justicia en Colombia", Tesis doctoral dirigida por Juan Ramón de Páramo Arguelles. Universidad de Castilla-La Mancha (2018), p. 175. En https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.unibague.edu.co/servlet/tesis?codigo=150041

16 Senado de la República de Colombia: "Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley número 249 de 2008 por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores", *Gaceta del Congreso, vol* XVII, núm. 393, p. 10.

jurídicos regulaban la materia[17]. Aunque tanto la iniciativa como la ponencia para primer debate se dirigían a que prevaleciera el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, el tema fue estudiado desde dos ópticas distintas, que tuvo como resultado el archivo del proyecto, al no lograr confluir el análisis hecho al respecto desde las dos aristas.

En realidad, el proyecto de ley número 249/2008 habría podido ser adecuado, a fin de zanjar el vacío del sentido de la custodia compartida como régimen general y no de carácter obligatorio; podrían haberse precisado las causales de pérdida de la custodia, la forma de recuperarla, la extensión a otras situaciones familiares y esencialmente se hubiesen establecido los presupuestos legales para adoptarla. De modo que, "la legislación fuera proclive a aceptar una mayor autonomía de los progenitores en materias que podrían impactar la vida de los hijos después de la ruptura, pero cuando no se arribara a acuerdos, la intervención del juez y su equipo interdisciplinario debía ser imperiosa"[18].

III. UNA LUZ EN EL CAMINO: LOS NUEVOS DERROTEROS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ÁMBITO JURISPRUDENCIAL.

1. La Sentencia de 18 de septiembre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia.

Diez años después del intento legislativo de llevar a mandato legal la custodia compartida, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en su Sentencia STC12085-2018, ha reconocido la posibilidad de acudir a esta figura[19]. En dicha resolución -proferida al resolver, en segunda instancia, una acción de tutela impetrada contra un despacho judicial, que decidió atribuir la custodia y cuidado de manera compartida y alterna a padre y madre-, el alto tribunal señala los criterios que las autoridades judiciales, administrativas y legislativas deben tener en cuenta en relación con la atribución de la custodia. Expongamos brevemente el supuesto de hecho.

La accionante había promovido proceso de custodia y cuidado personal de su hijo, contra el padre del menor. El Juzgado de Familia de Soacha dictó sentencia asignando de manera compartida la custodia y el cuidado personal del menor a ambos padres. La decisión se fundamentó en el acervo probatorio: entrevista hecha por la trabajadora social al niño; las visitas sociales practicadas a las residencias de ambos progenitores, que arrojaban contar con las condiciones óptimas

17 A saber, en España, Ley 15/2005, de 8 de julio; en Italia, Ley 54/2006, de 8 de febrero; en Francia, Loi N° 2002-305, du 4 mars; Argentina art. 649 y 650 Código Civil y Comercial.

18 Herrera, M., y Lathrop, F.: "Relaciones jurídicas", cit., pp. 143-173.

19 CS de J 18 septiembre 2018. STC 12085-2018.

habitacionales requeridas; y los dictámenes psicológicos, que daban cuenta de la condición sana mental, personal y laboral de los mismos.

A la vista de la sentencia, la mujer interpuso acción de tutela en nombre propio y en representación de su hijo contra el Juzgado de familia de Soacha, con base en lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 2591/1991, que dispone: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto"; en su sentir, se habían vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y a tener una familia y no ser separados de ella. La accionante consideraba que el Despacho judicial no había tenido en cuenta la opinión del menor, pues en el proceso de cuidado y custodia de su hijo, promovido en el Juzgado de familia de Soacha, constaban entrevistas en las que el niño había manifestado su deseo de vivir con ella; en consecuencia, el operador judicial no debía haber optado por otorgar la custodia a ambos progenitores, sino que debería haberla asignado en q exclusiva a la madre accionante, máxime cuando la decisión significó que inicialmente el padre continuara detentando la custodia, al tiempo que a ella se le fijó cuota alimentaria y reguló las visitas.

En el trámite de tutela de primera instancia, el Juzgado de familia de Soacha, en calidad de accionado, manifestó que la decisión cuestionada, se ajustaba a la normatividad aplicable al caso concreto y al análisis en conjunto de los medios probatorios allegados al expediente. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)[20], en calidad de vinculado al proceso, manifestó, por su parte, que la custodia compartida generaría al niño confusiones para identificar la figura de autoridad. Finalmente, el *a-quo* constitucional denegó el amparo de tutela, pues consideró que la sentencia cuestionada no era arbitraria por dos razones: la primera, el fallador analizó las visitas domiciliarias realizadas a los progenitores; y la segunda, atendió el querer del niño, quien en las diferentes entrevistas realizadas manifestó su interés de permanecer con ambos padres y no solo con la madre; como la accionante indicaba.

La decisión fue impugnada, correspondiendo a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia resolver en segunda instancia. El Tribunal confirma la decisión y, como consecuencia, deniega el amparo; sustenta su fallo, en que el Juez de familia de Soacha encausó la decisión de asignación de custodia compartida

20 Establecimiento público descentralizado del Estado Colombiano que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia.

de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, y adicionalmente, plantea elementos importantes en materia de custodia compartida.

Hasta este momento, durante largo tiempo, la jurisprudencia había preferido otorgar la guarda y custodia únicamente a uno de los dos progenitores y concedía al otro, un régimen de visitas. Idéntico planteamiento seguían la doctrina y las autoridades estatales. Medina Pabón, afirmaba, por ejemplo: "Como los hijos son indivisibles y el cuidado de los menores es permanente, no hay otra fórmula que asignar a uno de los padres la custodia de ellos; por fuerza, tendrá que ser el que más ventajas tenga para los hijos, atendiendo a las condiciones propias de cada padre y de cada hijo. En estricto Derecho, son las partes, y en su defecto, el juez, quien determina cuál de los padres se encarga de la custodia, en el evento de conflicto tendrá que apoyarse en el criterio de los expertos"[21].

Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), advertía la posibilidad de que se estableciera un régimen de visitas al padre no custodio, como alternativa ante la imposibilidad de que ambos padres contaran con el cuidado y custodia de sus hijos. Al respecto, en concepto 94/2015 este establecimiento concluía: "i) Los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad deben ejercerlos conjuntamente los padres, no existen restricciones legalmente establecidas para un padre de familia que cumple con todos sus deberes como tal, es pertinente resaltar que siempre prevalece el bienestar e interés superior del niño, niña o adolescente. (ii) En Colombia no se encuentra reglamentada la custodia compartida, motivo por el cual, en caso de que uno de los padres no ejerza la custodia de su hijo, podrá solicitar a la autoridad competente la reglamentación de las visitas"[22].

A la vista de tales circunstancias, la Corte Suprema de Justicia denegó el amparo de tutela y señaló que es posible otorgar la custodia compartida. Sienta así un importante precedente en el Derecho de Familia Colombiano y pone de manifiesto la influencia de la jurisprudencia en las grandes transformaciones del sistema jurídico, siempre que la legislación no resulta ser suficiente para atender las transformaciones y problemáticas sociales. Destacables, en este punto, son también las sentencias de la Corte Constitucional C-239-2014 y C-569-2016; en ellas, el tribunal admite la posibilidad de establecer un régimen de custodia compartida pero no indica que esa deba ser la regla general[23], que es lo que sostiene la Corte Suprema de Justicia en la resolución objeto de análisis.

21 Medina Pabón, J.E.: *Derecho Civil Derecho de familia,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2018, p. 655.

22 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Concepto Jurídico núm. 94, 29 julio 2015.

23 C. Constitucional Sentencia 9 abril 2014 C-239-14, Sentencia 19 octubre 2016 C-569-16

Ahora bien, es necesario examinar cuáles son los argumentos utilizados por el referido tribunal para justificar el establecimiento del régimen de custodia compartida, no sólo cuando el acervo probatorio da cuenta de tal posibilidad o cuando los padres de consuno la pactan:

- Dado que se trata de un menor de 18 años, es esencial observar su capacidad de ejercicio progresiva. El sentir del niño o adolescente es de suma importancia, a fin de interpretarlo para buscar la mejor forma de contribuir a su consolidación como ser autónomo. Así las cosas, cuando se debate la custodia compartida, tal capacidad permite convalidar el desarrollo de una historia familiar, con miras a la estabilidad que el infante requiere para su buen desarrollo emocional y material.

- La ausencia de disposiciones normativas al respecto no son impedimento para admitir la custodia compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, ya que esto resulta connatural a la progenitura responsable. Además, el cuidado personal del niño, niña o adolescente no sólo corresponde a sus ascendientes, sino también a quienes convivan y compartan con ellos en su contorno cotidiano, en el sentido amplio de la familia.

- El vínculo familiar debe privilegiarse. Se trata de la posibilidad de que el niño disfrute principalmente de la presencia de ambos ascendientes, dado que el apoyo y el amor que le pueden proporcionar son necesarios para su crecimiento. Este criterio ha estado presente incluso cuando se procuraba la custodia monoparental, dado que, al establecer una reglamentación sobre las visitas, se pretendía con ello no desnaturalizar la relación padre- hijo o madre-hijo según correspondiera.

- Los padres deben contar con las capacidades físicas y psicológicas para que puedan establecer una relación directa con sus hijos. De este modo, se pretende garantizar las prerrogativas y necesidades de los infantes y adolescentes; la decisión dependerá de los resultados obtenidos de las pruebas psicotécnicas, que se considere necesario practicar en el proceso judicial de custodia.

Con estos argumentos, concluye la Corte Suprema de Justicia que no se trata de imponer un régimen de custodia compartida, sino de formular una regla general que debe seguirse para que niños y adolescentes puedan crecer rodeados del mayor contacto, amor y orientación de ambos padres. Esto no significa que la custodia no pueda otorgarse a uno solo de los progenitores; la custodia monoparental será bien recibida, cuando con ella se busque garantizar los derechos de los hijos y se adopte atendiendo a su interés superior.

Pese a todo lo manifestado, no puede pasarse por alto que el pronunciamiento de la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia se dio en sede de tutela y esto lleva a la reflexión sobre los efectos de este tipo de sentencias. Pues bien, al

tratarse de una sentencia que resuelve una acción de tutela, sus efectos son inter partes, por lo tanto, los efectos no van más allá del caso objeto de estudio. Sin embargo, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que, además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.[24]

De ahí la relevancia de la sentencia STC12085-2018 de la C.S. de J.: más allá de resolver la impugnación impetrada por la actora, funda la posibilidad de que la custodia compartida sea la regla general y no la excepción; fórmula totalmente aplicable de conformidad con la normativa interna. Por lo tanto, los administradores de justicia cuentan ahora con un referente para orientar sus fallos en los procesos de custodia y cuidado personal.

2. La Sentencia de 20 de septiembre de 2018 de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional Colombiana ha dejado en claro que su tarea es sumamente relevante al confiársele la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política[25]. Por eso, a través de la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela, el alto tribunal realiza abstracciones para poder definir el caso que estudia, es decir, distingue de la multiplicidad de hechos que conforman el caso real, aquellos que considera relevantes para adjudicar el derecho[26]; de este modo, asegura un control constitucional judicial en relación con la protección de derechos fundamentales.

Por eso, conviene traer a colación, en este punto, la sentencia de la Corte Constitucional T-384-18, dictada en sede de revisión[27], en la que adopta un criterio semejante al de la Corte Suprema de Justicia en relación con la custodia compartida, como regla general. Bajo la mirada de la progenitura responsable, el alto tribunal analiza el deber de custodia y cuidado personal frente a los hijos menores y relaciona la custodia directamente con el interés superior del menor y el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes.

El supuesto que da origen a la decisión constitucional que ahora nos ocupa puede resumirse como sigue:: por intermedio de apoderado judicial, la madre de familia presentó acción de tutela contra el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios; consideraba que con la decisión proferida por el juez, dentro del proceso

24 C. Constitucional. Sentencia 30 septiembre 2015 C- 621-15. Véase también Sentencia T – 439-00, Sentencia C-539-11, Sentencia C-816-11.

25 Art. 241 Constitución Política de Colombia

26 Pulido Ortíz, F.E.: "Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista", *Revista Prolegómenos –Derechos y Valores*,2011, núm. 1, p.170

27 C. Constitucional. Sentencia 20 septiembre 2018 T- 384-18.

verbal sumario de custodia y cuidado personal que ella había formulado contra el padre de sus hijos, se habían vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y del interés superior de los menores, al otorgar la custodia compartida.

En primera instancia, el órgano *a-quo* concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados, al considerar que el juzgado accionado había desatendido su deber de realizar una valoración en conjunto de las pruebas obrantes en el plenario; advirtió, además, que algunos dictámenes contenían manifestaciones sobre la influencia negativa del padre en la conducta de sus hijos. El fallo fue impugnado por el padre de los niños, y el órgano el *ad quem* revocó la decisión, negando así la protección constitucional solicitada por la actora; justifica su decisión aduciendo que el juzgado accionado había apreciado y valorado los medios probatorios que obraban en el proceso, pudiendo concluir que ambos padres contaban con las calidades sociales y morales para tener el cuidado personal de sus hijos.

Al examinar el caso, la Corte constitucional considera que el juzgado había incurrido en defecto fáctico por vía omisiva, al valorar una prueba irregularmente introducida al trámite judicial, cual fue, el concepto psicológico entregado por el demandado sin que mediara decreto previo, recaudo efectivo, ni contradicción probatoria en el trámite judicial; y que tampoco había realizado una valoración del acervo probatorio en su integridad, explicando razonablemente por qué prefirió o se separó de determinados medios de prueba cuando ellos revelaban realidades que lucían contradictorias para decidir sobre la custodia y el cuidado personal de los niños. En tal sentido, ampara los derechos fundamentales invocados y revoca la sentencia de segunda instancia.

En estas circunstancias, el fundamento jurídico se torna fundamental para comprender las razones por la cuales la Corte Constitucional orienta su jurisprudencia al reconocimiento de la custodia compartida. Tras estudiar los arts. 253 y 254 del Código civil y los arts. 10, 14, y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el alto tribunal afirma que ambos padres encargados del cuidado personal de los hijos tienen: "i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la represión cualquier clase de violencia física o moral; (ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para éstos y (iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos". Así las cosas, la custodia implica que ambos progenitores tienen el deber de criar, educar, orientar, conducir, formar en hábitos y costumbres a sus descendientes.

En armonía con las disposiciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño (1959), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Corte Constitucional señala que hay tres elementos esenciales de la custodia: "i) que los niños, niñas y adolescentes deben permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior; (ii) que los hijos menores de edad tienen derecho a que ambos padres los cuiden y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos; y, (iii) que todas las medidas deben estar orientadas a conservar el espacio de comprensión y armonía que la familia le brinda al niño, lo cual significa, por regla general, conservar el lazo de cuidado y de amor por parte de ambos padres".

Recordando su sentencia T- 442-94[28] -pronunciamiento que, aunque remoto, esbozaba ya lo que, veinticuatro años después, serían los elementos aplicables para el otorgamiento de la custodia con independencia de que se sea compartida o monoparental- , enuncia, como reglas aplicables para buscar solución a controversias de custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, las que siguen:

- Para otorgar la custodia y el cuidado del menor no se puede operar de manera automática y mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

- En cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado.

- La opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente.

- Las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

Consciente de la inexistencia de una regulación integral de la figura de la custodia compartida –la cual precisaría el establecimiento de unas pautas flexibles

28 C. Constitucional Sentencia 11 noviembre 1994 T- 442-94.

por parte del legislador-, se muestra a favor de dar un entendimiento sistemático y prevalente de los derechos de los hijos, conforme a las normas vigentes, de modo que toda decisión se ciña a tres pilares fundamentales: i) El principio de corresponsabilidad parental, (ii) el principio de igualdad parental y (iii) el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes. Sobre esta base la Corte Constitucional, entiende que:

- Los padres que por diversas razones no conviven juntos, pueden suscribir acuerdos conciliatorios de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos a partir de la progenitura responsable, así como de la igualdad de derechos y deberes que les asiste respecto de los hijos comunes.

- En el curso de los procesos de familia en los cuales se debe decidir sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos menores, el juez competente debe propiciar entre las partes la celebración de acuerdos de custodia compartida, si ello se reporta en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

- Si persiste entre los padres la controversia sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad, y tanto las autoridades administrativas como judiciales advierten que el contexto familiar y las condiciones fácticas no permiten conceder la custodia compartida, de acuerdo a la valoración probatoria que realicen, lo procedente será definir a qué progenitor se le asigna el ejercicio de la custodia monoparental y al otro padre o madre no custodio se le regulará el régimen de visitas y la cuota alimentaria a que haya lugar.

En este sentido, la Corte concluye en relación con los acuerdos de custodia compartida, "que deberían convertirse en la regla general"[29], pues se constituyen en herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida garantizan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y por tratarse de una conciliación se pueden suscribir fuera del proceso judicial previa aprobación del defensor de familia, o en el curso del trámite procesal bajo la dirección y vigilancia del operador judicial, quien debe propiciar el ambiente conciliatorio y exhortar a las partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos no emancipados e impedidos".

Con posterioridad, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre la materia. En sentencia T-443-18[30], -dictada también en sede de revisión de acción de tutela- la Corte Constitucional ha reiterado su planteamiento aunque el supuesto de hecho es distinto. En esta

29 La frase entrecomillada aparece como negrita en el texto original.

30 C. Constitucional 13 noviembre 2018 Sentencia T-443-18.

ocasión, el proceso de revisión se da en torno a la acción de tutela que promueve el padre de una menor contra el Cabildo Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe.

El accionante, miembro del referido cabildo indígena, consideró que, tanto su hija como él, se habían visto vulnerado su derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella. En este caso, la madre de la menor había fallecido a causa de un accidente de tránsito y, en una conciliación voluntaria, el accionante y los abuelos maternos habían acordado que la custodia quedara entre los abuelos maternos y el padre biológico; posteriormente, sin embargo, los abuelos maternos se habían retractado y habían acudido al Cabildo Central para que, como autoridad mayor, definiera lo relacionado con la custodia de su hija; el órgano en cuestión resolvió atribuyendo la custodia a la abuela de la niña.

Ante esta situación, el actor presentó una petición ante el despacho del Cabildo Central, mediante la cual solicitaba la custodia definitiva de su hija. Pero la Gobernadora Mayor del Cabildo le negó la custodia definitiva de su hija menor de edad y determinó que, por el bienestar de la niña, la custodia debía ser entregada a sus abuelos maternos, pues, cuando la madre falleció, la menor de edad permanecía con ellos. Además, le reiteró que podía visitar a su hija y que, en cuatro años, el asunto de la custodia podría revisarse nuevamente.

Así las cosas, el juzgado de primera instancia declaró improcedente la acción de tutela formulada por el accionante, al considerar que el mecanismo de amparo constitucional no puede utilizarse para controvertir decisiones de las autoridades indígenas. De otra parte, tampoco demostró la existencia de un perjuicio irremediable; precisó que no se cumplió con el requisito de inmediatez, pues el actor presentó la acción de tutela dos años después de que se produjeran q los hechos. Inconforme con la decisión, el padre impugnó el fallo y en segunda instancia fue reiterada la posición del a-quo, resultando confirmada la sentencia.

En el caso, por las especiales circunstancias fácticas, el asunto de la custodia se definió entre los abuelos maternos y el progenitor, pues la niña desde su nacimiento había convivido con sus abuelos maternos, por lo que tenían un fuerte vínculo afectivo. La Corte Constitucional consideró finalmente que, la decisión de la Gobernadora Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe de entregar la custodia exclusivamente a los abuelos maternos, vulneraba los derechos fundamentales del accionante y de la niña a tener una familia y no ser separado de ella, así como su interés superior. Por eso, concedió el amparo de los derechos fundamentales y ordenó al cabildo indígena proferir una nueva decisión. Dos son los argumentos sobre los que la Corte Constitucional fundamenta su decisión:

- El cuidado de los menores de edad debe ejercerse conjuntamente por los padres; a falta de uno de ellos, le corresponderá al otro; ahora bien,

excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites.

- El derecho fundamental de los menores de edad de tener, conocer y relacionarse con sus progenitores obedece al hecho innegable del nexo que existe entre el desarrollo de la personalidad del niño y de su identidad con el afianzamiento de su certeza de que pertenece a un grupo familiar que lo quiere y apoya. Este conocimiento, desde la niñez, según los expertos, permite a las personas, y en particular a los menores de edad, elaborar su propia historia, reconocer en sus propios rasgos los de sus padres y sus hermanos. Por ello, privarlo de este conocimiento puede desembocar en problemas de identificación.

Por lo dicho hasta acá, parece defenderse una homogeneización de la custodia compartida por parte de los órganos de cierre de la Jurisdicción Constitucional y Ordinaria en Colombia. Después de que la Corte Suprema de Justicia profiriera la sentencia STC12085-2018, le siguió bajo la misma senda la Corte Constitucional con sus pronunciamientos T-384-18 y T-443-18. En este estado de cosas, se hace necesario precisar que la jurisprudencia ha armonizado la postura frente a la custodia compartida; así, como precedente vertical, fija una regla para los operadores de justicia que deban atender conflictos jurídicos en torno al cuidado personal y custodia.

IV. ENFOQUE ACTUAL Y RETOS DEL FUTURO.

A la vista del camino tomado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar también ha adoptado una postura más partidaria de la custodia compartida; el criterio sostenido en el concepto 34/2016[31]-que reforzaba el manejo de otorgarse la custodia solo a uno de los padres en caso de que no hubiese común acuerdo entre ellos- ha evolucionado hacia un concepto más ajustado a la nueva tendencia jurisprudencial.

En este sentido, el ICBF se pronuncia recientemente en su concepto jurídico 28/2019[32], que, aunque no resulta de obligatorio cumplimiento para particulares o agentes externos, según la Ley 1755 de 2015.tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren con la función administrativa de competencia de la entidad. El concepto plantea los dos siguientes aspectos fundamentales:

31 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Concepto Jurídico núm. 34, 18 abril 2016

32 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Concepto Jurídico núm. 28, 21 marzo 2019.

- Aunque los progenitores pueden compartir la custodia y cuidado personal de mutuo acuerdo o mediante la vía administrativa o judicial, esta no procede de forma mecánica, ni en todos los casos. Procede por regla general, siempre y cuando se encuentren aseguradas las condiciones físicas, psicológicas, de realización de los principios del interés superior de los niños y pro infans, y la realización efectiva de sus derechos fundamentales como el cuidado y el amor, y tener una familia y no ser separados de ella.

- Las autoridades administrativas o judiciales, teniendo en cuenta el análisis de cada caso particular, deben considerar como una opción preferente el régimen de custodia compartida e instar a los progenitores a apropiarla, como una manifestación de los principios de co-responsabilidad e igualdad parental y el derecho a la co-parentalidad de los niños, niñas y adolescentes. No debe perderse de vista que las decisiones que se adopten en materia de custodia, pueden revisarse con posterioridad si las circunstancias que la fundamentaron cambian.

La doctrina, por su parte, consciente de que ahora se debe optar por procurar la custodia compartida, sienta algunas bases. Los componentes de la figura jurídica, según Parra Benítez, son dos: el de la bondad que ofrece la custodia compartida y el de la autorización legal. Respecto del primer asunto, no parece posible descartar a priori la custodia compartida, sin revisar si en el caso concreto puede esta ser ventajosa para el hijo. Acerca del segundo, en Colombia, se puede afirmar que la fuente de la custodia compartida se halla en la letra b) del numeral 5 del artículo 598 del Código General del Proceso, que regula medidas cautelares en procesos de familia, al disponer que junto con la admisión de la demanda, o antes, si hay urgencia, puede el juez decretar ciertas medidas, y entre estas se encuentra la de "poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de *ambos* …"[33]

Llegados a este punto, conviene llamar la atención también sobre el hecho de que, en las sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de justicia, se observa una alusión constante a la responsabilidad parental y a la capacidad de ejercicio progresiva. Desde una concepción jurídica contemporánea de la infancia, estos tribunales hablan de responsabilidades de los padres en lugar de potestades para con sus hijos, lo que supone abandonar el régimen de sustitución de la voluntad del menor que comporta la representación legal. Surgen de este modo, nuevas figuras de asistencia, cooperación y vigilancia a partir de una graduación de la capacidad de autodeterminación del niño en consonancia a su autonomía; en aras de significar que mientras mayor sea esta última, menor será la intensidad de participación de un tercero[34].

33 Parra Benítez, J.: "*Derecho de familia*, cit., p. 545

34 Montejo Rivero, J.M.: "Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar Contemporáneo*", Revista sobre la infancia y la adolescencia,* 2012, núm. 2°, p. 29.

Sobre esta base, en la medida que el niño crece y es poseedor de un pensamiento abstracto, adquiere discernimiento para emitir su opinión en los asuntos que le afecten. En reconocimiento de la condición del niño como sujeto de derechos y ser humano con dignidad y con autonomía progresiva en la evolución de sus capacidades, el art. 26 de la Ley 1098/2006 establece que, "en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta." Disposición que guarda concordancia con el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del niño.

En tal sentido, los procedimientos judiciales y extrajudiciales de resolución de conflictos también deben involucrar la voluntad de los niños y adolescentes, -sujetos de corta edad que cuentan con una comprensión del mundo que debe ser acatada-. Al tratarse de la posibilidad de que los padres de común acuerdo pacten la custodia y regulación de visitas mediante conciliación, se ponen en consideración los intereses de los progenitores; en esta parte, toma especial relevancia el papel que desempeña el conciliador, al procurar que los progenitores valoren de igual forma, el querer de sus hijos.

En Colombia, la conciliación extrajudicial en derecho, en materia de familia puede ser adelantada, según lo prevé el art. 31 de la Ley 640/2001, "ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales". Lo que el menor dice, conforme su grado de madurez, ha de constituir un aspecto importante en el proceso de reflexión que debe llevarse a cabo y quedar reflejado en el acuerdo conciliatorio.

Por lo que se refiere, a la conciliación en sede judicial, son competentes para conocer las cuestiones relativas a la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, los jueces civiles municipales en única instancia y los jueces de familia, según lo establecen los arts. 17 y 21 de la Ley 1564 de 2012. Cabe aclarar, que las decisiones que adoptan los mencionados juzgados no hacen tránsito a cosa juzgada material. Es decir, a diferencia de las sentencias que una vez firmes devienen inalterables, este tipo de decisiones pueden modificarse posteriormente, porque configuran cosa juzgada formal.

Así las cosas, la declaración de certeza que contienen las sentencias en materia de custodia y cuidado personal, es solamente interna en sus efectos y, por tanto,

provisional, pero no material ni externa[35]. Una vez hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para aprobar o acordar determinada medida respecto de la custodia y cuidado personal, podrá modificarse la decisión. En estas circunstancias ha de atenderse todo lo indicado respecto de la escucha y participación del niño o adolescente; al proferirse una nueva decisión, el juez debe asegurarse de que la opinión del menor sea especialmente ponderada.

V. CONCLUSIONES.

Ante la inexistencia de un modelo único de familia, es un reto para los sistemas jurídicos hacer frente a las controversias surgidas en relación al cuidado personal y custodia de los niños, niñas y adolescentes. Se requiere adoptar soluciones generales que salvaguarden efectivamente el interés superior, pues es claro que la totalidad de las situaciones fácticas no lograrían ser objeto de regulación. Así las cosas, los ordenamientos jurídicos deben establecer claramente los presupuestos normativos, criterios de interpretación y circunstancias materiales, que deben converger para que se otorgue un determinado tipo de custodia.

La propuesta legislativa analizada en el presente trabajo buscó eliminar el estereotipo del papel de proveedor, generalmente en cabeza del padre, y un rol de cuidador, endilgado principalmente a la madre; recopiló las ventajas y la viabilidad de la custodia compartida, que ponen especial énfasis en el desarrollo armónico y equilibrado del niño y se esperaba en todo caso, que el juez de familia protegiera el interés superior de los niños y adolescentes durante el proceso de determinación de la custodia en sede judicial. Pero la iniciativa careció a todas luces de pautas o criterios para una efectiva adopción de la custodia compartida, lo cual impidió incorporar a nivel interno un modelo, con la posibilidad de elección por el juzgador.

Al igual que ha sucedido en otros países, en Colombia, durante mucho tiempo, se ha orientado a fijar un régimen de custodia monoparental en los casos de crisis de pareja; la iniciativa legislativa presentada en 2008 y, sobre todo, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se muestran más abiertos y apuestan por otra fórmula, la custodia compartida, que, a su modo de ver, permite satisfacer mejor el interés superior del niño, niña o adolescente. Ahora bien, la consideración de la custodia compartida como la fórmula más favorable para garantizar el interés del menor no significa que el operador de justicia tenga que adoptarla en toda circunstancia; deberá examinar las circunstancias del caso para decidir qué tipo de custodia -compartida o no-

35 CS de J 26 septiembre 2019. SC- 3954-2019.

procede aplicar. No cabe duda de que tendrá que orientar su criterio conforme a las reglas de la sana crítica, para valorar las pruebas que se presenten.

Las carencias legislativas en materia de custodia compartida y el reciente reconocimiento de la figura por parte de los órganos jurisdiccionales de cierre colombianos, abren la puerta no sólo a los estudiosos del Derecho y a las instituciones públicas, sino también a la sociedad, para reflexionar y, sobre todo, asegurar que el camino tomado para radicar la custodia compartida en cabeza de ambos progenitores, como regla general, satisfaga en verdad los interés de los niños y adolescentes del país. No en vano, la propia carta fundamental en el art. 44 impone a "la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos", y el art. 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia, endilga a los mismos actores, la corresponsabilidad en la atención, cuidado y protección.

Aunque la propia Constitución Política colombiana en el art. 42 encomendaba al legislador la regulación de la progenitura responsable, dicha regulación no ha sido aprobada todavía. La normativa que se apruebe no debe reemplazar los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores, bajo el amparo del que gozan para buscar alternativas a la solución de conflictos; ahora bien, sus disposiciones deben ser acordes con un sistema contemporáneo de protección de la infancia y la adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA

Barcia Lehmann, R.: "Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno", *Revista de Derecho Privado*, 2017, núm. 32, pp. 219-254.

Becerril, D., Duarte, J., Arboleda, M. y Díaz, M.: "Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos", *Reis*, 2001, núm. 95, p. 219-223.

Daza Rojas, J.M.: "Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes", *Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, 2018, núm. 34, pp. 69-89.

Fariña, F., Seijo, D., Arce R., y Vásquez, M.J.: "Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma", *Anuario de Psicología jurídica*, 2017, vol. 27 núm.1, pp. 107-113.

Guillarte Martín-Calero, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *Revista para el análisis del Derecho*, 2010, núm. 3, pp. 1-21.

Herrera, M. y Lathrop, F.: "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", *Revista de Derecho Privado,* 2017, núm. 32, pp. 143-173.

Horno Goicoechea, P.: "Desarrollo del vínculo afectivo", en AA.VV.: Curso de Actualización Pediatría 2008 (coord. por C. Martínez González), Exlibris Ediciones, Madrid, 2008, pp. 303-310.

Illera Santos, M.J.: "Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de justicia en Colombia", Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha (2018). https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.unibague.edu.co/servlet/tesis?codigo=150041

Jaramillo Sierra, I.C. y Anzola Rodríguez, S. I.: *La batalla por los alimentos: El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Ediciones Uniandes - Universidad de los Andes, Bogotá, 2018.

Medina Pabón, J.E.: *Derecho Civil Derecho de familia,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2018.

Montejo Rivero, J.M.: "Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar Contemporáneo*", Revista sobre la infancia y la adolescencia,* 2012, núm. 2º.

PARRA BENÍTEZ, J.: *Derecho de familia segunda edición*, Temis, Bogotá, 2018.

PULIDO ORTÍZ, F.E.: "Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista", *Revista Prolegómenos –Derechos y Valores,* 2011, núm. 1, pp. 165-180

LA OPOSICIÓN SIN CAUSA DE LOS MENORES AL RÉGIMEN DE VISITAS

OPPOSITION WITHOUT CAUSE OF MINORS TO THE VISITATION REGIME

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 410-443

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El propósito de este trabajo es analizar aquellas situaciones en los que los hijos menores se niegan a relacionarse con uno de sus progenitores con el no conviven. Se trata de aquellos casos en lo que no existe justa causa para limitar o suprimir el derecho de visita de los progenitores. Nos proponemos analizar las soluciones que se han aplicado por la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Progenitores; interés superior del menor; guarda y custodia; patria potestad; derecho de visitas.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyze situations in which younger children refuse to associate with one of their parents with the non-living. Sometimes these are cases where there is no just cause to limit or eliminate the right of access of parents. We intend to analyse the solutions that have been applied by case law.*

KEY WORDS: *Parents; best interest of the child; guard and custody; parental authority; rights of access.*

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- II. LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS.- III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- IV. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.- V. EL DERECHO DEL PROGENITOR NO CUSTODIO A LAS VISITAS.- VI. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS.- 1. Hechos y causas que pueden modificar el régimen de visitas.- 2. Alcance de la modificación del régimen de visitas.- 3. El equilibrio de intereses y la modificación del régimen de visitas.- VII. DIFERENTES CAUSAS DE OPOSICIÓN DEL MENOR A LAS VISITAS.- 1. Situación real que aconseje medidas sobre régimen de visitas.- 2. La manipulación del menor por el progenitor custodio.- 3. Negativa por incomodidad o capricho del menor.- VIII. LA OPOSICIÓN SIN CAUSA DEL MENOR A LAS VISITAS.- 1. Menores de 12 años.- 2. Menores entre 12 y 14 años.- 3. Menores entre 14 y 18 años.- IX. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Un problema frecuente en el Derecho de familia es el de la negativa de alguno de los hijos menores a relacionarse con uno de sus progenitores tras una situación de ruptura conyugal o de pareja de hecho. Incluso en el caso de situaciones en las que los progenitores nunca hubieran convivido pero existiera una sentencia relativa al ejercicio de la patria potestad[1].

Este rechazo puede manifestarse en tres momentos procesales diferentes: en un proceso declarativo dentro del que se tenga que fijar un sistema guarda y custodia, así como el correspondiente régimen de estancias, visitas y comunicaciones. En un proceso de modificación de las medidas ya existentes o bien en un proceso de ejecución de medidas cuando el menor o su representante se oponen al cumplimiento de alguna de las anteriores. Esta problemática también puede tener lugar con la custodia compartida cuando el menor se opone al cambio de turno o al régimen de visitas dentro del turno con el otro progenitor. Asimismo, también puede producirse la negativa del menor a relacionarse con sus abuelos, puesto que estos también tienen un derecho de comunicación y visita con sus nietos

1 Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita. comunicación y estancia de los menores,* Wolter-Kluwers, las Rozas (Madrid), 2019, establece un elenco de supuestos de hecho que tienen como objeto el establecimiento de un derecho de visita: En primer lugar, cuando los progenitores han roto la convivencia, con independencia de que hubieran estado casados o unidos formando una pareja *more uxorio.* También en el caso de que el menor hubiera nacido fruto de relaciones esporádicas entre padres que nunca han convivido. Asimismo, en el caso del derecho de visita con otros hermanos menores cuya guarda y custodia ha sido repartida entre sus padres; con hermanos mayores de edad o emancipados a quienes se les niega el contacto con sus hermanos menores, sean estos de doble vínculo o de vínculo sencillo; con abuelos, tíos, acogedores, compañeros del padre o de la madre con las que el menor ha convivido hasta la crisis de pareja; con padres privados de la patria potestad y un largo etcétera.

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor Derecho civil. Universitat Jaume I (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es

desde la publicación 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 que modificó los arts. 90, 94, 160 y 161 para incluir aquel derecho.

En este trabajo, habida cuenta la variedad de momentos procesales en los que puede presentarse la citada negativa, se analizará este fenómeno dentro de la fase en la que se produce con más frecuencia, es decir después de haberse fijado en sentencia de separación o divorcio un régimen de custodia exclusiva y su correspondiente régimen de estancias, visitas y comunicaciones.

La solución para esta problemática es compleja: en primer lugar, hay que ponderar varios derechos que colisionan entre sí: el denominado principio en favor del menor o "favor filii" pero también el derecho del progenitor a relacionarse con sus hijos. También hay que tener en cuenta que debajo de esta negativa en muchas ocasiones se esconde la presión o incluso manipulación del menor por parte del cónyuge custodio hacia el otro progenitor[2]. Asimismo, está el derecho del menor a ser oído en estos procedimientos de familia. Finalmente, se superpone a todo lo anterior la imposibilidad de imponer por la vía coercitiva a los menores cercanos a la mayoría de edad la obligación de relacionarse con sus progenitores cuando simplemente se niegan a ello, por capricho, comodidad o desidia, es decir sin concurrir un motivo grave y justificado que justifique ese comportamiento.

II. LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS.

Siempre que se produce un supuesto de ruptura y disolución vínculo conyugal, lo normal es que los hijos menores de edad queden bajo la patria potestad de los dos progenitores, salvo los casos en los que se produce la privación de la misma a uno de los padres. Al mismo tiempo se tiene que determinar a qué concreto progenitor le corresponde la denominada guarda y custodia de los hijos comunes. Finalmente, se tiene que fijar en favor del progenitor que no ejerce la guarda y custodia el denominado régimen de visitas previsto en el art. 94 CC, teniendo en cuenta que realmente bajo esta denominación también se está refiriendo al derecho "de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía". En la doctrina se estima más correcto el término "relaciones personales" que el "derecho de visita", sin embargo, este es un caso más en el lenguaje del foro en que el un término jurídico impreciso se ha consolidado por su uso a lo largo

2 Así se pone en evidencia por la STS 11 abril 2018 (RJ 2018, 1729) al recoger la sentencia de primer instancia que da lugar al recurso de casación: "Y todo ello con la advertencia expresa a la progenitora, de que ha de cesar en su actitud obstruccionista reflejada por el equipo técnico en su informe, a saber, deberá dejar de cuestionar y criticar de cualquier forma a la figura paterna, en comentarios dirigidos hacia su hija, a fin de que no la condicione directa y negativamente en la adaptación al entorno familiar paterno, y deberá dejar de obstaculizar en lo sucesivo el régimen de visitas a favor de padre».

del tiempo[3]. En este precepto también se establece que el juez "determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Este derecho de visitas, como ya se ha adelantado, también se reconoce en favor de los abuelos en los arts. 94 II CC y 160.2 CC. En este último caso se establece que "No podrá impedirse sin justa casusa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados"[4].

En la nueva redacción del art. 160 CC efectuada de acuerdo con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su apartado primero se configura como un derecho de los hijos menores el "relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga de otra cosa por resolución judicial […]". En este precepto se contempla la posibilidad de que se facilite al menor el traslado a un centro penitenciario en caso de privación de libertad de uno de los progenitores, siempre que el interés superior del menor recomiende aquellas visitas. Asimismo, en el apartado segundo de ese precepto se establece que no se puede impedir, sin justa causa, el derecho del menor a relacionarse con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En los casos en que hay acuerdo entre los progenitores son ellos quienes lo recogen en el convenio regulador las cuestiones relativas al cuidado de los hijos, tal como se recoge en el art. 90.1.a) CC al exigir que en el convenio se contenga el extremo relativo al "cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos". Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el apartado b) puede establecerse "Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos". La guarda y custodia podrá ser compartida si los padres así lo solicitan en el convenio regulador o a lo largo del procedimiento (art. 92.5 CC). Con independencia de la modalidad de guarda y custodia solicitada por los cónyuges el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario

3 En la doctrina se estima más correcto el término "relaciones personales» por ser mucho más amplio que el de "visitas". *Vid.* Berrocal Lanzarot, A.I.: "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de derechos humanos*, núm. 6, 2005, p. 47; Chaparro Matamoros, P.: "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 210; Rivero Hernández, F.: *El derecho de visita*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 23.

4 Chaparro Matamoros, P.: "El derecho de relación", cit., p. 203-204, estima que la "justa causa" para que proceda la denegación del régimen de visitas de los abuelos ha de tratarse de un motivo que pueda causar un perjuicio grave que pueda poner en peligro el libre desarrollo de la personalidad del menor. Dice este autor, que así sucede cuando los abuelos intenten enfrentar al menor con el progenitor custodio, tal como sucede con las SSTS 20 febrero 2015 (RJ 2015,583) y 18 marzo 2015 (RJ 2015,1152).

de oficio o a petición del Fiscal, por alguno de los miembros del Equipo Técnico Judicial o por el propio menor (art. 92.6 CC). Excepcionalmente, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida cuando se solicite por una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, fundamentándolo en que sólo de esta forma se protege el interés superior del menor[5].

Será el juez, de acuerdo con el art. 103.1 CC, quien determine con que cónyuge han de quedar los hijos en el caso de no existir acuerdo de los progenitores manifestado en forma de convenio regulador o para el caso de que este no sea homologado por el juez[6]. Asimismo, determinará "la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía". Estas medidas también pueden solicitarse como medidas provisionales previas o provisionalísimas de acuerdo con el art. 104 CC.

Este régimen de visitas, en circunstancias normales, adopta la forma del denominado régimen ordinario, que ha sido fijado por la praxis judicial y que comprende los fines de semana alternos, desde el viernes por la tarde o sábado por la mañana, hasta la tarde-noche del domingo[7]. Por el contrario, será un régimen extraordinario de medidas el que se acuerda para los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano que serán repartidas entre ambos progenitores.

En todo caso el Juez será quien en última instancia determine el tiempo, el modo y el lugar del ejercicio de este derecho de visita, de manera que podrá limitarlo o suspenderlo, siempre en beneficio o interés del menor, cuando se produzca un cambio de las circunstancias o cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. En este sentido se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia[8].

5 El término "favorable" del apartado 8.° del artículo 92 ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 183/2021 (Pleno) 17 octubre 2012 (RTC 2012,103), por entenderse que no hay ningún argumento que justifique la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto del Ministerio Fiscal. Además, la imposición de ese dictamen obstativo, entra en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor.

6 Ureña Martínez, M.: "Comentario a la STS 1 octubre 2010 (RJ 2010,7302)", *CCJC*, núm. 86/2011 (disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es), dice que en defecto de acuerdo, la decisión corresponderá a la autoridad judicial con arreglo a lo establecido en el art. 159 CC que con carácter general permite al Juez decidir "al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad" -custodia única-, según se desprende del art. 159 CC; en este caso, "el Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueren mayores de doce años".

7 Así se ha fijado entre muchísimas otras en las SSAAPP Pontevedra 19 diciembre 2007 (JUR 2008,81387) y Álava (Sec. 1ª) 5 julio 2011(JUR 2012,45239). También podría considerarse dentro del régimen ordinario la fijación de un día intersemanal sin pernocta, como indican las SSAAP de Barcelona (Sec. 12ª) 5 junio 2019 (JUR 2019, 185070), Salamanca (Sec.1ª) 2 mayo 2019 (JUR 2019,177627) o dos días intersemanales sin pernocta como señala la SAP Málaga 15 noviembre 2018 (JUR 2019, 18461) o uno con pernocta, como señala la SAP Valencia 16 junio 2003 (JUR 2003,190474).

8 Así, la STS 25 abril 2011 (RJ 2011, 3711) establece que la decisión sobre el derecho de visitas deber ser dictada teniendo en cuenta siempre el interés del menor ya que puede ser objeto de revisión según las circunstancias de cada momento. Realmente son numerosas las sentencias del Alto Tribunal en las que se

El procedimiento a seguir para la delimitación y ejecución del régimen de visitas está regulado en el Capítulo IV, bajo el epígrafe "De los procesos matrimoniales y de menores" (arts. 769 a 778) de la LEC, dentro del Título I "De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores" dentro del Libro IV "De los procesos especiales". El art. 770 remite al juicio verbal teniendo en cuenta las reglas previstas en los arts. 748 y siguientes. LEC. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (en adelante LJV), también tiene algunos preceptos aplicables al derecho de visitas dentro de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia del título II. En concreto dentro de la Sección 3 "De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente" está el art. 87.1.a) que permite, entre otros, la aplicación de la LJV para la adopción de las medidas de protección de los menores que estableces en el art. 158 CC. Entre estas medidas están las de los apartados 4º y 5º que contemplan la prohibición de aproximación y, comunicación con el menor que puede imponerse a los progenitores y cualquier otra persona.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

La expresión "en interés de los hijos" o en "interés del menor" aparece en muchos de los preceptos que se han venido citando en materia de guarda y custodia y el correlativo derecho de visitas. Así sucede con el art. 90.1b) que contempla el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos teniendo en cuenta el interés de los primeros. En el art. 92.8 se prevé que se acuerde la guarda y custodia compartida a instancia de una de las partes si de esa manera se protege adecuadamente el interés superior del menor. Nuevamente, en el art. 94 II CC se exige que se tenga en cuenta el interés del menor para determinar el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos. En el art. 103.1 CC, relativo a las medidas provisionales una vez admitida la demanda, se exige la concurrencia del interés de los hijos para determinar con que cónyuge han de quedar los hijos menores y determinar la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia ha de cumplir el deber de velar por aquellos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. En el art. 154 CC se dice que la patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos. En el art. 156 CC, en caso de padres separados, el Juez podrá determinar, en interés del hijo, que la patria potestad deje de ejercerse por aquel con quien el hijo conviva para ejercerse conjuntamente con el otro. En el art. 158. 6º CC se garantiza que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda

hace referencia al principio del interés superior del menor. Así las SSTS 11 abril 2018 (RJ 2018, 1729), 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2219), 26 noviembre 2015 (RJ 2015, 5624), 23 septiembre 2015 (RJ 2015,4 022), 10 julio 2015 (RJ 2015, 2564), 31 enero 2013 (RJ 2013, 927), 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311), 29 noviembre 2010 (RJ 2011,1546), 14 julio 2010 (RJ 2010, 6045), 1 octubre 2010 (RJ 2010, 7302), 11 marzo 2010 (RJ 2010, 7302) y 28 septiembre 2009 (RJ 2009, 7257).

de sus intereses cuando se tenga que dictar alguna de las medidas previstas en el art. 158 CC como son, entre otras, las relativas a la prohibición aproximarse al menor o de comunicación con el mismo. En el art. 160.1 CC después de decir que los menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, se permite que la Administración, en caso de privación de libertad de uno de los progenitores, facilite el traslado del menor acompañado al centro penitenciario si el interés del menor recomienda visitas a aquellos. En el art. 161 CC se permite, en interés del menor, la suspensión temporal de las visitas y comunicaciones con los menores que estén en situación de desamparo en una Entidad Pública. En el art. 170 CC se posibilita la recuperación de la patria potestad del progenitor que hubiera sido privado de aquella cuando cese la causa que motivó aquella privación, siempre en beneficio e interés del hijo. La referencia al interés superior del menor también se encuentra presente en la mayoría de los artículos relativos a la guarda y acogimiento de menores (art. 172, 172 bis, 172 ter, 173, 174, 176, 177 y 178).

El interés del menor también es mencionado en la LEC. Así en el art. 749.2 LEC se establece como preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor. En el art. 770 LEC en las exploraciones de menores en procedimientos civiles se garantiza que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En el art. 777.8 LEC el Ministerio Fiscal puede recurrir la sentencia o auto que apruebe la totalidad de propuesta del convenio regulador si así lo exige el interés de los hijos menores o incapacitados. En el art. 778.8 quáter LEC se establece que durante todo el proceso de restitución de menores o su retorno a su lugar de procedencia se podrá acordar que se garanticen los derechos de estancia, visita, relación o comunicación del menor con el demandante si ello fuera conveniente a sus intereses.

El art. 2 de 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 (en adelante LPJM), contiene una prolija regulación del interés superior del menor[9]. En su apartado primero se establece que "Todo menor tiene derecho a

9 El art. 39 CE establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Entre estos tratados internacionales ratificados en los últimos años por España, destaca la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. Asimismo, es de destacar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. A nivel europeo es destacable Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.

que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"[10]. De entre el resto de apartados de este precepto, a los efectos de la institución de la guarda y custodia y del derecho de relación de los progenitores con sus hijos es de destacar el apartado 2 que establece que a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: "b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior". Asimismo, en el apartado 3 se establece que los criterios del apartado anterior se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) la edad y madurez del menor. Finalmente, en el apartado 4 se establece que "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

En materia de guarda y custodia el principio del "favor filii" se encuentra contenido en los arts 92, 93 y 94 CC que "obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro régimen de visitas del menor con su padre, que le permite ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial"[11]. En realidad, el principio del interés superior, que es un concepto jurídico indeterminado, como ya se ha visto se incluye como una especie de coletilla de estilo en la gran

10 Señala Berrocal Lanzarot, A.I.: "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y la custodia", *Revista Critica Derecho Inmobiliario,* núm. 746, noviembre 2014, p. 3289 que el interés superior del menor es el criterio preferente en todas la normas nacionales e internacionales. En el caso de la atribución de la guarda y custodia será el criterio preferente. De modo similar se manifiesta Tamayo Haya, S.: "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008 octubre-diciembre, p. 37.

11 Así se contempla en la SAP Madrid (Sec. 22ª) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152720). Para la SAP Soria (Sec.1ª) 24 junio 2002 (JUR 2002, 212823) señala que cualquier caso, el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él no es incondicionado en su ejercicio, sino que está subordinado al interés o beneficio del hijo ("favor filii"), criterio básico que ha de guiar las medidas judiciales al respecto del derecho de comunicaciones y visitas para el progenitor no custodio.

mayoría de preceptos relativos a las medidas que pueden adoptarse con un menor en los procesos de familia. En el caso del derecho de visita cualquier previsión de los artículos que regulan esta materia podrán no aplicarse si suponen una contravención de aquel principio. En la doctrina se ha señalado que la utilización de un concepto jurídico indeterminado como el del interés del menor presenta el inconveniente de que se acuda a él para fundamentar la decisión concreta que se adopte, pero sin entrar a motivarla debidamente[12].

IV. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.

El art. 9 LPJM, en su nueva redacción efectuada por la LO 8/2015 establece que "El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez […]"[13]. El derecho a ser oído y escuchado está íntimamente unido al interés superior del menor[14].

En el Código civil, en materia de guarda y custodia, son varios los preceptos en los que se establece el derecho de los menores a ser oídos. Así el art. 92.2 CC

12 Compartimos sin ningún género de duda la opinión en ese sentido de Barceló Doménech, J.: "El interés del menor como criterio de aplicación de la ley valenciana de relaciones familiares", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, p.800. Este autor, también advierte de que hay que huir de las excesivas generalizaciones amparándose en este principio y que es necesario en todo caso examinar las circunstancias para resolver aquello que resulte más favorable a los intereses del menor.

13 El art. 9 LPJM continúa diciendo que "En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración".

14 Ordás Alonso, M.: "6. El interés del menor como principio rector", en Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita,* cit., estima que ambos preceptos, 2 y 9 LOPJM, tienen funciones complementarias. El niño ya no es un receptor pasivo de los cuidados y atenciones de los adultos sino un protagonista activo, un individuo con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez, llamado a participar en todo proceso de toma de decisiones que le afecten.

establece que el juez al 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". Asimismo, en el art. 156 CC, relativo al ejercicio de la patria potestad, se establece que "En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre". Finalmente, también se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, en el art. 158.6º cuando se adopte la medida prevista en el art. 158.4 CC de prohibición a los progenitores y otros parientes y terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y otros lugares que frecuente. En el apartado 5 de ese mismo precepto se establece la medida de prohibición de comunicación con el menor a las mismas personas que en el anterior apartado. En esta medida se prohíbe cualquier "contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad"[15].

En el art. 770.4 de la LEC se establece que, si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. También se establece que 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.

No obstante, el derecho a ser oído no significa que el menor tenga que ser obligatoriamente oído en todos los procedimientos en los que el juez se tenga que pronunciar sobre las medidas relativas a la guarda y custodia y al derecho de visitas[16]. El Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto en varias ocasiones[17].

15 Berrocal Lanzarot, A.I.: "El interés superior", cit., p.3286, enfatiza el hecho de que estas medias pueden dictarse no solo en un proceso civil, sino también penal o bien de jurisdicción voluntaria. Por su parte, González del Pozo, J.P.: "Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II), Elderecho.com, enero 2017 (https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-ii), señala que esas medidas fueron modificadas por la Ley 26/2015, destaca que la novedad de la reforma estriba la posibilidad de imponer como medidas civiles de protección la prohibición de acercamiento (u orden de alejamiento) al menor o a la persona con capacidad modificada judicialmente. De modo parecido sucede con la prohibición de comunicarse a través de cualquier medio con aquellas personas.

16 A partir de la STC 163/2009, 29 junio 2009 (RTC 2009, 163) ya no se exige que la audiencia al menor se realice directamente por el Tribunal, pudiendo ser escuchados por profesionales cualificados.

17 Alonso Bezos, J.J.: "Guarda y custodia. Exploración del menor", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 9/2019 (disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es) señala que el Tribunal Supremo en varias ocasiones se ha pronunciado sobre la validez de la decisión del juez de la no admisión o la no práctica de la exploración del menor cuando esta se fundamente de manera motivada teniendo en cuenta la situación y evolución del menor, y sobre todo, los beneficios, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez. Así, en las (SSTS 10 julio 2015 (RJ 2015, 2564), 29 noviembre 2010 (RJ 2011, 1546) y 14 julio 2010 (RJ 2010, 6045).

V. EL DERECHO DEL PROGENITOR NO CUSTODIO A LAS VISITAS.

En el art. 94 se establece el derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados a relacionarse con ellos. Lo que comprende el derecho a "visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Un parecido derecho se configura en favor de los abuelos al decir que "Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor".

Este derecho se volvía a reiterar en el art. 160 CC que, antes de ser reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establecía que "Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho 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 del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados". Sin embargo, tras la última reforma del art. 160 CC este derecho que, en este precepto se configuraba en favor del progenitor, pasa ser titularidad del hijo menor en su apartado 1º "Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161 […]". En el apartado 2º de este mismo precepto este derecho del menor a tener relaciones personales se extiende a "a sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados". De modo que en la actualidad en el nuevo art. 160 el derecho de visita se configura como un derecho de los hijos menores lo que es compatible con el art. 94 donde continúa manteniéndose como un derecho en favor del progenitor no custodio[18]. No obstante, en caso de colusión de derechos el del menor tendrá carácter preferente por aplicación de lo dispuesto en el art. 2.4 LO 1/1996 al decir que "4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses

18 Chaparro Matamoros, P.: "El derecho de relación", cit., p. 208, estima que en el caso de los abuelos tal derecho corresponde tanto a aquellos como a los nietos, y por lo tanto la solicitud del régimen de visitas puede venir tanto de los abuelos como de los nietos en el caso de que estos tengan la madurez suficiente de acuerdo con los previsto en el art. 162.II.1º y 2º.

legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"[19].

En la doctrina se ha llegado a decir que el derecho de visita es un derecho subjetivo puesto que confiere una esfera de poder a su titular; se trata de un poder jurídico institucionalizado y tipificado por el Ordenamiento que va más allá de una simple facultad desprendida de un derecho más amplio, que habilita a su titular para ejercitar una serie de posibilidades de obrar (comunicar en varias formas, ver y visitar, albergar), tuteladas por la ley y por los tribunales[20]. En otras ocasiones se ha fundamentado este derecho en el art. 39 III CE puesto que es el instrumento adecuado para el cumplimiento del deber de asistencia impuesto por esta norma a los progenitores para con sus hijos[21].

La jurisprudencia ha venido considerando al derecho de visita del progenitor no custodio, no como un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene sólo por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado[22].

19 En la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2219) se reconoce que la comunicación y visitas del progenitor no custodio se configuran como un derecho del progenitor y al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. También se dice que: "El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176), con cita de otras anteriores). Así lo exige el art. 39 de la Constitución y resulta también del art. 92.4 y 8 y del art. 94 CC, que deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor".

20 Defienden que el derecho de visitas es un derecho de la personalidad García Cantero, G.: "Comentario a los artículos 42 a 107 del Código civil", *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), 2ª ed. Edersa, Madrid, 1984, t. II, p. 398. Rivero Hernández, F.: *El derecho de visita*, cit., p. 386. Algunas sentencias llegaron a acoger esta tesis como la SAP Cádiz junio 1992 (AC 1992, 846) al decir que: "el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin; tal derecho puede encuadrarse entre los de la personalidad y se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación jurídico familiar entre visitante y visitado". En parecidos términos la SAP Madrid (Sec.22) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152720) "el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos".

21 Roca Trías, E.: "Comentario del art. 94 CC", en AA.VV. *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, t. I. p. 394

22 En la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2219) entiende "el sentido de las visitas como un derecho-deber, una función concebida en beneficio del menor, en la medida en que contribuye a un desarrollo del menor más íntegro que permite el mantenimiento de los lazos afectivos del menor con el progenitor con el que no convive, la sentencia (JUR 2016, 226124)". En la SAP Barcelona (Sec. 18ª) 20 febrero 2020 (AC 2020, 355) se dice que: "Existe un derecho del progenitor a relacionarse con el hijo, pero es un derecho complejo siendo al tiempo un deber en la medida en que el hijo necesita del afecto del padre y de la madre no custodios, pero también que éste lleve a cabo su labor educadora y formativa, y para ello debe existir la convivencia. Caso de vivir separadamente, el hijo tiene derecho a pasar períodos de tiempo con el progenitor no custodio y éste tiene el derecho a disfrutar de la compañía del hijo como también el deber de ayudarle en su formarle y dedicarle tiempo y atención». En la SAP Madrid (Sec. 22) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152784) se dice que el derecho de visita "es un derecho de contenido afectivo, no se configura como propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de estos, sino como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, en aras a su desarrollo, estando condicionado dicho derecho a que

VI. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

Los efectos de las sentencias matrimoniales, por las que se tendrán que regir en adelante las relaciones personales y patrimoniales entre ex cónyuges e hijos comunes, aunque producen la excepción material de cosa juzgada, sin embargo, pueden sufrir modificaciones cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para su adopción[23]. Esto es posible puesto que en el art. 94 I CC se establece la posibilidad de modificación o suspensión del régimen de visitas para aquellos casos en que se den "graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". En el art. 775 LEC (Modificación de las medidas definitivas) también se exige en su apartado primero que para la modificación de las medidas que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Es decir que las medidas definitivas están sometidas a una especie de regla *rebus sic stantitus* si bien no tan rigurosa como la que se aplica en materia de obligaciones y contratos.

1. Hechos y causas que pueden modificar el régimen de visitas.

Dentro de los hechos que pueden dar lugar a la modificación del régimen de visitas el art. 94 CC distingue dos categorías de supuestos: 1º.- Por la producción de nuevas circunstancias graves, es decir, alteración sustancial de las circunstancias con relación a las que se tuvieron en cuenta para establecer el régimen de visitas. Esta causa de modificación requiere: a) Una novedad, en cuanto que la circunstancia o bien no fue detectada en un primer momento o bien se trata de un hecho nuevo que ha acaecido con posterioridad a la adopción del régimen de visitas establecido. Esta variación de las circunstancias también se contempla por el art. 775.1 LEC. b) Una gravedad de los hechos; de modo que no solo ha de tratarse de hechos nuevos, sino que estos han de ser graves[24]. 2º.- Por incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial. En el art. 776.3 LEC se incide en el hecho de la reiteración al decir que "El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del

sea beneficioso a aquellos, para salvaguardar sus intereses". En este sentido la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.1ª) 16 enero 2012 (JUR 2012, 89717) que también dice que "El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es el interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, como establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor".

23 Ordás Alonso, M.: "7.6. La modificación del régimen de visitas", en Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita,* cit.

24 En la STS 23 septiembre 2015 (RJ 2015, 4022) se contempla un supuesto que por su gravedad permite la modificación de las medidas definitivas que se dictaron en proceso de divorcio. En este caso la madre, militar de profesión, se traslada forzosamente de Tenerife a Melilla. Se le reconoce al padre el derecho a elegir un finde semana al mes para el ejercicio del derecho de visita al hijo común. Y la madre deberá hacerse cargo de la mitad de los gastos de transporte que se devenguen por el traslado del menor a la residencia del padre en el ejercicio del derecho de visita.

progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas.

Los incumplimientos más habituales por parte del progenitor no custodio, sin traspasar la línea roja del código penal son la no recogida o devolución del menor dentro de los horarios pactados, las visitas no desarrolladas con el progenitor sino con un familiar o allegado suyo, el incumplimiento total del régimen de visitas porque el progenitor no ha llegado a tener al menor consigo o ha interrumpido sin causa las mismas.

2. Alcance de la modificación del régimen de visitas.

La idea que debe primar en toda modificación es la de que ésta no debe perjudicar al menor, sino salvaguardar su interés en la comunicación y las relaciones conflictivas. Las modificaciones pueden afectar tanto a su aspecto cuantitativo como cualitativo. La variación cuantitativa puede consistir en una limitación de las visitas como puede ser la eliminación de la visita intersemanal que se había establecido[25]. Una suspensión temporal, como sucede en el caso de una enfermedad de no larga duración, del menor o del progenitor que puede poner en peligro la salud del visitante o del visitado, asimismo el ingreso en prisión del progenitor no custodio o incluso su traslado por cuestiones de trabajo al extranjero[26]. También procede la suspensión del régimen de visitas del progenitor no custodio por la existencia

25 Este es el caso de la SAP Málaga (Sec. 6°) 24 marzo 2017 (JUR 2018, 48834) en la que ante la escolarización de la menor el régimen de visitas ya no puede continuar como se había pactado antes, de ahí que se tengan que reajustar y redistribuir los términos de este para un disfrute equitativo de ambos progenitores de los periodos no lectivos de la menor.

26 La SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.1ª) 11 julio 2019 (JUR 2019, 292947). Se desestima la modificación de medidas y se confirma la suspensión del régimen de visitas. En este caso, se mantiene la suspensión del régimen de visitas, en el caso de padre que habiendo estado en prisión desde 2010 no ha tenido apenas contacto con sus hijos. Estos han manifestado su total y absoluto rechazo a la figura paterna: no quieren tener ningún tipo de comunicación con su padre, ni tan siquiera por vía telefónica, puesto que vive en la península y carece de ingresos suficientes para viajar. El padre alega que aquella medida había sido dictada cuando el estaba en prisión de la que ya ha salido al solicitar la modificación de medidas. No obstante, aun a pesar de haberse producido una alteración sustancial de circunstancias (salida de prisión) que permite a una de las partes interesar al juez para acordar la modificación del régimen de visitas (ex arts. 775 LEC y 90, 91, in fine, 100 y 101 del CC). Sin embargo, se establece que el que se hayan "alterado las circunstancias ello no determina que, de forma automática, se fije un régimen de visitas, sino que debe analizarse las que en el momento presente concurran". El tribunal deniega la modificación de las medias, en virtud del principio del interés superior del menor, al estimar que "todas las circunstancias que se han expuesto conllevan a que el inicio de un régimen de visitas, por muy limitado o restringido que sea, va a suponer un evidente y serio perjuicio para los menores. No ignora este tribunal que lo deseable es que se recupere, o incluso se inicie, el vínculo paterno filial, pero es el mayor beneficio de los menores el único objetivo que debe presidir esta resolución, y que, nuevamente insistir, pasa por ratificar la suspensión del régimen de visitas". En parecidos términos la SAP Barcelona (Sec. 18ª) 20 febrero 2020 (AC 2020, 355) donde no se fija régimen de fija régimen de estancias y comunicaciones de los menores con su padre que está en prisión. Desde el ingreso no ha habido comunicaciones con los hijos. La relación paterno filial ha sido prácticamente inexistente. El restablecimiento de una relación personal del padre con los hijos, que hasta la fecha ha sido frágil, desde la detención y con las limitaciones que ello supone, dada la edad de ambos menores, no parece lo más conveniente ni asegura una mejora de futuro al posible acercamiento emocional cuando el padre haya cumplido condena o se encuentre en grado penitenciario que le permita salidas del centro. El reencuentro entre padre e hijos deberá hacerse de forma progresiva y tras un trabajo emocional de los pequeños que en la actualidad no se considera necesario ni beneficioso a los menores todo lo cual nos lleva a desestimar la demanda.

de sospechas fundadas de que el menor es objeto de maltrato físico o psicológico de abuso sexual[27].

La modificación cualitativa del derecho de visitas puede consistir en el cambio de un régimen en el que las visitas son breves y numerosas por otro en el que estas son más prolongadas y con menor frecuencia. También cabe la prohibición (o la imposición) de la presencia de una concreta persona, asimismo que las visitas tengan lugar en un sitio determinado como los Puntos de Encuentro Familiar. Cuestión diferente es la supresión del derecho de visitas puesto que esta posibilidad no aparece reflejada en el art. 94 que sólo se refiere a la limitación o suspensión del derecho. En la doctrina se ha dicho que es posible la supresión del derecho de visita cuando la gravedad de los hechos y la situación de irreversibilidad así lo aconsejen. Además, esta medida se tendrá que aplicar excepcionalmente en aquellos casos en los que la modificación de la medida o incluso su suspensión hayan resultado inoperantes[28]. En la jurisprudencia son frecuentes los supuestos en los que produce la supresión de las visitas en casos de particular gravedad[29].

3. El equilibrio de intereses y la modificación del régimen de visitas.

La idea que debe primar antes de cualquier modificación de las medidas relativas al régimen de visitas, estancias y comunicaciones (o incluso su mantenimiento), una vez conocido el rechazo del menor, es que es necesario ponderar dos intereses

27 González del Pozo, J.P.: "Los expedientes de jurisdicción", cit.

28 Rivero Hernández, F.: *El derecho de visita*, cit., p. 351.

29 En la SAP Madrid (Sec. 22ª) 17 diciembre 2019 (JUR 2020, 99604) se suprime el régimen de visitas. Puesto que los hijos de 13 y 11 años se niegan a mantener contacto con la figura paterna. Existían varias sentencias de amenazas en el ámbito familiar y delito de lesiones a la madre de los menores, además el padre era drogodependiente. El informe psicosocial consideraba que el establecimiento de un régimen de visitas entre padre e hijos, aun bajo supervisión, podría suponer un retroceso en la evolución de los menores, por lo que debía esperarse al resultado del procedimiento seguido contra él, ya citado anteriormente, y a que se sometiera a un tratamiento de deshabituación manteniendo entre tanto régimen de custodia materna sin régimen de visitas. En primera instancia se establecía un régimen de visitas a la vista de las circunstancias existentes en el entorno familiar, teniendo en cuenta los deseos manifestados por los menores, pero pretendiendo garantizar la necesaria relación paterno-filial, por lo que quedó fijado en sábados y domingos en fines de semana alternos durante dos horas a través de un punto de encuentro familiar. La Audiencia, admite el recurso de la madre que y se suprime el régimen de visitas de acuerdo con el informe psicosocial estableciendo que "Carece de sentido que se imponga un régimen de visitas que actualmente resulta contraproducente para esa normalización, pues así lo han manifestado todos los profesionales que intervinieron durante la vista. Debe ser el padre quien deje atrás todas sus conductas previas para impulsar la relación paterno filial". En la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.1ª) 28 febrero 2019 (JUR 2019, 209039) se establece la supresión del régimen de visitas en un caso de violencia sobre la mujer, con malos tratos físicos y psíquicos del padre a la madre e hijos, con una denuncia creíble por abusos sexuales del padre hacia la hija. Se trata de un padre consumidor habitual de cocaína y alcohol, presentando con frecuencia episodios de embriaguez en los que pierde por completo el control de sus actos. Se decreta decretar la supresión del régimen de visitas: dados los antecedentes, ningún beneficio puede reportar a los menores mantener un régimen de visitas con el padre, ni siquiera a través del punto de encuentro, solución esta a la que incluso se mostró contrario el propio demandado quien, por cierto, no ha formulado oposición al recurso de su exesposa. En la SAP Sevilla (Sec.2ª) 11 noviembre 2015 (JUR 2016, 60841) la supresión obedece a importantes desajustes psicológicos del progenitor que le afectan de "manera significativa y negativa a su aptitud y actitud parental, con una percepción pobre y desajustada de las necesidades de sus hijos, con falta de vínculos emocionales para reanudar la relación paternofilial, además de encontrarse impedido para mostrarse ante sus hijos como la figura de protección y soporte emocional que se espera del mismo".

que en numerosas ocasiones entran en conflicto[30]. En primer lugar, desde un punto de vista teórico es beneficioso para el menor la existencia de un vínculo afectivo o relación parento-filial con el progenitor no custodio. Por lo tanto, sería aconsejable el mantenimiento, restablecimiento o incluso la creación de los contactos del menor con su progenitor. Siempre que sea posible y no perjudique el interés del menor es aconsejable salvar la relación parento-filial puesto que hay que garantizar al menor a vivir crecer y desarrollarse contando con la relación con sus dos progenitores[31]. En segundo, lugar en oposición al mantenimiento de la relación parento-filial se encuentra el hecho de que el interés del menor exige preservar su estabilida emocional y su salud psíquica que podría verse afectada si al menor se le imponen contactos no queridos con una persona a la que no sólo rechaza sino que en ocasiones le produce verdadera aversión. De ahí que la imposición de contactos forzosos en determinados supuestos, especialmente en el caso de los adolescentes, no solo no servirá para la mejora de las relaciones con el progenitor custodio sino que acrecentará el rechazo que siente hacia aquel[32]. De ahí que se analizará como habría de ser la respuesta judicial en las diferentes franjas de edad de los menores.

VII. DIFERENTES CAUSAS DE OPOSICIÓN DEL MENOR A LAS VISITAS.

La negativa del menor a relacionarse con el progenitor no custodio puede obedecer a cuestiones diversas:

1. Situación real que aconseje medidas sobre régimen de visitas.

En este caso se trata de una situación real que justifique la adopción de medidas de protección y suspensión o incluso supresión del régimen de visitas de acuerdo a lo previsto en el art. 94 I CC. En estos supuestos será el guardador legal quien deberá tomar la iniciativa y promover el expediente en protección del interés del

30 La doctrina se ha ocupado de analizar este conflicto de intereses que frecuentemente se enfrentan y es necesario ponderar. Así, González del Pozo, J.P.: "¿Resultaría jurídicamente correcto decretar la suspensión del régimen de visitas cuando los menores con alto grado de discernimiento rechazasen la figura del progenitor no custodio?", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 22, 2010, (https://elderecho.com/resultaria-juridicamente-correcto-decretar-la-suspension-del-regimen-de-visitas-cuando-los-menores-con-alto-grado-de-discernimiento-rechazasen-la-figura-del-progenitor-no-custodio). El citado artículo es un tanto atípico por cuanto que tiene el formato de foro, en el que intervienen varios autores de reconocido prestigio, no obstante desde mi punto de vista, las observaciones más acertadas son las de este autor que juez de primera instancia en Madrid que aporta su experiencia profesional en materia de procesos de familiar relativos al régimen de visitas.

31 González del Pozo, J.P.: "¿Resultaría?, cit., fundamenta el derecho del menor a vivir, crecer y desarrollarse contando con la presencia de sus dos progenitores, materializado en diversos preceptos de la Convención de Derechos del Niño, EDL 1989/16179, (concretamente en los arts. 9.3, 7.1 y 8.1, que reconocen al niño que esté separado de uno de sus padres derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, así como el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos y a preservar su identidad, incluidas sus relaciones familiares.

32 González del Pozo, J.P.: "¿Resultaría?, cit.,

menor en el que podrá acordarse la modificación, limitación suspensión o incluso la supresión del régimen de visitas tal como ya se ha visto. En estas situaciones se pueden aplicar algunas de las medidas previstas en el art. 158.4 y 6 CC como son la prohibición de que los progenitores y otras personas se aproximen al menor y se acerquen a su domicilio o centro educativo y otros centros que frecuente. Así como, la prohibición de comunicación escrita, verbal o visual o por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático con el menor que se puede imponer al mismo grupo de personas.

Entre los supuestos graves que pueden dar lugar a la supresión del régimen están aquellos en los que se tiene que aplicar el Código penal como los malos tratos al menor o al progenitor custodio[33]. Asimismo, la no devolución del menor al progenitor custodio tras el derecho de visita. Esta conducta es constitutiva de un delito de sustracción de menores contemplado en el art. 225 bis CP que lleva aparejada una pena de prisión de dos a cuatro años y la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad por un tiempo de cuatro a diez años[34].

Otro supuesto habitual es el incumplimiento del régimen de visitas. Se trata de un incumplimiento puesto que como se ha dicho el derecho de visitas también es al mismo tiempo un deber. Se trata de una misma realidad que contemplada desde el art. 94 es un derecho en favor del progenitor, pero desde la óptica del art. 160 CC se trata de un derecho del menor. El incumplimiento del derecho de visitas puede ser parcial, cuando el progenitor no realiza ninguna de las visitas previstas por el Juez. En cualquiera de los supuestos descritos se genera una ansiedad, tanto en el menor como en el guardador, puesto que no saben si su progenitor va a ir a recogerlo. Cuando el incumplimiento es total se produce la paradoja de que carece de utilidad la supresión de un derecho de visita que no se está cumpliendo. De ahí que lo conveniente sea pasar a solicitar al juez que adopte otras medidas como la privación del ejercicio de la patria potestad al incumplidor, habida cuenta que el art. 170 CC permite la adopción de esta medida cuando se incumplen los deberes inherentes a la patria potestad[35]. Además, cuando ya han trascurrido

33 La STS 26 noviembre 2015 (2015, 5624) establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos hasta el cumplimiento de la pena. Todo ellos condicionado a su eventual restablecimiento en un posterior procedimiento contradictorio en el que se tendría que valorar el superior interés del menor. En la STS 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311) ya se estableció que el régimen de visitas está sometido al interés del menor y que estas no proceden en el caso de conducta violenta del padre, aunque no llegó a ser condenado en vía penal por el perdón de la progenitora ofendida.

34 A los efectos del art. 225 bis se considera: "1°. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2°.- La retención del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3°. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

35 El art. 170 CC establece que: "El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa

varios años sin que el progenitor cumpla con su régimen de visitas se genera un desapego por parte del menor que ya no tiene ningún interés en volver a relacionarse con su padre[36].

2. La manipulación del menor por el progenitor custodio.

En ocasiones el rechazo del menor al progenitor no custodio obedece a una manipulación del padre o madre con el que convive. En estos casos es realmente el custodio, aunque disimulando su actitud en el rechazo del menor, quien incumple el régimen de visitas, puesto que no hay que olvidar que este también tiene obligaciones con relación al régimen de visitas, entre otras la de preparar al menor para estancia con el otro progenitor[37]. Es frecuente que el custodio se niegue a favorecer el cumplimiento del régimen de visitas sin causa grave que lo justifique. Esta actitud realmente se trata de un incumplimiento del derecho de visitas, que no hay que olvidar que está fijado por el Juez y no se trata de una concesión que haga el progenitor custodio. El incumplimiento del custodio por lo general puede revestir tres modalidades: 1º) La negativa a entregar el menor al no custodio en las fechas y horarios previstos en el régimen de visitas sin causa justificada. Esta negativa no suele manifestarse de manera directa y el progenitor se suele escudar en que es el menor quien no quiere ir con su padre o su madre[38]. 2º) Retrasar sin ninguna causa justificada la entrega del hijo común al progenitor no custodio

criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

36 Son numerosas las sentencias en las que el progenitor custodio no ha tenido relación con el menor desde hace varios años. Las soluciones adoptadas en cada resolución varían por las circunstancias concretas de cada caso. Así sucede con la SAP Huelva (Sec. 2ª) 16 octubre 2016 (JUR 2016, 107349), en este caso la hija de 16 años llevaba sin ver a su padre desde hacía seis años. Se establece un régimen abierto de visitas. En la SAP de Murcia (Sec. 4ª) 20 diciembre 2012 (JUR 2013, 34612) se suspende el régimen de visitas con el padre no ha tenido contacto con la menor, ahora con 14 años, desde que la hija tenía 3 años de edad. En la anterior sentencia de separación se había pactado un régimen de visitas temporal en el Punto de Encuentro Familiar para iniciar las relaciones entre el padre y la menor. En la SAP Murcia (Sec.4ª) 11 diciembre 2008 (JUR 2009, 102577) se desestima la petición de la madre solicitando la modificación de medidas que establecía un régimen limitado a dos días entre semana en un Punto de Encuentro Familiar. La madre ha estado cuatro años sin cumplir el régimen de visitas. La menor, con 12 años de edad, no quiere contactar con su madre. En el caso de la SAP Murcia (Sec. 5ª) 9 mayo 2006 (JUR 2006, 220707) el adolescente de 15 años se niega a relacionarse con su padre por incumplimiento de éste del régimen de visitas desde su separación legal desde hacía ocho años. Se limitan el derecho de visitas no incluyendo la pernocta los fines de semana. Se desestima la demanda por entender que no hay variaciones sustanciales.

37 Pérez Marín, A.J.: "Las interferencias parentales en el cumplimiento del régimen de visitas y posibles soluciones", Revista Derecho de Familia, núm. 81/2018, (https://insignis.aranzadidigital.es/). Este autor, magistrado en ejercicio, pone como ejemplo el Auto de la AP de Barcelona (Secc.12ª) 4 mayo 2012 (JUR 2012, 217193) en la que se dice "Cuando el titular de la custodia es incapaz de transmitir al menor con su actitud firme y veraz las obligaciones que le atañen para que pueda disfrutar de su derecho a relacionarse también con el otro progenitor, está incurriendo evidentemente en grave irresponsabilidad".

38 Pérez Marín, A.J.: "Las interferencias parentales", cit., estima que: "En base a lo anterior no puede en modo alguno el sistema de justicia asentir o acoger tan flagrante incumplimiento de las obligaciones de la hija por mientras está bajo la protección de sus padres por ser menor de edad, y no puede exonerar al progenitor custodio de las obligaciones de inculcar la necesidad de cumplir con las mismas. No puede ser excusa, en consecuencia, que el deseo de la niña sea el de no residir con su padre en los periodos en los que se ha fijado en una sentencia judicial, sino que la obligación de quien tiene la responsabilidad de su custodia es la de ser capaz de transmitirle que se ha de cumplir, porque en definitiva es el interés superior de la niña mantener la relación normalizada con el padre. Por el contrario, permitir estos impulsos de rechazo hacia el padre o la madre o ceder ante un capricho propio de la pubertad de tanta trascendencia como la

para reducir así el tiempo de estancia con éste. 3º) Crear animadversión hacia el progenitor visitante de tal manera que se consiga una negativa por parte del hijo a comunicarse y estar en compañía del progenitor no custodio. En estos casos en los que puede haber una manipulación por parte del progenitor custodio podemos incluso encontrarnos ante un supuesto de Síndrome de Alienación Parental (SAP), síndrome que difícilmente puede ser detectado por el juez en una exploración de menores puesto que ya requiere la intervención de profesionales del ámbito de la psicología.

En estos casos, el progenitor no custodio suele presentar una demanda de ejecución de medidas para que se cumpla con el régimen de visitas establecido. Pero si aún a pesar de haber obtenido una resolución favorable, el custodio sigue oponiéndose, puede llegarse a la apertura de un proceso penal por un delito de desobediencia. También es compatible con la imposición de multa coercitivas acumulativas que serán mensuales conforme al artículo 776.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, este sistema de multas no sólo no impide el incumplimiento sino que todavía agrava la animadversión entre los ex cónyuges[39]. Alternativamente cabría el recurso al cambio de custodia que también prevé el art. 776 LEC, para lo cual se tendría que iniciar un procedimiento de modificación de medidas que presenta el inconveniente de la duración del procedimiento de modo que en algunos casos de preadolescentes la modificación de las medidas tiene lugar cuando aquellos ya han cumplido la mayoría de edad. No obstante, el Tribunal Supremo en alguna sentencia se manifestado en contra de utilizar el cambio de régimen de guarda por incumplimiento del régimen visitas establecido[40].

3. Negativa por incomodidad o capricho del menor.

En ocasiones la negativa del menor a relacionarse con su progenitor obedece a la incomodidad o al capricho del hijo o incluso a una animadversión hacia la figura paterna. Piénsese en el hijo que prefiere pasar el fin de semana con el progenitor custodio que dispone de un magnífico chalet antes que irse a la vivienda del no custodio que es un apartamento modesto sin conexión a internet. O el hijo que

eliminación de la figura paterna o materna, es incumplir la obligación de transmitir una educación en valores que es responsabilidad primaria de los padres y madres".

39 Pérez Marín, A.J.: "Las interferencias parentales", cit., señala a título de ejemplo el caso resuelto por el Auto de la AP Madrid (Secc. 22.ª) 24 junio 2010 (JUR 2010, 289352) en el que se confirmaron las multas coercitivas impuestas por el Juzgado de Familia a la madre que ascendían a 45.900 euros, pero no se resolvió el problema.

40 Este es el caso de la STS 31 enero 2013 (RJ 2013, 927) en el que la madre se llevó al hijo menor a vivir a EEUU. Aun a pesar de que la madre incumplió reiteradamente los compromisos asumidos para facilitar las comunicaciones del hijo con el padre, el Alto Tribunal considera que para el menor es un trauma verse sometido al cambio de custodia que además conlleva el traslado a un país muy distante del de su residencia, imponiéndole una convivencia con una persona, su padre, a la que prácticamente desconoce. De modo que aun a pesar de que la madre incumplió el régimen de visitas, se establece que conservar la guarda y custodia es más beneficioso para el interés del menor, habida cuenta que está plenamente integrado en Estados Unidos y además tiene un fuerte vínculo con su progenitora. Así pues, el interés del menor ha prevalecido por encima de los reiterados incumplimientos de la madre.

simplemente se avergüenza del otro progenitor por no haber tenido el éxito laboral y social que tiene aquel con el que convive. También estaría el supuesto de que la negativa obedece al hecho de que el progenitor se hubiera divorciado de su padre o madre por haber encontrado una nueva pareja que además es de su mismo sexo. La casuística de las razones por los que un menor puede rechazar al progenitor con el que no convive podría extenderse todavía más. Sin embargo, el denominador común a todos estos casos se encuentra en que ninguno de ellos existe causa justificada para solicitar una modificación de las medidas relativas al régimen de visitas en los términos del art. 94 CC. El hecho de que el hijo considere que su padre (o madre) es un fracasado social o que le ha arruinado la vida porque les ha abandonado a él, a sus hermanos, al otro progenitor y además les hace pasar vergüenza por su homosexualidad, no constituye una grave circunstancia de carácter objetivo que pueda ser tenida en cuenta por el Juez para modificar las medidas. En ninguno de estos supuestos existe causa justificada para solicitar una modificación de medidas en los términos del art. 94 CC.

La actitud del menor no puede justificarse con base a la existencia del interés superior del menor o la existencia del derecho de este a ser oído y escuchado en aquellos casos en que este tenga suficiente madurez o haya cumplido los doce años. Lo que es evidente es que no puede dejarse a la exclusiva voluntad del menor la decisión de cumplir o no el régimen de visitas. Puesto que no hay que olvidar la existencia de un derecho del progenitor a relacionarse con sus hijos menores, siempre que no exista una colisión con el principio del "favor filii" o interés superior del menor. En la doctrina se ha dicho que el derecho de visita establecido en interés del menor no está a disposición de este, puesto que no se puede confundir la voluntad del menor, que podría estar influenciada por el progenitor que tiene la guarda y custodia, con su interés objetivo[41]. En la jurisprudencia se ha mantenido esta misma postura al decirse que "el interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad que, como en este caso ha considerado la Audiencia, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro"[42]

41 Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "El derecho de visita en la reciente praxis judicial", *Aranzadi Civil* núm. 1, Madrid, 1994 (https://insignis.aranzadidigital.es/) se apoya en la SAP Palma de Mallorca 10 junio 1991 (Colex) que afirma que "el deseo de los hijos menores no siempre se identifica con su interés" o el Auto de AP Santa Cruz de Tenerife 6 junio 1989 (RGD 1990, p. 1002) al decir que "su sola voluntad (del menor) no puede ser determinante de la extinción del derecho de los padres y parientes a comunicar con ellos ni su simple negativa puede cercenar de raíz el derecho para un futuro ejercicio, a menos que concurran graves causas que lo impidan".

42 En el caso contemplado por la STS 11 abril 2018 (RJ 2018, 1729) la madre de una menor de 12 años de edad ha venido demostrando una actitud obstruccionista, reflejada por el equipo técnico en su informe, con críticas y cuestionamiento a la figura paterna. También se ha demostrado probada la obstaculización del régimen de visitas a favor del padre. El padre en primera instancia obtuvo la concesión de la guarda y custodia dentro de un proceso de modificación de medidas, aunque en segunda instancia le fue denegada. Finalmente, el Alto Tribunal, confirma la sentencia de primera instancia, entre otros motivos porque la madre acumulaba cinco sentencias condenatorias, en juicios de faltas, por incumplir el régimen de visitas. Asimismo, se dice que "el transcurso a lo largo del tiempo del régimen de custodia a favor de la madre ha revelado […] la creación de factores convivenciales altamente negativos para la íntegra formación

El problema con la negativa del menor a relacionarse con su progenitor sin existir causa justificada se plantea con la imposición coactiva de las visitas al menor, puesto que sería contraproducente con relación con las finalidades a que tiende la figura del derecho visita[43]. Así se hizo constar en algunas sentencias de finales del siglo XX que continúan teniendo plena vigencia aun a pesar del tiempo transcurrido. En la SAP Albacete 1 marzo 1993 se dice que "indudablemente, los hijos, cuando ya han alcanzado una edad que les permite un cierto grado de discernimiento intelectual (en este caso, 15 y 13 años), nunca pueden ser obligados contra su voluntad a someterse a un régimen rigorista de convivencia con cualquiera de sus progenitores, porque ello produciría efectos contrarios a los pretendidos por la ley de obtener un mejor grado de compenetración y mejora de las relaciones afectivas, por ello, en este caso, debe accederse al recurso y otorgar más libertad a los hijos para que opten voluntariamente por los momentos y ocasiones que deseen estar con uno u otro de sus progenitores, sin forzarlos nunca a cumplir un régimen rigorista y preestablecido"[44].

VIII. LA OPOSICIÓN SIN CAUSA DEL MENOR A LAS VISITAS.

Las razones de la negativa del menor a relacionarse con uno de sus progenitores, como ya hemos visto pueden, pueden ser diversas. No obstante, la edad del menor será determinante a la hora de aplicar una concreta medida frente a su rechazo injustificado a cumplir con el régimen de visitas. En este sentido, en la jurisprudencia cuando se está ante una negativa patente y manifiesta del menor se viene valorando esta conducta en función de la edad pudiéndose distinguir tres diferentes etapas a) los menores de 12 años, b) los que tienen una edad comprendida entre los 12 y los 14 años y, c) los mayores de 14 años hasta la mayoría de edad.

psicológica y afectiva de la menor que, a modo de sustanciales circunstancias sobrevenidas determinan que sea conforme a una consideración concreta y razonable del propio interés superior de la misma". La sentencia se dicta en este sentido aun a pesar de que la menor había manifestado su deseo de permanecer con su madre y su abuela.

43 Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "El derecho de visita", cit.

44 La SAP Albacete 1 marzo 1993 (AC 1993, 292), en un caso de menores con 13 y 15 años de edad, entiende que debe de flexibilizarse el régimen de visitas "teniendo en cuenta primordialmente la voluntad de éstos de visitar o convivir con su progenitor, y que la sentencia mantiene en su anterior régimen adoptado en el convenio suscrito hace nueve años […] Indudablemente, los hijos, cuando ya han alcanzado una edad que les permite un cierto grado de discernimiento intelectual, nunca pueden ser obligados contra su voluntad a someterse a un régimen rigorista de convivencia con cualquiera de sus progenitores, porque ello produciría efectos contrarios a los pretendidos por la Ley de obtener un mejor grado de compenetración y mejora de las relaciones afectivas, por ello, en este punto, debe de accederse al recurso y otorgar más libertad a los hijos para que opten voluntariamente por los momentos y ocasiones que deseen estar con uno u otro de sus progenitores, sin forzarlos nunca a cumplir un régimen rigorista y preestablecido". En el fallo se establece que: "1.º Se mantiene el actual régimen de visitas sin que en ningún caso pueda forzarse la voluntad de los menores para su estricto cumplimiento".

1. Menores de 12 años.

En relación con los menores de 12 años, siempre que no exista una causa de riesgo justificada y un principio de prueba de la misma, se viene estimando por los Jueces que es responsabilidad del progenitor custodio el que se lleve a cabo el cumplimiento del régimen de visitas, o el reparto del tiempo en los casos de custodia compartida, habida cuenta de la inmadurez del menor para decidir con criterio lógico. En esa franja de edad cabe presumir que si el niño o la niña no quiere ir con el progenitor -sin existir causa grave- es debido a la falta de colaboración e interés por parte de quien tiene la guarda y custodia. No es admisible que el progenitor custodio ceda ante el capricho del menor, o incluso le induzca a no cumplir con el régimen de visitas. Se entiende que de la misma manera que quien tiene la guarda y custodia impone la disciplina frente al menor díscolo cuando no quiere ir a la escuela o no quiere tomarse una medicación tiene que imponer la autoridad suficiente para hacer cumplir el régimen de visitas.

En este tipo de casos, la solución pasa por que el progenitor no custodio solicite al juez la "ejecución de la sentencia" por incumplimiento del régimen de visitas. En el caso de persistir la negativa del custodio puede continuarse con la solicitud de las medidas previstas por el art. 776 LEE como las multas coercitivas del apartado 2º y finalmente, en caso de continuar la obstrucción del guardador puede llegar a incoarse diligencias previas por la presunta comisión de un delito de desobediencia previsto y penado en el art. 556 del Código Penal[45]. Asimismo, cabe solicitar la medida de modificación del régimen de guarda y visitas prevista en el art. 776.3ª para el caso de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas. Por cierto, esta última medida que es de aplicación con independencia de quien sea el progenitor que incumpla las obligaciones relativas a las visitas.

2. Menores entre 12 y 14 años.

En cuanto a los menores con edades comprendidas entre los 12 y los 14 años, la cuestión ya es más compleja, puesto que a partir de los 12 años los menores ya tienen el derecho a ser oídos y escuchados en todos los procesos judiciales en los que estén implicados. También surge este derecho cuando el menor, aun no habiendo llegado a esa edad, tuviese la suficiente madurez a la que se refiere el art. 156 CC. Para ello los jueces hacen uso de su facultad de exploración prevista en el art. 778 quinquies apartado 8 *in fine*, dando oportunidad al menor a ser oído

45 En la STS 31 enero 2012 (RJ 2013, 927), se establece como alternativa a la modificación del régimen de visitas, en caso de incumplimiento por el progenitor guardador, el empleo de otras vías, bien coercitivas bien convencionales, que en el caso no han sido utilizadas. De un lado, las multas coercitivas (artículo 776.2 LEC) y la responsabilidad penal al haberse incumplido una resolución judicial clara y terminante acordada por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, conducta que se incardina en un delito de desobediencia grave, según resulta de los artículos 556 y 622 del CP".

y explicar sus razones, sin la presencia de ninguno de los progenitores ni de sus abogados. De modo que el juez puede ir formando su juicio a la vista de lo que de allí resulte y de la madurez, seriedad y sinceridad con la que se exprese el menor, pudiendo averiguar si el rechazo al mantenimiento de relaciones con el progenitor no guardador obedece a una razón seria y objetiva o si se debe al mero capricho y comodidad, al tiempo que puede averiguar -si es el caso- si el comportamiento del menor es debido a la influencia del progenitor con el que convive. El juez puede recabar el auxilio de especialistas cuando lo considere necesario para la práctica de la exploración del menor.

En el caso del rechazo del menor entre 12 y 14 años a cumplir con el régimen de visitas la forma de actuación del progenitor cuyo régimen de visitas es impedido o obstaculizado es similar al anterior: la consabida solicitud de a ejecución de sentencia. Lo habitual en esta franja de edad es que el progenitor incumplidor, en el incidente de oposición, manifieste la consabida excusa de que "es el niño o la niña el que no quiere ir con su padre o madre". En los procedimientos con menores mayores de 12 años, o con madurez suficiente, ya es posible la práctica de la exploración del menor a la que se ha hecho referencia. En el caso de que el juez compruebe que no existe la menor justificación para que no se cumpla el régimen de visitas establecido en la sentencia o en el convenio regulador el juez termina debería desestimar la oposición a la ejecución. Tras la ejecución de la sentencia, en caso de que el progenitor custodio persista en su actitud, cabe solicitar la aplicación de las medidas previstas en el art. 776 LEC e incluso llegar a la vía penal ante la presumible existencia de un delito de desobediencia. Y finalmente, si el progenitor custodio no tiene la aptitud (o la voluntad) para garantizar las relaciones del hijo con el progenitor con el que no convive habría que plantear ante los tribunales un cambio en la titularidad de la guarda y custodia[46].

En esta franja de edad, me parece adecuado lo manifestado por la doctrina de que la voluntad del menor no puede convertirse en el criterio legal para que se acomoden a ella las medidas a tomar por el Juez. En estos casos sería de aplicación la afirmación que se contiene en algunas sentencias de que el interés del menor no ha de coincidir con su voluntad, tal como se recoge, entre otras, en la STS 11 de abril de 2018. Por lo tanto, aunque la voluntad del menor es un criterio legal relevante, tal como se ha expuesto al referirnos al derecho a ser oído y escuchado, no puede convertirse en la preadolescencia en el único elemento decisivo para modificar las medidas relativas al régimen de visitas. En la jurisprudencia menor son abundantes las sentencias en las que no se admite la suspensión de las visitas por

46 Ordás Alonso, M.: "7. El derecho de visita por el progenitor que no tiene a los hijos en su compañía", en Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita,* cit.

la simple negativa del menor -situado en esta franja de edad- si no va acompañada de una causa justificada[47].

3. Menores entre 14 y 18 años.

Cuando nos encontramos con la negativa de los menores, con edades comprendidas entre los 14 años y la mayoría de edad, a relacionarse con el progenitor no guardador, la cuestión de la aplicación del régimen de visitas no sólo resulta más compleja, sino que en ocasiones se convierte en imposible. En esta franja de edad, a diferencia de las anteriores, se hace complejo imponer una relación que el menor no desea, puesto que no tiene sentido el empleo de la fuerza pública puesto que podría suponer una la vulneración de los derechos fundamentales de la persona o del derecho de integridad física o moral[48]. Por otro lado, el imponer una relación lejos de mejorarla puede deteriorarla definitivamente. De la mayoría de sentencias relativas a menores cercanos a la mayoría de edad cabe inferir que se ha de atender a la voluntad del menor cuando su oposición al régimen de visitas responde a una decisión madura, firme, autónoma y razonada. Se considera que en estas edades entre los 14 y los 18 años el hijo menor de edad ya es consciente de la realidad social y familiar y es capaz de tomar decisiones que afecten a su futuro. No obstante, esto no puede significar que a partir de los 14 años solo se tenga que atender a los deseos del menor. En esta franja de edad lo aconsejable, ante la renuencia del menor a relacionarse con el progenitor no custodio, sería solicitar una modificación del régimen de visitas, flexibilizándolo o incluso suspendiéndolo temporalmente, pero siempre como vía para intentar resolver los obstáculos que impiden la normal comunicación entre progenitor y menor. La suspensión temporal del régimen de visitas debería de realizarse a través de la intervención de especialistas como psicólogos, mediadores de familia que permitan que con el paso del tiempo pueda llegarse a una reanudación de la relación entre el progenitor no custodio y el menor.

En la jurisprudencia se han planteado diferentes vías para intentar solucionar los conflictos entre preadolescentes y progenitores no custodios relativos al régimen de visitas. No analizamos las sentencias en las que impone un régimen de guarda y custodia a estos menores en contra de su voluntad por entender que en estas resoluciones no sólo no se está consiguiendo una solución, sino que se

47 En el Auto de la AP de Barcelona 30 enero 2018 (JUR 2018, 83192) se estima que no pueden suspenderse la visitas en la fase de ejecución con base a lo manifestado por el menor en la exploración, habida cuenta que si bien su voluntad de no ver al progenitor es clara, sin embargo, su negativa no está asentada en datos concretos, puesto que ni tan siquiera explica los motivos por los que no quiere ver a su padre.

48 Ordás Alonso, M.: "7. El derecho de visita por el progenitor que no tiene a los hijos en su compañía", en Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita,* cit. Esta autora entiende que obligar al menor, lejos de fomentar la relación con su padre, podría deteriorarla aún más resultando de todo punto contraproducente. Este problema tiene difícil solución por los Tribunales puesto que el restablecimiento de la relación con el progenitor probablemente solo puede surgir de la voluntad del menor.

está convirtiendo la mala relación con el progenitor en irresoluble con carácter definitivo:

1º) En un primer grupo de sentencias se establece que no puede imponerse a un menor adolescente un régimen de visitas con el progenitor con el que no desea relacionarse. El común denominador a estas resoluciones es que se trata de casos extremos, en los que le hijo muestra una actitud de total y absoluta oposición a mantener relaciones con el progenitor no custodio. Se trata de supuestos límites donde ya han fracasado previamente los equipos psicosociales.[49] Como sentencia prototipo dentro de este grupo proponemos la SAP de Pontevedra de 19 enero 2017[50]. En este caso la hija común, con 16 años al dictarse la sentencia, había decido tres años antes irse a vivir con su padre a pesar de tener su madre la guarda y custodia. El padre que tiene de hecho la guarda y custodia solicita una modificación de medidas definitivas para ajustar a derecho la guarda y custodia que de facto tiene sobre la hija. Por parte de la madre se presenta un informe de un equipo social en el que se aprecia una situación de clara alienación e interferencia parental, y que la guarda y custodia de la madre sería beneficiosa para la menor, pues esta situación es altamente perjudicial para ella, al ser privada de una referencia materna básica, y recomendando el equipo social que ambas partes acudan a una mediación o terapia con el objetivo de ayudarles a recuperar la relación materno-filial. El juez de primera instancia, teniendo en cuenta que la menor tiene 16 años y que en ese momento la comunicación entre madre e hija se hallaba completamente rota, estima más conveniente el restablecimiento de forma progresiva de la guarda y custodia de la menor a la madre, a través de un régimen de visitas amplio y flexible que permita reinstaurar la relación madre e hija, supervisado, todo ello, por profesionales. Hay que tener en cuenta que la hija desde 2013 no quiso volver con su madre alegando ante el Juez que "la maltrata psicológicamente y la menosprecia, que la convivencia con ella es imposible y que si la obligaban a volver se escaparía, es por lo que lo hace con su padre". En la Audiencia Provincial, se estima el recurso de apelación interpuesto por el padre. Se hace especial hincapié en que aun a pesar de que la voluntad de la menor no es libre sino que está manipulada por su padre y por su hermana mayor (que también vive con padre) se considera que "la imposición coactiva de contactos no deseados, además de ser de muy difícil en la práctica, por no decir de imposible ejecución forzosa cuando la menor ha superado cierta edad (mucho más en este caso que ya está próxima a los 17 años), resulta contraproducente desde la perspectiva de la mejora de relaciones con el progenitor no custodio porque no sirve más que para acrecentar en el menor el rencor o el odio que siente hacia aquél, o para mutar en aversión lo que nació como indiferencia, al percibirle como el culpable

49 Ordás Alonso, M.: "7. El derecho de visita por el progenitor que no tiene a los hijos en su compañía", *El derecho de visita, cit*.

50 SAP de Pontevedra de 19 enero 2017 (JUR 2017, 28165).

del establecimiento de unos contactos que ella no desea". Se estima asimismo que "establecer un concreto régimen de visitas sería contraproducente para la buena relación materno filial futura en la medida en que sería percibido por Tania como imposición de una relación que en este momento no desea, agravando la actitud de rechazo hacia la figura materna. Además, la negativa persistente en el tiempo (tres años ya) de una convivencia indeseada por su parte se nos presenta como muy relevante a la hora de dar una respuesta al caso concreto que abordamos, máxime cuando Tania podría estar ya emancipada, y lo que es peor, resultaría de imposible ejecución forzosa el cumplimiento de cualquier régimen de visitas y estancias que se estableciera, no digamos un regreso a esta custodia". La sentencia concluye diciendo que "nos hallamos ante una menor adolescente, cuyo grado de madurez ha de presumírsele de acuerdo a su edad, con capacidad natural e intelectual suficiente para tomar decisiones libres en el ámbito de su autonomía personal, que muestra un rechazo o aversión a la convivencia diaria hacia la figura de uno de sus progenitores (el no custodio) y no desea relacionarse con él. El respeto a esa decisión personal del menor debe formar parte de su dignidad personal, pues sería contrario a esta imponerle por vía forzosa una convivencia y relación que no desea. Bajo esta perspectiva, la Sala estima que, como anunciábamos supra, atendida la edad de Tania, la realidad exige no imponerle contactos indeseados con la progenitora no ostenta la custodia en la actualidad, ni estamos ya a tiempo de imponerle la relación de mediación, restando únicamente respetar su voluntad manteniendo la convivencia de hecho -ahora de derecho- con su padre y hermana mayor. No puede pedirse al Derecho que resuelva el problema de los afectos". Así, pues tras atribuirse la guarda y custodia al padre se establece que "el régimen de visitas será pactado entre las partes hasta la mayoría de edad"[51].

2ª) Restricciones al derecho de visitas sin eliminarlo por completo. En aquellos casos en que la negativa a contactar con el progenitor no custodio no es tan radical como las que se ha analizado en el caso anterior cabe optar por esta solución. Este es el caso de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 6 junio 1989 que sin denegar el derecho restringe ejercicio del derecho de visita a un solo día a la

51 En parecidos términos la SAP Madrid (Sec. 22ª) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152784) en la que se suprime el derecho de visitas al progenitor no custodio de un menor con 15 años ya cumplidos. Se señala que habían fracasado todos los intentos para restablecer la relación paternofilial y el vínculo afectivo deteriorado. Se destaca que de entre las visitas realizadas en el Punto de Encuentro Familiar "ni siquiera una se llevó a cabo sin incidencias por la resistencia del menor a tratar con el padre, verbalizando Cornelio exactamente, como el propio demandado reconoce, la dicha vivencia coercitiva de la comunicación a que antes aludimos, de lo cual debe huirse. ni siquiera una se llevó a cabo sin incidencias por la resistencia del menor a tratar con el padre, verbalizando Cornelio exactamente, como el propio demandado reconoce, la dicha vivencia coercitiva de la comunicación a que antes aludimos, de lo cual debe huirse". El Tribunal estima que al menor se le considera "en la que se le considera con madurez, criterio y juicio suficiente como para saber, entender, conocer y poder determinar en régimen de absoluta igualdad con su progenitor no custodio, el tiempo, modo y lugar de las comunicaciones y contactos, huyendo de prefijaciones judiciales por cuanto tienen de contraproducentes, como se ha demostrado en el supuesto enjuiciado, en que se han vivido por el descendiente como una obligación, como una imposición judicial no deseada. En efecto, es lo único cierto y verdad que el menor alberga un intenso rechazo hacia la figura paterna, sea debido o no a la negativa influencia de la madre, de haber ésta contaminado la relación paterna haciendo al niño impropiamente partícipe de cuestiones económicas que solo atañen a los adultos.

semana, sin que los hijos puedan pernoctar con el padre, sin llegar a denegarlo, sobre la base del rechazo de los hijos a relacionarse con su padre, al decir: "no escapa a este Tribunal la dificultad que supone el tratar de imponer coactivamente el cumplimiento de un régimen de visitas a unos hijos menores cuando éstos no quieren comunicar con su progenitor y más si ya han alcanzado una determinada edad, no pudiendo desconocerse tampoco que esta imposición coactiva podría producir efectos perjudiciales para los menores, contraviniéndose así el criterio rector de buscar siempre lo más beneficioso para ellos". Además, se deja abierta la posibilidad la modificación del régimen de visitas dependiendo de la evolución futura de la actitud y de las relaciones entre ellos"[52].

3) Medidas de acercamiento progresivo. De modo similar al anterior se trata de casos en los que existe oposición, pero que no llega al enconamiento, en estos casos se trata de aplicar también un sistema de restablecimiento de forma progresiva de la guarda y custodia, consistente en un régimen de visitas amplio y flexible a los efectos de restablecer la relación deteriorada del menor con el progenitor no custodio. Esta vía ha de ser supervisada por profesionales de la mediación o gabinetes técnicos[53]. Cuando estas medidas de acercamiento

52 También se limita el derecho de visitas en la SAP de Ciudad Real (Sec. 2ª) 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150373) la menor, con 15 años, no desea pernoctar en el domicilio paterno, por no contar con un lugar adecuado para ello, se establece que: "tratándose de hijos próximos a la mayoría de edad se hace, en ocasiones, muy difícil establecer un régimen de visitas. El sentido común y la experiencia nos dicen que tal medida ni es viable cuando se impone, ni parece que tenga mucho sentido imponerla a un menor adolescente. Por ello, ordinariamente se ha de partir de respetar tanto sus mayores deseos de libertad e independencia respecto de los progenitores como si el menor tiene suficiente, lo que aquí acontece, de su propia voluntad que debe ser atendida si no es arbitraria sino razonable y fundada, siempre que no haya evidencias de una cierta manipulación. Pues bien, sobre esas bases, es verdad que el régimen de mínimos fijado es pequeño. Mas es respetuoso con la voluntad de la menor y se encuentra avalado por el reconocimiento de que no hay un lugar adecuado para la pernocta".

53 Este sistema de régimen flexible para adolescentes de más de 14 años es el que está imponiendo. Así, en la SAP Badajoz (Sec.3ª) 27 diciembre 2019 (JUR 2020, 53251), la guarda y custodia corresponde a la madre. A pesar de que el padre nunca ha cumplido con el régimen de visitas y que hacía más de año y medio que no había visto a su hija de 14 años. El juzgador, teniendo en cuenta un informe de un equipo psicosocial que considera que, "en el caso de la niña se entiende que han de adoptarse las medidas pertinentes para que de manera progresiva se reinstauren los contactos, pues el interés superior de la menor aconseja que ambos progenitores se ocupen de atender sus necesidades, abriendo su contexto relacional a la red familiar y social. La edad de Salome aconseja que los encuentros se establezcan de acuerdo a pautas flexibles y de común acuerdo. En consecuencia, se establece un régimen de visitas progresivo que consistirá en una visita de tres horas de duración un día a la semana a través del Punto de Encuentro Familiar que irá aumentando progresivamente, conforme a los informes que elabore dicho Centro, hasta el establecimiento de un régimen ordinario de estancias en fines de semana alternos y dos días entre semana […]. Con intervención del Programa de Infancia y Familia a todos los componentes del grupo familiar, debiendo colaborar la madre en la intervención". En la SAP de Vizcaya (Sec. 4ª) 31 mayo 2017 (JUR 2017, 199224), la guarda y custodia de la menor, de 17 años, le corresponde al padre. La sentencia estima "Dejar sin efecto el régimen de visitas materno filial fijado en la sentencia de instancia sobre fines de semana alternos y vacaciones escolares y en su lugar se acuerda que madre e hija pueden comunicarse libremente cuando ambas estimen por conveniente". En la SAP Málaga (Sec. 6º) 28 diciembre 2016 (JUR 2017, 166728) el hijo menor con 15 años cumplidos se opone al régimen de visitas con su padre. En la sentencia no estimó necesaria la suspensión del régimen de visitas, pero por otra parte tampoco obvia la voluntad del menor quien tras las vivencias tenidas se niega y rechaza las visitas con el padre, y tras la constatación de la inadecuación del régimen de visitas tal y como venía desarrollándose, establece como más beneficioso un régimen de visitas , de forma libre y flexible , durante el cual el menor puede acercarse sin imposiciones al padre y conseguir de forma flexible un progresivo acercamiento ,régimen que la perito considerada el más adecuado. Este sistema en el que se flexibiliza el sistema de visitas dejando que estas se desarrollen como tengan por conveniente los interesados sin sujeción a un régimen programado se está aplicando en supuestos en los que el menor

progresivo no funcionan con los mayores de 14 años es cuando debería de aplicarse las medidas más radicales de la supresión del régimen de visitas en los términos que hemos visto anteriormente. De hecho, en la mayoría de las sentencias que hemos acompañado queda constancia de que se habían intentado, sin resultado, la aplicación de tratamientos psicosociales.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Descartados aquellos supuestos en los que concurra una causa grave y justificada para modificar ex art. 94 CC las medidas relativas al régimen de visita, en aquellos casos en los que un menor se oponga a cumplir con el régimen de visitas que ha sido impuesto judicialmente habrá que ponderar varios factores antes adoptar diferentes soluciones diferentes. En primer lugar, se tendrá que sospesar la posibilidad de salvar la relación parento-filial siempre que esto sea posible sin causar perjuicio al interés superior del menor. En segundo, habrá que valorar si con la decisión a tomar se afecta la estabilidad emocional del menor al imponerse al menor un derecho de visita con una persona por la que siente rechazo.

Por otro lado, habrá que estar a las circunstancias de cada caso en concreto que tendrá que ser resuelto teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor. De ahí que en ocasiones este interés motiva que los Tribunales en ocasiones decidan mantener o conceder la guarda y custodia a progenitores que reiteradamente han incumplido el régimen del derecho de visita (hijo que vive con su madre en el extranjero) o incluso cuando se ha detectado que su comportamiento es constitutivo de alienación parental. Entre las circunstancias concretas del caso, habrá que tener en cuenta, todo el material probatorio que se ha acompañado, como son los informes de los Puntos de Encuentro, Servicios

está en la franja de edad entre 14 y 18 años. En algunos casos llega aplicarse en menores con sólo 12 años, como en SAP Ávila (Sec. 1ª) 16 enero 2020 (JUR 2020, 101620) modifica el régimen de visitas a la hija de 12 años que se niega a realizar el régimen de visitas con el progenitor no custodio. Se establece un régimen flexible y un régimen alternativo para el caso de desacuerdo en los siguientes términos: "Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con la hija menor de edad el derecho de visitarla, comunicar con ella y tenerla en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres procurando el mayor beneficio de la hija y, en caso de desacuerdo y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos: tener consigo a la hija menor de edad en fines de semana alternos desde las 10,00 horas del sábado hasta las 20,00 horas del sábado y desde las 10,00 horas del domingo hasta las 20,00 horas del domingo; la entrega y la devolución de la hija menor de edad se realizará en el lugar en el que está acordado en la actualidad:. El Tribunal tiene en cuenta el informe del equipo psicosocial adscrito al Instituto de Medicina Legal de Ávila que establece que: "La negativa de la menor a realizar el régimen de visitas con el progenitor paterno parece ser la consecuencia de una dinámica familiar disfuncional, caracterizada por una gestión inadecuada de resolución de conflictos que ha ido consolidando una pauta de relación paterno filial con poca flexibilidad y capacidad de respuesta a las necesidades de la menor. No se detectan interferencias por parte de la progenitora en la relación paterno filial. No existen indicadores de riesgo para que se establezca una relación paterno filial normalizada, pero en la situación actual, obligar a la menor a mantener una paute de relación con su padre en contra de su voluntad no es aconsejable, porque podría producir el efecto contrario al deseado, es decir, normalizar la relación paterno filial.

Sociales, todos los informes periciales psicológicos y en especial la opinión del menor obtenida en la prueba de exploración de menores.

Las soluciones en abstracto en materia de menores que se oponen al régimen de visita son las siguientes: mantenimiento a ultranza del régimen de visitas ordenado por el juez con imposición coactiva del mismo; en el extremo contrario la supresión o suspensión de las medidas y a mitad camino la limitación del régimen de visitas, con varias combinaciones, como el establecimiento de un régimen flexible o abierto con un régimen de visitas alternativo para el caso de no llegarse a un acuerdo. No obstante, este abanico de soluciones, tiene que aplicarse de manera diferente, según el grupo de edad al que pertenezcan los menores.

En el caso de menores de hasta los 12 años, los denominados niños o niñas, las líneas generales en la jurisprudencia vienen a ser que si aquellos se oponen al régimen de visitas es debido a que el progenitor custodio no está colaborando lo suficiente o incluso está manipulando al menor en contra del otro progenitor. De modo que la voluntad del menor en esta franja de edad debería de ser absolutamente irrelevante. En estos casos la solución pasa por la aplicación forzosa de las medidas dictadas en sentencia.

En el grupo de los denominados preadolescentes, es decir entre 12 y 14 años, ya se tiene que tener en cuenta su voluntad habida cuenta de que tienen el derecho a ser oídos y escuchados. El juez podrá practicar la prueba de exploración de menores, pudiendo acompañarse de técnicos psicosociales y comprobar el origen y el grado de rechazo del menor hacia su progenitor. En estos casos, la voluntad del menor si bien ha de ser tenida en cuenta a la hora de modificar o limitar el derecho de visitas no ha de ser el elemento determinante. En este bloque de edad igual que en el anterior el protagonismo de las decisiones todavía corresponde a los progenitores, sin embargo, cuando alguno de ellos tenga manifiesta falta de habilidad para reconducir la falta de relación con el progenitor no custodio tendrán que imponerse medidas judiciales para restituir los lazos de comunicación entre los no custodios y los hijos.

Finalmente, en el caso de los adolescentes, situados en la franja entre 14 y 18 años la cuestión variará según las características de cada caso. A pesar de existir rechazo al progenitor no custodio, habrá que analizar sus causas y lo más adecuado sería aplicar medidas de limitación del derecho de visitas de común acuerdo cuando este derecho se ha venido cumpliendo, en aras de salvar la relación paterno-filial. En segundo lugar, la alternativa, cuando durante períodos de tiempo largos se han interrumpido las relaciones entre progenitores e hijos (o estas no han existido desde la separación o divorcio) sería la de aplicar un régimen flexible de acercamiento. Medidas estas que deben ser siempre supervisadas por técnicos. Como última solución, en aquellos casos de rechazo absoluto al

progenitor, y cuando ya ha fallado cualquier tipo de terapia social, no queda otra salida que la supresión del régimen de visitas en favor del progenitor no custodio. Entre otras razones porque la imposición coactiva de un régimen de visitas al menor siempre va a causar más perjuicios que beneficios y en todo caso impedirá que en un futuro la relación entre progenitores e hijos pudiera reanudarse.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Bezos, J.J.: "Guarda y custodia. Exploración del menor", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 9/2019 (disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es).

Barceló Doménech, J.: "El interés del menor como criterio de aplicación de la ley valenciana de relaciones familiares", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, pp.790-803.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y la custodia", *Revista Critica Derecho Inmobiliario,* núm. 746, noviembre 2014, pp. 3284-3314.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de derechos humanos*, nº 6, 2005, pp. 1-112.

Casado Casado, B.: "El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal", *Revista de Derecho de Familia,* núm. 62/2014 (https://insignis.aranzadidigital.es/).

Chaparro Matamoros, P.: "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 195-212.

García Cantero, G.: "Comentario a los artículos 42 a 107 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), 2ª ed. Edersa, Madrid, 1984, t. II, p. 398.

González del Pozo, J.P.: "¿Resultaría jurídicamente correcto decretar la suspensión del régimen de visitas cuando los menores con alto grado de discernimiento rechazasen la figura del progenitor no custodio?", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 22, 2010, EDC 2010/1013817, p. 6. (https://elderecho.com/resultaria-juridicamente-correcto-decretar-la-suspension-del-regimen-de-visitas-cuando-los-menores-con-alto-grado-de-discernimiento-rechazasen-la-figura-del-progenitor-no-custodio).

González del Pozo, J.P.: "Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II), Elderecho.com, enero 2017 (https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-ii).

Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "El derecho de visita en la reciente praxis judicial", *Aranzadi Civil,* núm. 1, 1994 (https://insignis.aranzadidigital.es/).

Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita comunicación y estancia de los menores,* Wolter-Kluwers, las Rozas (Madrid), 2019.

Pérez Marín, A.J.: "Las interferencias parentales en el cumplimiento del régimen de visitas y posibles soluciones", *Revista Derecho de Familia,* núm. 81/2018, (https://insignis.aranzadidigital.es/).

Roca Trías, E.: "Comentario del art. 94 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T.I. p. 394.

Rivero Hernández, F.: *El derecho de visita*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.

Tamayo Haya, S.: "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008 octubre-diciembre, pp.35-39.

Ureña Martínez, M.: "Comentario a la STS 1 octubre 2010 (RJ 2010,7302)", *CCJC*, núm. 86/2011 (https://insignis.aranzadidigital.es/).

LOS ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS MENORES DE EDAD: UN ESTUDIO JURISPRUDENCIAL*

MAINTENANCE OWED TO MINOR CHILDREN: CASE-LAW STUDY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 444-481

* El presente comentario se enmarca en los trabajos del Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia "Persona y Familia" (GIUV 2013-101), en el Proyecto de Investigación GoinEuPlus 796041, European Union's Justice Programme 2014-2020, y en el Proyecto de Investigación UMA18-FEDERJA-175, FEDER Andalucía 2014-2020, sobre "Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado de Bienestar".

José Ramón DE VERDA y Álvaro BUENO BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente trabajo analiza los criterios jurisprudenciales de interpretación del art. 93.1 CC en materia de alimentos debidos a los hijos menores de edad.

PALABRAS CLAVE: Prestación de alimentos; menores de edad; principio de proporcionalidad; capacidad económica de los progenitores; necesidades de los menores.

ABSTRACT: *This study analyzes the case law interpretation of Article 93.1 of the Spanish Civil Code with regard to maintenance owed to minor children.*

KEY WORDS: *child maintenance; minors; principle of proportionality; economic capacity of parents; needs of minors.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 93.I CC.- 1. La distinción entre hijos menores no emancipados e hijos mayores de edad.- 2. La legitimación extraordinaria del art. 93.II CC para reclamar alimentos en favor de los hijos mayores de edad en el juicio matrimonial.- III. LA FORMA DE PRESTAR ALIMENTOS (GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS).- 1. Custodia monoparental.- A) Los gastos ordinarios.- B) Gastos extraordinarios. 2. Custodia compartida.- IV. LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS.- 1. Criterios para determinar la capacidad económica de los progenitores.- A) La capacidad económica del alimentista se determina por la entera situación patrimonial del alimentante.- B) La posibilidad de acudir a la prueba indiciaria para determinar la situación económica del alimentante, ante la ausencia de pruebas directas.- C) La toma en consideración de las cargas y gastos soportados por el alimentante.- 2. Las necesidades del alimentista.- A) La apreciación subjetiva de las necesidades.- B) La necesidad de garantizar el mínimo vital.- C) El estado de absoluta pobreza como causa de suspensión temporal de efectividad de la obligación de alimentos.- D) La posibilidad de reclamar alimentos a los alimentantes de los progenitores.- E) La posibilidad de suspender la obligación de alimentos, cuando el menor tenga ingresos propios para satisfacer sus necesidades.- V. MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA DE PENSIÓN.- 1. Reducción de la cuantía.- A) La disminución de la capacidad económica del alimentante.- B) La disminución de las necesidades del alimentista.- C) La sustitución del régimen de custodia monoparental por el de compartida.- D) El aumento del nivel de ingresos del otro progenitor.- E) El nacimiento de nuevos hijos en el marco de una relación familiar diversa. 2. Aumento de la cuantía.- A) Aumento de la capacidad económica del alimentante.- B) Aumento de las necesidades del alimentista.- C) La disminución de la capacidad económica del otro progenitor.- VI. FECHA DESDE LA QUE SE DEBEN LOS ALIMENTOS A LOS MENORES DE EDAD Y MOMENTO DESDE EL QUE SURTEN EFECTOS LA MODIFICACIÓN DE SU CUANTÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En sede de efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, el art. 93.I CC (en relación con los hijos menores de edad no emancipados) dispone que el juez, "en todo caso"[1], deberá determinar "la contribución de cada progenitor

1 Las prestaciones alimenticias en favor de los menores pueden ser establecidas de oficio, ya que, en este caso, los Tribunales no están sometidos al principio dispositivo, de rogación o de aportación de parte. La SAP Barcelona 17 abril 2001 (JUR 2001, 142268) observa, así, que en esta materia "los pactos entre los progenitores tienen siempre la consideración de propuestas al tribunal, que ha de pronunciarse a instancia de parte, del Ministerio Fiscal o de oficio".

• José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil de la Universitat de València. Director de la Revista Boliviana de Derecho y de Actualidad Jurídica Iberoamericana. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es.

• Álvaro Bueno Biot
Graduado en Derecho por la Universitat de València. Abogado. Máster en Derecho de la Empresa, especialidad mercantil (Universitat de València). MBA en Administración y Dirección de Empresas (Instituto Superior Europeo de Barcelona). Pre-admitido en el programa de doctorado de Derecho, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: abb888813@gmail.com.

para satisfacer los alimentos", acomodando las prestaciones a "las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento"[2].

Para realizar dicha acomodación establecerá las bases de su actualización anual[3], habiendo declarado la jurisprudencia que, en el caso de omitir la sentencia este extremo, la omisión deberá ser salvada aplicándose el índice de variación del IPC, que tiene la ventaja de ser un criterio objetivo fijado por un organismo público, a no ser que en el convenio regulador existiera otra previsión[4] (por ejemplo, una actualización en función de la variación de los ingresos del alimentante).

El precepto añade que el juez "adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad" de la prestación de alimentos (por ejemplo, la retención en la nómina del alimentista del importe de la pensión y su ingreso en la cuenta bancaria del beneficiario).

Por su parte, el art. 776.1º LEC prevé la imposición de medidas coercitivas contra quien no haga efectivas las prestaciones y el art. 227 CP tipifica el delito de impago de pensiones durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos.

Existe, además, un "Fondo de Garantía del Pago de Alimentos" creado por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, y regulado por el RD 1618/2007, de 7 de

Conforme al art. 770.4º LEC, los Tribunales podrán también acordar de oficio las pruebas que estimen necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias de hecho de las que dependan sus pronunciamientos (señaladamente, en orden a determinar la real capacidad económica de los progenitores y poder, así, determinar la cuantía de la pensión de alimentos).
A este respecto hay que tener en cuenta que a través del Punto Neutro Judicial los Tribunales pueden tener acceso a datos de los progenitores relevantes para determinar la cuantía de las pensiones de alimentos, como obtener notas simples a través del CORPME o realizar consultas tributarias a la AEAT.

2 El art. 93.1 CC se refiere a la fijación judicial de la contribución a los alimentos en el marco de las medidas definitivas, pero, obviamente, podrán también determinarse en los autos que, a petición de parte, prevean medidas provisionalísimas (art. 771 LEC) y en los que establezcan las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio (arts. 103.3º CC y 773 LEC), sin perjuicio de que la determinación provisional de la contribución pueda posteriormente ser modificada al dictarse sentencia que establezca la medida definitiva que la sustituya (art. 774.4º LEC).

3 Esta actualización anual es una obligación del alimentante impuesta en sentencia, que no requiere petición ni resolución judicial previa, por poder realizarse mediante una operación aritmética. De no hacerla, el beneficiario podrá ejecutar los atrasos debidos por falta de actualización o por haber sido hecha esta de manera incorrecta (siempre respetando el plazo de caducidad de cinco años de la acción ejecutiva del art. 518 LEC y de prescripción del art. 1966.1 CC, a contar desde el día en que debió haberse pagado la actualización) y el ejecutado podrá oponer pluspetición, si considera que el cálculo no está bien efectuado. La jurisprudencia actual se orienta claramente en este sentido: *vid.* AAAP Cantabria 17 febrero 1999 (AC 1999, 283), Valencia 8 julio 2002 (JUR 2003, 52113), Jaén 12 noviembre 2010 (JUR 2011, 70582), Vizcaya 25 noviembre 2010 (JUR 2011, 128001) y Badajoz 5 mayo 2011 (JUR 2011, 207444).
Por lo tanto, solo se pueden reclamar los atrasos por las actualizaciones no realizadas durante los últimos cinco años anteriores a la presentación de la demanda, pero el cálculo para la revalorización se realizará sobre la base de lo que debiera haber sido el importe (acumulado) de la pensión, de haberse llevado a cabo todas las actualizaciones procedentes, incluidas aquellas cuya cuantía no pueda ya reclamarse, por caducidad de la acción ejecutiva. De manera gráfica podemos decir que, a estos efectos, el tiempo no se para. Como observa el AAP Valencia 29 octubre 2018 (*Tol 7085147*), "la prescripción de determinadas mensualidades no implica que no se siga aplicando el índice de revalorización correspondiente a los periodos cuyas mensualidades han prescrito".

4 SSAP Madrid 12 noviembre 2012 (*Tol 2723729*) y Madrid 7 febrero 2014 *(Tol 4115461)*.

diciembre, que es un fondo carente de personalidad jurídica, que tiene como finalidad garantizar a los hijos menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 93.1 CC.

En materia de alimentos, como es sabido, es preciso distinguir, según que los hijos sean menores o mayores de edad.

1. La distinción entre hijos menores no emancipados e hijos mayores de edad.

a) Si los hijos son menores de edad no emancipados[5], la obligación de alimentos de los progenitores forma parte del contenido propio de la patria potestad (art. 154 CC), de modo que, en virtud del art. 93.1 CC, procede incondicionadamente ("en todo caso"), sin ser preciso demostrar que el hijo los necesite para subsistir[6].

La jurisprudencia equipara en materia de alimentos la situación de los hijos con seria discapacidad a la de los menores no emancipados.

Así, la STS 7 julio 2014 *(Tol 4426700)* denegó la pretensión del padre de dejar sin efecto la pensión de alimentos establecida en favor de un hijo de 27 años, que padecía una esquizofrenia paranoide, con un grado de discapacidad reconocido superior al 65%, el cual no había sido incapacitado, equiparando su situación a la de los hijos menores no emancipados, "pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención".

b) Si, por el contrario, los hijos son mayores de edad o se hallan emancipados, para que estos puedan percibir una pensión de alimentos, que, en su caso, tendrá lugar conforme a los arts. 142 y ss. CC (y no, en virtud de art. 93.1 CC), es necesario demostrar que se encuentran en una situación objetiva de "necesidad" (por no

5 La madre encinta tiene legitimación para pedir alimentos en favor del hijo concebido para que pueda disfrutar de ellos, una vez que nazca, con apoyo en el art. 29 CC, al tratarse de un efecto civil favorable, con la condición suspensiva de que se verifique el nacimiento, lo que parece más razonable que tener que instar después del nacimiento un juicio de modificación de medidas. *Vid.* SSAP Cuenca 27 mayo 1999 (AC 1999, 5908), Pontevedra (Sección 3ª) (núm. 62/2000) 29 febrero 2000 (rec. nº 366/1998) y Toledo 20 febrero 2003 (JUR 2003, 76724).

6 SSTS 5 octubre 1993 *(Tol 1655748)*, 16 julio 2002 *(Tol 202431)* y 2 de diciembre de 2015 (*Tol* 5583918).

tener ingresos propios suficientes, al no poder ejercer una profesión u oficio con el que ganarse la vida o encontrarse todavía en fase de formación) y que dicha "necesidad" no es imputable a su falta de diligencia, es decir, no proviene de su mala conducta o de su falta de aplicación al trabajo (art. 152.3º y 5º CC) o al estudio (art. 142.II, *in fine*) [7].

Por lo tanto, si los hijos mayores de edad, pudiendo trabajar no lo hacen, no tienen derecho a recibir alimentos, pues estamos ante una necesidad imputable a su propia negligencia.

La STS 1 marzo 2001 (*Tol 25272*) declara la cesación de la percepción de una pensión de alimentos percibidos por dos hijas, licenciadas en Derecho y en Farmacia, porque "dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad; no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un *parasitismo social*".

La STS 21 septiembre 2016 (*Tol* 5829637) consideró que no procedía que el padre prestase alimentos, al entender que cabía la independencia económica o posibilidad de empleo en un hijo de 27 años, que podía haber trabajado en la inmobiliaria de su madre.

7 ¿Es posible que los hijos mayores de edad pretendan procurarse una vivienda donde residir, distinta de la de sus progenitores y a costa de ellos?
Es muy conocida la STS 23 febrero 2000 (*Tol 4927163)* que desestimó la pretensión de percibir alimentos de una hija mayor de edad, que, en pleno conflicto generacional con sus padres, pretendió vivir independientemente de ellos, pero, a su costa. Dice, así: "Las dos partes tienen toda la razón y todo el derecho a actuar como han actuado; y, sobre todo, la hija ha ejercitado, al salir del hogar paterno -no consta que fuera expulsada conminatoriamente del mismo- uno de los mayores, por no decir el mayor, de los bienes o valores que tiene el ser humano, como es el del ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, dicha parte recurrente en casación, no puede ni debe olvidar, que muchas veces la libertad como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral. Y lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza".
No ha llegado a la misma solución la más reciente STS 5 diciembre 2019 *(Tol 7648511)*, que, confirmando la sentencia recurrida, ha estimado parcialmente la pretensión de una hija mayor de edad, con una minusvalía reconocida del 87%, de que se aumentara la cuantía de la pensión de alimentos que percibía de sus padres, considerando procedente que a los 548,90 euros que recibía del padre se añadieran 271,84 euros más al cargo del padre y 128,16 euros a cargo de la madre. La hija, que vivía con su tía, ante la imposibilidad de vivir con sus progenitores, argumentaba que el aumento de la cuantía de la pensión de alimentos solicitada venía motivado por su deseo de vivir independientemente en una vivienda de protección oficial de su propiedad, adaptada a sus necesidades, pero que carecía de medios económicos suficientes para ello. El TS ha considerado que los supuestos de hecho de ambas sentencias no eran los mismos, pues en la última de ellas, la hija mayor se hallaba discapacitada (lo que evidentemente mermaba su capacidad de obtener ingresos laborales) y no había abandonado de manera voluntaria la vivienda familiar, sino por concurrir una "incompatibilidad de caracteres que propició que la hoy demandante viva con su tía paterna", constatando "la tensión existente entre madre e hija, que no consta que fuese provocada por ésta".

La STS 13 diciembre 2017 (*Tol 6454966*) también entendió que procedía la extinción de la pensión de alimentos de un hijo mayor de edad afectado de una minusvalía, dado que la misma no le impedía trabajar y, de hecho, lo hacía, siendo, además, determinante que el padre alimentante estuviese afectado por una incapacidad absoluta para toda actividad.

Tampoco tendrán derecho a percibir alimentos los hijos que muestren un nulo o escaso rendimiento académico.

La STS 24 mayo 2018 (*Tol 6621625*) extinguió la pensión de alimentos que venía percibiendo la hija, ya que su percepción, a juicio del alto Tribunal, colocaba al padre "en una situación de absoluta indigencia", teniendo en cuenta que únicamente percibía un subsidio de desempleo de 426 euros mensuales y que tenía a un hijo de 7 años a su cargo. A ello, hay que sumar la falta de aprovechamiento académico de la hija, que, más allá de algún episodio de ansiedad sufrido durante los exámenes, podía haberse esforzado más para acabar la carrera e, incluso, haberla compatibilizado con algún trabajo, atendida la situación de quien le venía abonando los alimentos.

La STS 14 febrero 2019 (*Tol 7065247*) entiende que el nulo rendimiento académico del hijo, matriculado en segundo de bachiller durante 4 años, determina la extinción de la pensión de alimentos, fijando, no obstante, un límite temporal de un año para la continuidad en la percepción de alimentos, entendiendo que ese es un plazo razonable para que el hijo pueda adaptarse a su nueva situación económica.

Así mismo, hay que tener en cuenta que, conforme al art. 152.4º CC, el hijo mayor de edad perderá el derecho a alimentos, cuando "hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación".

La desheredación supone la privación de la legítima; por ello, según el art. 848 CC, "sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley", en los arts. 852 y 855 CC. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia actual considera como causa de desheredación el "maltrato psicológico" a los ascendientes cuando este da lugar a una situación de abandono, entendiendo que, si bien el mismo no aparece contemplado expresamente en el art. 854 CC, no obstante, puede ser considerado una modalidad de "maltrato de obra", que sí es recogido en dicho precepto como posible causa de desheredación de los descendientes[8].

8 *Vid.* en este sentido SSTS 3 junio 2014 (*Tol 4395123*), 30 enero 2015 (*Tol 4748346*) y 13 mayo 2019 (*Tol 7238960*).

Por lo tanto, este maltrato psicológico que origina el abandono de los padres por parte de los hijos, priva a estos del derecho a exigirles alimentos *ex* art. 152.4º CC.

Así lo ha reconocido expresamente la STS 19 febrero 2019 (*Tol 7083001*), que habla de una "interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia" prevista en el precepto, "conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento", "porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad". No obstante, ha precisado la necesidad "de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo". En el caso concreto, la sentencia recurrida había declarado extinguido el derecho de alimentos por "la nula relación afectiva, continuada y consolidada en el tiempo entre el progenitor no custodio y los hijos" y "la negativa de éstos de relacionarse con su padre como así pusieron de manifiesto, decisión libre, querida y voluntaria". El hijo, de 25 años, hacía diez que no hablaba con su padre, ni había intentado ponerse en contacto con él, y la hija, de 20, hacía ocho que no lo veía y no tenía ningún interés en verle. Sin embargo, el TS revocó la sentencia, por entender que "esa falta de relación no es imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa" requerida.

2. La legitimación extraordinaria del art. 93.II CC para reclamar alimentos en favor de los hijos mayores de edad en el juicio matrimonial.

Dándose los presupuestos previstos en el art. 93.II CC, introducido por Ley 11/1990, 15 octubre, esto es, que los hijos mayores de edad o emancipados "convivieran en el domicilio familiar" (convivencia) y "carecieran de ingresos propios" (dependencia), se reconoce la legitimación para demandar alimentos en el marco del propio juicio matrimonial al progenitor con el que conviven (sin necesidad, pues, de que los propios hijos deban instar un juicio independiente).

La jurisprudencia habla de "un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos", lo que explica por la circunstancia de que el progenitor con el que conviven asume "las funciones de dirección y organización de la vida familiar"[9].

a) El requisito de la convivencia en el domicilio familiar "no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una

9 STS 24 abril 2000 (*Tol 247328*1).

convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran"[10].

Así lo afirma, entre otras, la STS 7 marzo 2017 (*Tol* 5990874), la cual, no obstante, denegó la legitimación de la madre, no porque los hijos mayores de edad se encontrasen cursando estudios universitarios en el extranjero, sino porque gozaban "de autonomía en la dirección y organización de sus vidas". Observa, así, que son "cotitulares, junto a sus padres, de un inmueble que se encuentra arrendado y con la renta que obtienen, en parte propia y en parte como alimentos de sus padres, sufragan sus necesidades, o algunas, ingresándose en cuentas corrientes propias, abiertas en una entidad sita en el Reino Unido. A ello se une, y es relevante y definitivo, que lo pretendido por la recurrente es que se fijen alimentos a favor de los hijos mayores a ingresar por cada progenitor en las respectivas cuentas corrientes de ellos".

b) El requisito de la dependencia, es decir, de que los hijos carezcan de "ingresos propios" debe entenderse "en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos, sino que sean insuficientes"[11].

La jurisprudencia más reciente ha considerado que los alimentos fijados en virtud del art. 93.II CC se extinguen, no desde la fecha de la sentencia que los declara extintos (que es la regla general cuando se modifica al alza o a la baja su cuantía), sino desde el momento en que el progenitor que los percibe pierde la legitimación para exigirlos, por desaparecer alguno de los dos requisitos exigidos por el precepto, esto es, desde que cesase la convivencia con el hijo o desde que este tuviera ingresos económicos suficientes[12].

Siendo los hijos mayores de edad, el Tribunal no puede establecer de oficio alimentos, sino que deberán ser pedidos por el progenitor con el que conviva en la demanda o, si tiene la condición de demandado, mediante reconvención explícita [art. 770.2 d) LEC].

III. LA FORMA DE PRESTAR ALIMENTOS (GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS).

Del art. 93.I CC resulta claramente que "cada progenitor" está obligado a satisfacer alimentos, pero ello no significa que la forma de prestarlos tenga que

10 SSTS 24 abril 2000 (*Tol* 2473281), 7 marzo 2017 (*Tol* 5990874), 12 marzo 2019 (*Tol* 7119477) y 10 abril 2019 (*Tol 7199719*).

11 SSTS 7 marzo 2017 (*Tol 5990874*), 20 julio 2017 (*Tol 6213806*), 12 marzo 2019 (*Tol 7119477*) y 10 abril 2019 (*Tol 7199719*).

12 SSTS 12 marzo 2019 (*Tol 7119477*) y 10 abril 2019 (*Tol 7199719*).

ser la misma, debiendo, además, existir una proporcionalidad entre la cuantía de la prestación alimenticia y las circunstancias económicas del obligado a satisfacerla.

1. Custodia monoparental.

Es frecuente que, en el caso de que la custodia de los hijos corresponda a uno solo de los progenitores, este realice su contribución, principalmente, mediante la atención personal cotidiana que le proporciona, consistiendo la contribución del progenitor no custodio en el pago de una pensión mensual alimenticia en metálico, en la cual se englobarán los gastos ordinarios, quedando fuera de su cálculo los gastos extraordinarios, que deberán ser satisfechos a parte, también por el progenitor no custodio, en la cuantía en que se pacte o judicialmente se determine (normalmente, lo serán por partes iguales).

Es, pues, importante distinguir entre "gastos ordinarios" y "gastos extraordinarios", puesto que, como hemos dicho, es usual que en los convenios reguladores se pacte (o en la sentencia recaída en juicio contencioso se establezca) que, mientras el progenitor que no convive con los hijos contribuya a los gastos ordinarios mediante el pago de la pensión de alimentos, en cambio, los extraordinarios sean satisfechos por los dos progenitores, por mitad (aunque pueden serlo en cuantía diversa).

De ahí que, salvo que en el convenio se haga una especificación muy detallada del carácter que tiene cada gasto (si existe una sentencia dictada en juicio contencioso, esta, con toda seguridad, no lo hará), suela discutirse su carácter ordinario o extraordinario (en particular, si existen malas relaciones entre los progenitores): al progenitor que paga la pensión le interesará que un gasto sea calificado como ordinario, para que se entienda incluido en la misma y no tenga que desembolsar una cantidad adicional para hacerle frente, y al custodio le interesara, justamente, lo contrario, es decir, que sea conceptuado como extraordinario[13].

13 Si existe una previa calificación de un gasto como extraordinario en el convenio regulador o en la sentencia contenciosa, podrá instarse en vía ejecutiva directamente el pago de su importe; en otro caso, a efectos de decidir la naturaleza ordinaria o extraordinario del gasto, la cuestión deberá ventilarse a través del incidente del art. 776.4º LEC, según el cual, "Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto".

A) Los gastos ordinarios.

Son gastos ordinarios los habituales y previsibles periódicamente, por lo que su importe es tenido en cuenta para fijar la cuantía de la prestación alimenticia y se incluyen dentro de ella[14].

Son los de manutención (o alimentación estricta), vestido, calzado o vivienda[15], como es el caso de gastos de alquiler de la casa donde viven los menores con el progenitor custodio, cuando su importe es prudente y no puede calificarse de excesivo[16]; los de guardería[17], en especial, cuando el progenitor custodio trabaja fuera de casa[18], así como los de cuidadora en la jornada laboral de aquel[19]; o los de acceso de los menores a teléfono móvil o internet[20].

Mención especial merecen los gastos ordinarios de formación y educación de los menores: entre ellos hay que incluir, indudablemente, los de comienzo de

14 El progenitor no custodio no puede eximirse de contribuir a estos gastos en periodos vacacionales, argumentando que el menor se encuentra en su compañía. *Vid*., en este sentido, SSAP Santa Cruz de Tenerife 22 marzo 2013 *(Tol 3710308)* y Guadalajara 28 octubre 2014 *(Tol 4710317)*.

15 La jurisprudencia actual, con evidente sentido común, entiende que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda común no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales, que, en consecuencia, deberán ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad. En este sentido se orientó la importante STS 28 marzo 2011 *(Tol 2082300)*.
Con esta solución se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado de la casa, al no habérsela atribuido la custodia de los hijos menores, y, sin embargo, deba pagar, en exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo solicitado por ambos para la adquisición de la vivienda común, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos.
La misma solución se mantiene, cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, en cuyo caso el pago del préstamo hipotecario sobre la cosa, perteneciente *pro indiviso* a ambos cónyuges, en régimen de comunidad ordinaria, se regirá por el art. 393 CC, de modo que se hará en proporción a sus respectivas cuotas de participación, que, salvo prueba, en contrario, se presumen iguales. *Vid.* en este sentido SSTS 26 noviembre 2012 (*Tol 2708269*) y 20 marzo 2013 (*Tol 3783030*).
En definitiva, el pago del préstamo hipotecario se hará conforme a lo que resulte del título de adquisición de la vivienda y teniendo en cuenta los pactos a los que los cónyuges hubieran llegado con el banco al concertar el contrato; y ello sin perjuicio, de que, si quien paga en virtud de dichos pactos resulta no ser propietario de la vivienda, pueda reclamar, por vía de regreso, a quien reamente lo fuera.
Esta es solución admitida por la STS 17 febrero 2014 (*Tol 4119495*), que confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado al marido a pagar la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario, a lo que se había obligado frente al banco al suscribir la hipoteca. La mujer sostenía que la vivienda se había puesto exclusivamente a su nombre para evitar que pudiera ser embargada por las deudas contraídas por su cónyuge en el ejercicio de su actividad empresarial. Afirma el Supremo, que la sentencia objeto del recurso "no perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio, como reconoce la parte recurrida, razón por la que procede desestimar el recurso, dado que no se aprecia el interés casacional alegado, pues la resolución recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, sin apartarse de la misma".

16 SSAP Barcelona 21 diciembre 2007 (*Tol 1282650*), Madrid 25 marzo 2011 (*Tol 2178935*) y Madrid 14 octubre 2014 (JUR 2015, 9899).
En orden a determinar la cuantía de esta partida hay que tener en cuenta si la vivienda no solo es ocupada por los hijos, sino también por la madre y, eventualmente, por otros familiares de esta. *Vid*. SAP Madrid 7 octubre 2016 (AC 2016, 1796).

17 SSAP León 17 diciembre 2010 (*Tol 2052221*) y Madrid 9 febrero 2012 (*Tol 2488235*).

18 SSAP Barcelona 21 diciembre 2007 (AC 2008, 483) y Madrid 14 octubre 2014 (JUR 2015, 9899).

19 SSAP Valencia 14 julio 2014 *(Tol 4520529)* y Guadalajara 28 octubre 2014 (*Tol 4710317)*.

20 JPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

curso, aunque se paguen una sola vez al año, pues son previsibles y periódicos (no, por meses, pero sí, por años), de modo que "deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia", prorrateándolos por meses[21], como es el caso de las matrículas y de los libros de texto[22], siendo irrelevante que los mismos se adquieran en el propio colegio o fuera de él en librerías o centro comerciales[23], y, en general, del material escolar[24].

Las matrículas pueden ser en centros públicos o concertados[25], en cuyo caso también se comprenden las cuotas de las asociaciones de padres y las aportaciones voluntarias[26], o en un centro docente privado, elegido de común acuerdo antes del cese de la vida en común y en el que el menor ha estudiado dos cursos, por lo que cambiarlo de centro perjudica la continuidad del hijo en el entorno escolar en el que se halla integrado[27].

Es posible tomar en consideración los gastos de escolarización de un menor que, si bien todavía asiste a la guardería en el momento de fijarse la pensión, es totalmente previsible que de modo inminente se matricule en el mismo centro público que su hermano[28].

Son también los gastos necesarios de formación los de uniforme[29], los de transporte[30] y comedor[31], incluidos los desayunos en el colegio[32], excluyéndose, en cambio, los gastos de comedor fuera del período escolar, como son los que se generan cuando el menor asiste a él durante el mes de julio[33].

21 STS 15 octubre 2014 (*Tol 4584709*), 21 septiembre 2016 *(Tol 5829912)* y 13 septiembre 2017 *(Tol 6347631).*

22 STS 13 septiembre 2017 *(Tol 6347631).*

23 SAP Córdoba 9 octubre 2014 *(Tol 4691667).*

24 SSAP Ciudad Real 22 mayo 2006 (*Tol 933456*), León 17 diciembre 2010 (*Tol 2052221*), Alicante 16 marzo 2010 (*Tol 1991652*), Madrid 9 febrero 2012 *(Tol 2488235),* Madrid 14 julio 2015 *(Tol 5408265)* y Málaga 14 enero 2016 (*Tol 5797698*); JPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

25 SAP Madrid 25 marzo 2011 (*Tol 2178935*).

26 JPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

27 SAP Sevilla 30 diciembre 2013 (*Tol 4154793).*

28 Así lo considera la SAP Madrid 9 febrero 2012 *(Tol 2488235),* que explica que "las pensiones de alimentos se fijan siempre con vocación de futuro, en evitación de que incidencias mínimas, máxime siendo previsibles, como es la escolarización, aboquen a las partes a incesantes procesos de modificación de medidas (artículo 775 LEC), para su reajuste".

29 SSAP Madrid 9 febrero 2012 *(Tol 2488235)* y Madrid 14 julio 2015 *(Tol 5408265)*; SSJPI Sevilla, núm. 23, 5 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 30 enero 2015 *(Tol 4822584)* y Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

30 SSAP Santa Cruz de Tenerife 22 marzo 2013 *(Tol 3710308)* y Madrid 14 julio 2015 *(Tol 5408265)*; SSJPI Sevilla, núm. 23, 5 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 30 enero 2015 *(Tol 4822584)* y Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

31 SAP Madrid 14 julio 2015 *(Tol 5408265)*; SSJPI Sevilla, núm. 23, 5 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 30 enero 2015 *(Tol 4822584)* y Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*); S Juzgado Violencia Mujer, núm. 3, Sevilla 30 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 22 enero 2015 (*Tol 4822598*).

32 SAP Madrid 14 julio 2015 *(Tol 5408265).*

33 SAP Madrid 9 febrero 2012 *(Tol 2488235).*

Así mismo, los de salidas escolares de obligada asistencia al formar parte del programa educativo y de actividades extraescolares (clases de inglés) decididas de mutuo acuerdo[34]; los de actividades extraescolares, como excursiones planificadas por el centro, que tengan lugar dentro de la población donde residen los menores y dentro del año escolar[35], que sean de unas horas y tengan un coste proporcionada a ellas[36] o de una jornada de duración[37]; o los de academia de inglés, si ya existían con anterioridad a la crisis familiar[38]

B) Gastos extraordinarios.

Son gastos extraordinarios, los que no son habituales y previsibles periódicamente; y de ahí que no puedan ser tenidos en cuenta al determinar la cuantía de la prestación y, en consecuencia, no se entiendan comprendidos dentro de ella.

a) Estos gastos extraordinarios deben ser asumidos por los progenitores, cuando sean necesarios y proporcionados a sus respectivos recursos económicos (art. 142 CC).

Es el caso de los gastos de salud puntuales[39], no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos menores, por ejemplo, los de medicamentos, los derivados de operaciones de cirugía reparadora[40], de adquisiciones de prótesis[41] o aparatos de óptica[42], de logopedia[43], de dentista y tratamientos bucodentales[44], psicológicos[45],

34 SAP Barcelona 17 febrero 2009 (AC 20091203).

35 SAP Ciudad Real 22 mayo 2006 (*Tol 933456*).

36 AAP Alicante 30 septiembre 2010 (JUR 2011, 46691).

37 SJPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

38 SAP Córdoba 9 octubre 2014 *(Tol 4691667).*

39 Pues, si son periódicos y previsibles, son gastos ordinarios. *Vid.* SAP Alicante 27 abril 2015 *(Tol 5065643).*

40 No, en principio, de mera cirugía estética.

41 Plantillas, ayudadores, andadores, corsés, sillas de ruedas, etc. *Vid.* SJPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

42 Monturas y cristales de gafas, lentillas y renovación o reposición de unas u otras por variación de graduación, rotura, sustracción o pérdida. *Vid.* SJPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

43 SSJPI Sevilla, núm. 23, 5 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 30 enero 2015 *(Tol 4822584)* y Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*); S Juzgado Violencia Mujer, núm. 3, Sevilla 30 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 22 enero 2015 (*Tol 4822598*).

44 Ortodoncia, prótesis dentarias, aparatos correctores, colocación de piezas dentales nuevas, empastes, endodoncias, desvitalización, colocación de fundas o implantes. *Vid.* SJPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

45 SSJPI Sevilla, núm. 23, 5 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 30 enero 2015 *(Tol 4822584)* y Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante12 junio 2015 (*Tol 5438988*); S Juzgado Violencia Mujer, núm. 3, Sevilla 30 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 22 enero 2015 (*Tol 4822598*).

fisioterapéuticos o rehabilitadores prescritos médicamente[46] (por ejemplo, clases de natación[47]) y de homeopatía[48].

También de los gastos generados por las clases de repaso, cuando las calificaciones escolares demuestren que son imprescindibles para la educación de los hijos por su bajo rendimiento académico[49]; por actividades extraescolares que se consideren necesarias para la formación integral de los menores[50]; o por viajes de fin de curso y campamentos de verano, siempre que su coste sea moderado y que se trate de viajes realizados por todos o la mayor parte de los alumnos y organizados por el propio centro escolar o asociaciones de padres[51].

La jurisprudencia considera dudoso que puedan considerarse gastos extraordinarios de contribución obligatoria las estancias individuales y voluntarias en el extranjero para perfeccionar el conocimiento de idiomas, "puesto que, aun teniendo en cuenta que se trata de una actividad formativa complementaria y cada vez más conveniente no puede reputarse siempre de estricta necesidad y también ha de ponderarse su coste normalmente elevado en relación con la situación económica de los interesados"[52].

En ocasiones, se especifica que, con independencia de la obligación de los dos progenitores de contribuir al pago de estos gastos extraordinarios, sin embargo, para poder reclamar su rembolso, salvo supuestos de urgencia (por ejemplo, de carácter médico), antes de realizarlos, se recabe el consentimiento del otro progenitor, informándole por cualquier medio fehaciente (que deje constancia de su práctica) de la necesidad de realizarlos y de su importe (aportando, en su caso, presupuesto con el nombre del profesional que lo expide), previéndose que la falta de oposición expresa, en un breve plazo (por ejemplo, de diez días naturales) o la obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación sea considerada como un consentimiento tácito[53].

46 SSJPI Sevilla, núm. 23, 5 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 30 enero 2015 *(Tol 4822584)* y Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*); S Juzgado Violencia Mujer, núm. 3, Sevilla 30 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 22 enero 2015 (*Tol 4822598*).

47 SJPI Sevilla, núm. 23, 5 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 30 enero 2015 *(Tol 4822584)*.

48 SJPI Sevilla, núm. 23, 5 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 30 enero 2015 *(Tol 4822584)*.

49 SAP Alicante 16 marzo 2010 (*Tol 1991652*); AAP Alicante 30 septiembre 2010 (JUR 2011, 46691) y S Juzgado Violencia Mujer, núm. 3, Sevilla 30 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 22 enero 2015 (*Tol 4822598*).

50 SAP Ciudad Real 22 mayo 2006 (*Tol 933456*).

51 AAP Alicante 30 septiembre 2010 (JUR 2011, 46691); SJPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

52 AAP Alicante 30 septiembre 2010 (JUR 2011, 46691); SJPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

53 SSJPI Sevilla, núm. 23, 5 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 30 enero 2015 (*Tol 4822598*), Madrid, núm. 24, 27 enero 2014, confirmada por la SAP Madrid 14 julio 2015 *(Tol 5407109)* y Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*); S Juzgado Mujer, núm. 3, Sevilla 30 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 22 enero 2015 (*Tol 4822598*).

Las intervenciones quirúrgicas de cirugía ocular por láser para reducción o curación de miopía u otros defectos en la visión se consideran gastos médicos necesarios, cuando su realización sea recomendada por un facultativo especialista, pero no urgentes, y, dado su alto coste, no pueden ser decididas unilateralmente por el progenitor custodio[54].

b) También deben ser asumidos por los progenitores los gastos extraordinarios, cuando, aun no siendo estrictamente necesarios, sin embargo, sean decididos por ambos (p. ej., todo tipo de actividades extraescolares o matrículas en centros privados) o, decididos por uno de ellos, sean comunicados al otro y este no se oponga a su realización (se trata de gastos extraordinarios de asunción voluntaria).

Así sucede, por ejemplo, cuando el progenitor custodio matricula a la hija en un colegio privado y el otro manifiesta su conformidad, pagando, incluso, por completo la matrícula de un curso, entendiéndose que deben pagarse también los gastos de comedor, por encontrarse dicho colegio en una localidad distinta a la que reside[55]. Igualmente, cuando uno de los progenitores ha venido pagando directamente el gasto derivado de un seguro médico privado, habiéndose considerado que se trata de gasto extraordinario que debe seguir pagando él en exclusiva (y no, por partes iguales) después de la ruptura de la convivencia[56].

Hay que tener en cuenta que el carácter extraordinario de este tipo de gastos de asunción voluntaria, en realidad, deriva de la circunstancia de que no son necesarios, pues es posible satisfacerlos con los sistemas públicos de salud y de educación, pero, una vez asumidos, son periódicos y previsibles, por lo que, en sentido estricto, debieran considerarse extraordinarios solamente los provocados por el primer desembolso (por ejemplo, el primer curso escolar) y ordinarios los correspondientes a los posteriores pagos, de modo que sería procedente instar un juicio de medidas para incluir su cuantía en la pensión de alimentos.

c) Por último, los progenitores deberán asumir los gastos extraordinarios no consensuados expresa o tácitamente, cuando, así se determine judicialmente, aunque no sean necesarios, por considerarse convenientes para el menor y proporcionados a la capacidad económica de la familia; en caso de ausencia de autorización judicial, en principio, deberá soportarlos quien los realice.

Se han considerado dentro de esta categoría los gastos de cirugía estética o generados por cursos en el extranjero o en otra localidad distinta a la del domicilio del hijo o el coste de universidades privadas (esto ya, respecto de los hijos mayores

54 SJPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

55 SAP Castellón 28 marzo 2005 (*Tol 641586*).

56 SAP Málaga 14 enero 2016 (*Tol 5797698*).

de edad)[57]. También las actividades deportivas, música, baile, informática, idiomas, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, fiestas de cumpleaños, onomásticas y otras celebraciones de los hijos[58].

2. Custodia compartida.

En los casos de custodia compartida es habitual que el Juez determine que cada uno de los progenitores satisfaga los gastos ordinarios generados durante el tiempo en que los hijos convivan con cada uno de ellos.

Ahora bien, hay gastos ordinarios diversos a los de pura comida y habitación, que se generan en períodos más amplios que aquellos en los que los hijos conviven con cada progenitor (por ejemplo, material escolar, vestido, calzado, ocio), por lo que es común que se abra una cuenta conjunta en la que ambos padres hagan ingresos periódicos para atenderlos[59], la cual, si hay excesiva conflictividad entre ellos, quizás convenga que tenga carácter mancomunado[60].

En cualquier caso, la existencia de una custodia compartida no significa, necesariamente, una contribución por igual de los dos progenitores a dichos gastos ordinarios, así como tampoco a los extraordinarios, sino que puede ser diferente en atención a la cuantía de sus respectivos patrimonios y al diverso grado de implicación en el cuidado personal de los menores (que no tiene por qué ser idéntico).

La STS 11 febrero 2016 *(Tol 5645217)* observa, así, que "el sistema de custodia compartida de los hijos no exime del pago de una pensión de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges". En el caso concreto entendió que el padre debía pasar una pensión a su exmujer para la manutención de sus dos hijas menores, ya que la progenitora no percibía salario ni rendimiento alguno, y además rechazó que esa pensión pudiera limitarse temporalmente, "pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo", sin perjuicio de que posteriormente, por aplicación del art. 91 CC, pueda haber modificaciones si existe variación sustancial de las circunstancias.

IV. LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS.

Los parámetros a los que el art. 93.1 CC se remite para fijar la contribución y, en definitiva, la cuantía de la pensión de alimentos, son, de un lado, "las

57 SJPI Alicante, núm. 8, 22 diciembre 2014, confirmada por SAP Alicante 12 junio 2015 (*Tol 5438988*).

58 S Juzgado Violencia Mujer, núm. 3, Sevilla 30 diciembre 2013, confirmada por SAP Sevilla 22 enero 2015 (*Tol 4822598*).

59 SSAP Valencia 14 octubre 2013 (JUR 2013, 351228), Valencia 24 junio 2014 *(Tol 4523508)* y Valencia 8 septiembre 2014 *(Tol 4545320)*.

60 SSAP Valencia 22 septiembre 2014 *(Tol 4545354)* y Valencia 19 mayo 2015 (*Tol 5194108*).

circunstancias económicas" del progenitor obligado a pagarla (alimentante); y de otro, las "necesidades de los hijos" (alimentistas).

Debe existir una relación de proporcionalidad entre ambos, tal y como, con carácter general, establece el art. 146 CC en materia de alimentos, pero dichos parámetros no tienen la misma importancia cuando los hijos son menores, pues, en tal caso, lógicamente el segundo de los parámetros se convierte en prioritario respecto del primero.

Por ello, la jurisprudencia ha declarado que el principio de proporcionalidad establecido en el art. 146 CC solo es aplicable "a alimentos debidos a consecuencia de la patria potestad (artículo 154.1 CC) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de éstos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta del vínculo de filiación y la edad"[61].

En el caso de divorcio judicial por mutuo acuerdo, la contribución de cada progenitor a los alimentos forma parte del contenido mínimo del convenio regulador, pero el pacto de los cónyuges no será aprobado, si es dañoso para los hijos (art. 90 CC)[62].

Las Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ, en 2013 y actualizadas en 2019, son, desde luego, meramente, indicativas.

1. Criterios para determinar la capacidad económica de los progenitores.

Expondremos, a continuación, una serie de criterios para determinar la capacidad económica del obligado a prestar alimentos, que juegan, tanto, en el momento de la fijación inicial de la prestación, como, posteriormente, cuando (en un juicio de modificación de medidas) se alega una modificación del nivel de ingresos del alimentista para pedir la reducción o el aumento de su cuantía.

A) La capacidad económica del alimentista se determina por la entera situación patrimonial del alimentante.

Para valorar "las circunstancias económicas" del alimentante habrá que tener en cuenta, no solo el importe de su salario neto que, en su caso, perciba, sino la

61 SSTS 5 octubre 1993 *(Tol 1655748)* y 16 julio 2002 *(Tol 202431)*.

62 La SAP Málaga 30 enero 2018 (*Tol 7022285*) afirma, en este sentido, que corresponde "al prudente arbitrio judicial la determinación de la cuantía alimenticia, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio".

totalidad de su patrimonio, tanto mobiliario (acciones, depósitos bancarios, bonos, etc.), como inmobiliario (rentas, plusvalías, o alquileres, etc.).

Así lo constata la STS 14 octubre 2014 *(Tol 4526696)* que observa que la "obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges", por lo que "no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad". Concretamente, revocando la sentencia recurrida, fija como doctrina que "La obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos".

La STS 22 junio 2017 (*Tol 6201518*), aplicando la misma doctrina, casó la sentencia recurrida, que había establecido una pensión de alimentos a cargo del padre de 250 euros, dada su carencia de trabajo. La fijó en 400 euros, cuantía que era la que había establecido la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el patrimonio de ambos progenitores era "importante, tanto que no han necesitado trabajar para mantener un estatus importante de vida", afirmado que reducir la prestación a una cuantía tan mínima no resultaba "coherente ni con los recursos económicos, ni con el status social de la pareja".

B) La posibilidad de acudir a la prueba indiciaria para determinar la situación económica del alimentante, ante la ausencia de pruebas directas.

Cuando el alimentista es un trabajador por cuenta ajena es fácil determinar sus rendimientos netos del trabajo (son estos los que se tienen en cuenta, no los brutos), que se acreditarán de manera objetiva a través de la correspondiente certificación de ingresos por parte de la empresa o entidad pagadora.

En cambio, cuando los ingresos del potencial deudor derivan del ejercicio de actividades de difícil fiscalización (profesionales liberales, participación en sociedades o percepción de comisiones complementarias del salario fijo) puede existir una gran dificultad para probar su verdadera capacidad económica, máxime cuando las declaraciones fiscales no la acreditan plenamente, ya que no contienen

más que las manifestaciones realizadas de manera unilateral ante la Administración Tributaria[63] y no excluyen que no puedan existir ingresos no declarados[64].

En estos casos (y en los que existen sospechas de economía sumergida) la jurisprudencia impone una mayor exigencia probatoria "conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la LEC, derivada de la mayor facilidad y disponibilidad de quién es perceptor de tales ingresos"[65], porque, en dichos supuestos, "quien postula una pensión cuenta con enormes -por no decir diabólicas- dificultades para demostrar la situación pecuniaria del otro, mientras que a éste le es tremendamente fácil porque nadie como él la conoce, bastándole al primero sembrar con un principio de prueba una duda razonable sobre la realidad de los ingresos aparentes del deudor para que, a partir de ahí, incumba a éste la carga de la prueba, con la grave consecuencia, en caso de no atender su deber, de que se den por ciertas las rentas que se le imputan"[66].

En general, ante la existencia de pruebas directas respecto a la cuantía de los ingresos, es posible acudir a pruebas indiciarias[67], teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes datos:

a) Existencia de signos externos que permitan deducir que el obligado al pago tiene una capacidad económica superior a la que reconoce[68].

Se habla, así, de "un principio básico en cuestiones de derecho matrimonial, según el cual, a falta de pruebas directas sobre los verdaderos ingresos de la unidad familiar, o cuando aquéllas no sean fiables, los signos externos indicadores del nivel socioeconómico en que se desenvuelve habitualmente la familia (tales

63 En este sentido, la SAP Pontevedra 20 julio 2015 (*Tol 5391233*) señala que, "en principio, las declaraciones tributarias carecen de valor probatorio, en la medida en que se trata de manifestaciones unilaterales y que no han sido objeto de la oportuna comprobación".

64 La SAP Murcia 16 junio 2010 *(Tol 1905712)* desestima una pretensión de reducción de cuantía de alimentos, considerando que a este propósito resultaban insuficientes los datos derivados de la declaración de la renta, pues "en todo caso le correspondía al recurrente una más exhaustiva acreditación al respecto, conforme a lo dispuesto en el artº. 217 de la LEC, valorando, de un lado, el desempeño de otras actividades laborales extras" y el hecho de la existencia de determinados signos externos demostrativos de un nivel de vida superior, como cabría deducir de los tres turismos y dos motocicletas que posee".

65 SSAP Murcia 16 junio 2010 *(Tol 1905712)* y Murcia 20 junio 2013 (*Tol 3846988*).

66 SAP Murcia 28 julio 2003 (JUR 2003, 235370).

67 Como señala la SAP Salamanca 14 julio 2015 (*Tol 5221098*), las presunciones, "si bien tienen un carácter supletorio, deben utilizarse cuando un hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás, de manera que mediante la apreciación de un enlace preciso y directo entre el hecho base y el deducido o el que se pretende deducir, por estar sometido a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, puede llegarse a una determinada conclusión".

68 Existen gastos particularmente ostentosos, que permiten deducir que la capacidad económica del alimentista es muy superior a la que dice tener, como es el participar en cacerías periódicas en África. *Vid*., así, SAP Barcelona 26 julio 2012 (*Tol 2669452*).
La SAP Barcelona 22 abril 2015 (*Tol 5185583*) señala que "En el presente caso existen indicios suficiente para considerar acreditado que la [demandada] trabaja realizando tareas domésticas en domicilios, tal como alegaba el demandado, sin reflejo fiscal, y sin que sea creíble que sea su hermana quien trabaja y le dé el dinero obtenido por su trabajo, como pretenden hacer creer sobre todo porque no se ha acreditado que la actora padezca enfermedad alguna que le impida trabajar, y en todo caso, puede hacerlo".

como gastos de colegio o educación de los hijos, viajes y ocio, movimientos de tarjeta de crédito, marca y categoría de los vehículos que poseen, vestidos, joyas, etcétera) constituyen un elemento decisivo para deducir dicha realidad" [69].

Se han considerado, así, un indicio externo relevantes la circunstancia de que el apelante viva en Santiago, que asuma los gastos de desplazamientos frecuentes a Lugo para visitar y atender a su madre y los gastos relativos a juegos *on-line* que por mínimos que sean en su cuantía, "lo cierto es que difícilmente se concilian con una ausencia total de medios económicos que se alega, y por lo mismo, no se puede obviar el gasto que implica el consumo de sustancias estupefacientes, pues, todo ello hace suponer que, a pesar de no realizar actividad laboral, dispone de medios económicos que le permiten hacer frente a la pensión fijada como mínimo vital en la sentencia apelada"[70].

b) El trabajo en la empresa familiar, a pesar de no constar como socio, o ni siquiera como empleado de la misma o, figurando como trabajador, se le fije un salario inferior a las funciones que realmente realice.

Es, por ejemplo, el caso de un padre que se dedicaba de manera encubierta a ejercer la actividad de gestión de un negocio de comercio de artículos de saneamiento, actividad que anteriormente a la ruptura matrimonial ejercía junto con su esposa y que, roto el vínculo matrimonial, pasó a ejercerla bajo una sociedad que figuraba a nombre de su madre cuyo objeto social era similar a la que regentaba con su esposa. El Tribunal que resolvió el caso consideró notable el indicio de que la empresa titulada a nombre de su madre coincidiera en su actividad "con la de aquella en la que el recurrente prestó sus servicios profesionales durante un importante período y con una remuneración elevada, lo que pone de relieve su cualificación y competencia, que hace difícilmente imaginable que no haya puesto profesionalmente al servicio de la nueva empresa"[71].

Es también el caso de un demandado que figuraba en la nómina de la empresa que regentaba su propio padre, como peón, cuando, en realidad, reconoció que desempeñaba funciones de gerente y comercial, siendo propietario de un 10% de la misma y conduciendo un BMW que figuraba a nombre de ella. Se daba, además, la circunstancia de que había reducido artificialmente el importe de la nómina para pagar una menor cuantía de alimentos, resultando un contraste con la de la anualidad inmediatamente anterior a la crisis familiar, contradicción que carecía "de toda lógica si sus circunstancias laborales no habían variado"[72].

69 SAP Murcia 28 julio 2003 (JUR 2003, 235370).

70 SAP La Coruña 30 diciembre 2015 (*Tol 5669119*).

71 SAP Valladolid 29 julio 2002 (EDJ 2002, 45840).

72 SAP Murcia 28 julio 2003 (JUR 2003, 235370).

c) La titularidad de inmuebles, en particular, si han sido adquiridos en fechas próximas a la fecha en la que se piden los alimentos, ya que ello es demostrativo de que no solo percibe los ingresos que declara[73].

Se ha considerado, así, procedente imponer al padre el pago de una pensión mensual de 1.625 € por cada uno de los dos hijos menores, destacando que era gestor de un entramado societario importante y que, aunque negaba percibir 15.000 € mensuales, "lo cierto que se soporta actualmente un importante nivel de gastos, a la sazón, hipoteca mensual por importe de 8.500, la tenencia de un importante patrimonio inmobiliario, a la sazón, un dúplex de lujo en Marbella, que está alquilado, afrontándose también una hipoteca de algo más de 500 mensuales, o la propiedad también de otro inmueble sito en Torremolinos, plaza de garaje, una nave en un polígono industrial, que también está alquilada, y que genera los oportuno rendimientos, todo lo cual permite deducir que se mantiene un importante nivel de ingresos como consecuencia de la explotación de dichos negocios, y no obstante afirmar que la situación empresarial y mercantil del recurrente es muy opaca, si bien dicho entramado social y financiero siempre ha sido dirigido y explotado únicamente por aquel"[74].

d) Una noticia en internet en la que se contaba que el padre, que negaba ejercer la profesión liberal como arquitecto, había entregado una obra en un municipio.

Así lo consideró la STS 5 julio 2010 (*Tol 1908405*), que admitió el recurso extraordinario por infracción procesal del art. 286 LEC, al entender que debía de haberse admitido (y dado traslado a la otra parte) el escrito presentado por la mujer después del período de alegaciones, tan pronto como tuvo conocimiento de la noticia publicada en internet. Observa que "la demandante había insistido durante el procedimiento en la posibilidad de que el marido ejerciera su profesión liberal como arquitecto al margen de la relación laboral probada" y que el descubrimiento de un documento en el que podría fundarse esta realidad constituía un hecho nuevo que, "por lo menos debería haber sido valorado, por ser importante en determinar la cuantía de los alimentos de los menores", máxime, "teniendo en cuenta que la introducción del hecho nuevo no modifica en absoluto la petición formulada en la demanda", no debiendo considerarse una *mutatio libelli*, sino un mero complemento.

73 En esta línea, la SAP Málaga 29 marzo 2007 (*Tol 1125817*) indica que "existen indicios más que racionales como para poder entender la percepción de otras cantidades por conceptos diversos, siendo muestra de ello no solamente la titularidad de dos inmuebles sino, incluso, la adquisición en fechas próximas de una tercera vivienda a la que trasladó su residencia, siendo intrascendente a los efectos aquí debatidos si las otras viviendas se encuentran ocupadas en régimen de arrendamiento o si van a ser vendidas, puesto que lo esencial es que ello es demostrativo de no contar exclusivamente con ingresos netos mensuales de mil quinientos veinticinco euros con veinte céntimos (1.525,20 €) mensuales sino de una cantidad superior".

74 SAP Madrid 14 julio 2015 *(Tol 5407109)*.

C) La toma en consideración de las cargas y gastos soportados por el alimentante.

Evidentemente, para determinar la capacidad económica del alimentante habrá que tomar en consideración, no solo el activo, sino también el pasivo de su patrimonio, esto es, las cargas y los gastos que soporte, en particular, los que se requieran para atender sus propias necesidades más elementales, so pena de ruptura del principio de proporcionalidad[75].

Así mismo, para fijar la cuantía de la prestación de alimentos, habrá que tener en cuenta el conjunto de medidas de trascendencia económica previstas en la sentencia que las establezca, pues todas ellas, aunque sean distintas, están interrelacionadas.

Se considera, así, que el establecimiento en el marco de una custodia monoparental de un régimen de relaciones personales con los hijos muy amplio en favor del progenitor, que, en la práctica, da lugar a períodos de convivencia muy semejantes a los que resultaría de un sistema de custodia compartida, ha de ser considerado para reducir el importe de la pensión[76].

Así mismo, desde esta perspectiva, uno de los parámetros que adquiere mayor relevancia en orden a determinar la cuantía de la prestación de alimentos es a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar[77], pues el usuario de la misma obtendrá un importante beneficio, en detrimento del otro, que tendrá que seguir pagando el préstamo hipotecario, si la vivienda es privativa de él o pertenece a ambos, sin poder disfrutar de ella, debiendo, normalmente, proceder a formalizar un alquiler o compraventa de otra vivienda.

En definitiva, el derecho uso de la vivienda familiar tiene un valor económico, por lo que quien no lo tiene deberá satisfacer una cuantía inferior de alimentos de la que debería de haber satisfecho si la hubiese tenido[78]; y viceversa: de ahí que se haya establecido una pensión de alimentos a cargo del padre de 350 euros el padre y 400 la madre, compensando con ello que esta disfrutara del derecho de uso exclusivo de la vivienda familiar, "mientras que ambos han de soportar por mitad la cuota hipotecaria y los gastos que no sean los de suministros, uso, impuestos y conservación"[79].

75 La SAP Córdoba 13 diciembre 2016 (*Tol 5973478*), así, tiene en cuenta como gasto el importe que debía satisfacer el alimentista en concepto de alquiler, de manera que, para calcular la cantidad sobre la que operar en la determinación de la cuantía de la prestación alimenticia, detrajo los 350 euros –cuota de alquiler- de los 1260 euros, que era el rendimiento neto del trabajo como militar.

76 *Cfr.,* así, SAP Córdoba 30 septiembre 2013 (JUR 2014, 76240).

77 SSAP Barcelona 26 julio 2012 (*Tol 2669452*), Córdoba 30 septiembre 2013 (JUR 2014, 76240), Barcelona 30 enero 2014 (*Tol 4109030*) y Madrid 21 abril 2019 (*Tol 1760026*).

78 SAP Madrid 21 abril 2019 (*Tol 1760026*).

79 SAP Barcelona 30 enero 2014 (*Tol 4109030*)

2. Las necesidades del alimentista.

El segundo de los criterios establecidos por el art. 93.1 CC para determinar la cuantía de la pensión alimenticia es el de las "necesidades" de los hijos.

Conforme al art. 154, III.1º CC, la patria potestad comprende el deber de los progenitores de tener a sus hijos en compañía, "alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral".

La jurisprudencia ha observado que el deber contemplado en el precepto, "no se limita estrictamente al concepto de mero subsidio, complementado por la disponibilidad de medios del progenitor obligado; sino que atiende a un criterio posibilista, o de optimización, una vez que el deber del progenitor alcanza a la mayor satisfacción de las necesidades del hijo, en la medida en que mejor se lo permita la totalidad de los medios económicos a su disposición"[80]

A) La apreciación subjetiva de las necesidades.

Mientras el criterio de la capacidad del alimentante tiene siempre carácter objetivo, en cambio, el de las necesidades del alimentista es "de condición subjetiva o relativa", pues su cuantificación dependerá de varios factores, "entre los que sin duda tiene especial significación la situación económica disfrutada por el grupo familiar"[81], ya que "no se trata de que la pensión alimenticia "cubra las necesidades más básicas de los menores, sino que permita que los hijos continúen en lo posible con el status económico y social existente con anterioridad a la ruptura de la convivencia entre sus progenitores"[82].

Las necesidades de los hijos deberán, pues, valorarse "conforme al correspondiente status o posición social de la familia"[83]. Por ejemplo, en el contexto de una familia de economía media puede resultar desproporcionado obligar al alimentista a pagar la matrícula de un colegio privado, unas clases de golf o de tenis o comprar un piano a los menores, lo que, sin embargo, será normal en el contexto de una familia adinerada[84].

80 SAP Granada 22 junio 2018 *(Tol 6829050)*.

81 SSAP Madrid 19 diciembre 2006 (JUR 2007, 162380) y Madrid 14 octubre 2014 (JUR 2015, 9899).

82 SAP Málaga 14 enero 2016 (*Tol 5797698)*.

83 STS 21 octubre 2014 *(Tol 4530267)*.

84 La SAP Granada 22 junio 2018 (*Tol 6829050*), observa, así que el padre, titular único de una sociedad de responsabilidad limitada con un volumen de beneficios anual de 500.000 euros debe "contribuir al necesario y justo complemento para la más desahogada satisfacción integral de sus necesidades, habida cuenta del ostensible desequilibrio de medios, en los períodos que pase con su madre, entre las que se incluye no solamente la comida, sino también la ropa, vivienda, ocio, complemento educacional y todos cuantos aditamentos fueran apropiados para procurar el mejor desarrollo del menor en las privilegiadas condiciones que permite la fortuna de aquél". Por ello, la circunstancia de que el padre aceptara pagar en exclusiva la educación al menor en el costoso centro escolar en el que se encontraba matriculado (por no

Por ello, se ha considerado que, en el ámbito de una familia con alto nivel de vida, los gastos derivados de "la actividad de Kart de elevado coste" del menor (entrenamientos, fichas federativas, reparaciones...), son gastos ordinarios, pues en ella concurren las notas de previsibilidad y habitualidad, y deben ser abonados por mitad por ambos progenitores[85].

Se ha observado también que las necesidades de los hijos "no son uniformes" y, dado que en el concreto caso que enjuicia "el status familiar de las menores está por encima de la media", cobran sentido ciertos gastos que el alimentista "considera superfluos como la pertenencia a una cofradía o a un club náutico, la asistencia al conservatorio o la adquisición de instrumentos musicales"[86].

Así mismo, han de tomarse en consideración necesidades especiales de los menores, distintas a las propias de su edad, en particular, las que derivan de su condición de salud.

Por ello, se ha tenido en cuenta a la hora de fijar la pensión de alimentos del padre que la hija padeciera una serie de patologías de carácter crónico (síndrome de cortedad isquiosural, hiperlordosis lumbar, escoliosis de columna y dismetría de caderas), que exigirían "un tratamiento rehabilitador de por vida" (masajes descontracturantes, ejercicios de auto elongación y manipulación pélvica entre otros), incluyendo en la pensión la cuantía mensual de dichos tratamientos, que se desprendía del presupuesto elaborado por un centro terapéutico[87] .

Las necesidades de los hijos pueden ser cambiantes a lo largo de los años, por lo que será posible que en un juicio de medidas se modifique la cuantía de la pensión alimenticia para adecuarse a ellas (por ejemplo, cuando, por su edad, han de ser escolarizados, en particular, si los progenitores no optan por un centro público o concertado).

B) La necesidad de garantizar el mínimo vital.

Como ya hemos dicho, de los dos criterios tenidos en cuenta por el art. 93.I CC para determinar la cuantía de la prestación de alimentos (entre los cuales debe haber una relación de proporcionalidad), el prevalente es el constituido por las "necesidades de los hijos" menores; y ello, porque se trata de una obligación legal basada en el principio de solidaridad familiar, que tiene fundamento en el art. 39 CE, conforme al cual los poderes públicos han de asegurar "la protección social,

menos de 8.000 euros al año) no le eximió de pagar una pensión compensatoria, cuyo importe se fijó en 400 euros.

85 SAP Castellón 3 septiembre 2014 *(Tol 4713475).*

86 SAP Alicante 28 abril 2015 *(Tol 5183882).*

87 La SAP Alicante 27 abril 2015 *(Tol 5065643).*

económica y jurídica de la familia", lo que se traduce en un deber incondicional de los padres para con los hijos, con independencia de la mayor o menor dificultad que tengan los primeros para proporcionar los alimentos a los segundos.

Por lo tanto, aunque exista una situación de dificultad económica de los progenitores, habrá que fijar siempre una cantidad mínima de pensión que contribuya a cubrir los gastos más imprescindibles para la atención y el cuidado del menor, debiéndosele garantizar lo que jurisprudencialmente se viene denominando el "mínimo vital" o "de mera subsistencia"[88], es decir, lo necesario para que los menores puedan desarrollarse en "condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos, y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional"[89].

Estamos, pues, ante un tope mínimo por debajo del cual no puede ni debe establecerse la pensión de alimentos, aunque ello suponga un gran sacrificio para el padre. Las Audiencias Provinciales vienen fijando el mínimo vital en una franja que oscila entre los 100 y 200 euros al mes[90].

La jurisprudencia insiste que el alimentante no puede eximirse de atender ese "mínimo vital" alegando encontrarse en paro, cuando exista una falta de diligencia en la búsqueda de un puesto de trabajo[91].

C) El estado de absoluta pobreza como causa de suspensión temporal de la efectividad de la obligación de alimentos.

No obstante lo dicho, cuando el progenitor se encuentre en un estado de "absoluta pobreza", careciendo de todo tipo de recursos económicos, procederá,

88 STS 5 octubre 1993 (*Tol 1663192*).

89 SAP Málaga 30 enero 2018 (*Tol 7022285).*

90 Las SSAP Barcelona 22 mayo 2014 (*Tol 4493268*), Burgos 23 noviembre 2016 (*Tol 5927774*) o Asturias 16 diciembre de 2016 (*Tol 5946604*) lo fijaron en 100 euros; la SAP La Coruña 29 junio 2018 (*Tol 6870992*) en 125 euros; las SSAP Valencia 7 febrero 2011 (*Tol* 2104854), Baleares 5 noviembre 2013 (*Tol 4032587*), Valencia 7 de julio 2014 *(Tol 4520507)* y Alicante 8 de mayo 2015 (*Tol 5183797)* en 150 euros; la SAP Valencia 11 de abril 2014 *(Tol 4409876)* en 170 euros; la SAP Cáceres 2 marzo 2015 (*Tol 4788775*) en 180 euros; y la SAP Murcia 12 noviembre 2009 (JUR 2010, 8075) *(Tol 1756087)* en 200 euros.

91 La SAP Albacete 19 febrero 2015 *(Tol 4765877)* observa, así, que "debe fijarse una cantidad prudencial mínima que permita cubrir parte de las necesidades más básicas de los hijos -el llamado mínimo vital", "aunque el alimentante carezca de ingresos o se encuentre desempleado, siempre que objetiva y físicamente pueda desarrollar una actividad laboral que le permita generar ingreso", considerando que ese mínimo vital no puede ser inferior a 100 euros.
La SAP Málaga 30 enero 2018 (*Tol 7022285)* afirma que "en principio la situación de desempleo no exime al alimentante del deber de diligencia en orden a satisfacer las necesidades de los hijos que recae sobre los padres, quienes han de hacer todo lo que tengan en su mano para conseguirlo", y, por lo tanto, ha de atenderse no tanto a "cuáles son reales ingresos sino de lo que pueden obtener con la máxima diligencia". En el caso concreto, consideró procedente que el padre, que se encontraba en situación de demandante de empleo y que realizaba trabajos no declarados como adiestrador de perros, pagara 150 euros por cada una de las dos hijas menores, y no los 80 euros que pretendía satisfacer, pues con esta exigua cantidad era imposible "darse al menor la indispensable cobertura de sus necesidades, dándose la circunstancia de que la madre tampoco trabajaba, percibiendo un subsidio de 426 euros.

excepcionalmente, la suspensión temporal del pago de la pensión (que no, la extinción de la misma), en cuanto persista esta situación, teniendo en cuenta que dicha excepción temporal no tendrá lugar o cesará, "ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias" [92]

La jurisprudencia dice, así, que "lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante"[93].

La STS 18 marzo 2016 *(Tol 5681256)* revocó una sentencia que había impuesto al padre el pago de una pensión alimenticia de 125 euros mensuales, por haber considerado que la cuantía de la establecida en primera instancia (63 euros mensuales) no bastaba para garantizar el mínimo vital del menor. El TS ponderó que el padre había dejado de percibir subsidio de desempleo y vivía con su propia madre, la cual pagaba sus gastos ordinarios. Habla, así, de la existencia de "un escenario de pobreza absoluta" ante el que "resulta ilusorio querer salvar el mínimo vital del hijo, pues en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer" (…) debiendo ser las Administraciones públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos".

D) La posibilidad de reclamar alimentos a los alimentantes de los progenitores.

Hay que tener en cuenta la posibilidad de que, ante una situación de "absoluta" de los progenitores, los hijos puedan accionar contra los que están obligados a prestar alimentos a aquellos en virtud de los arts. 142 y ss. CC, que normalmente serán los abuelos.

La STS 2 marzo 2015 (*Tol 4748228*) afirma que "La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres". "Ahora bien, habrá que tener en cuenta que, dado que en este caso nos ceñimos al régimen general, en virtud del art. 152.2 CC, esta obligación cesará cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender

92 SSTS 2 marzo 2015 (*Tol 4748228*),18 marzo 2016 *(Tol 5681256)* y 25 abril 2016 *(Tol 5708241)*.

93 STS 2 marzo 2015 (*Tol 4748228*).

sus propias necesidades y las de su familia. Esto es, que los nietos podrán accionar contra los abuelos, pero en este caso, no existirá un deber incondicional de prestar alimentos de los segundos respecto de los primeros, sino que habrá que estar al criterio de proporcionalidad entre las necesidades de los nietos y el caudal y patrimonio de los abuelos".

E) La posibilidad de suspender la obligación de alimentos, cuando el menor tenga ingresos propios para satisfacer sus necesidades.

Hemos dicho que, siendo los hijos menores de edad, los alimentos les son debidos, incondicionadamente, sin necesidad de probar su situación de necesidad). Sin embargo, el TS ha admitido la posibilidad de suspender (que no extinguir) la obligación de alimentos, cuando (y, en tanto que) el menor tenga ingresos propios para satisfacer sus necesidades.

La STS 24 octubre 2008 (*Tol 1393347*) acordó la suspensión de la obligación, porque la menor disponía de ingresos suficientes, debido a una beca por ser deportista de élite, no siendo necesaria, al menos temporalmente, dicha prestación. Así, afirma que "cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción". Concretamente, la hija, de 15 años de edad, disfrutaba de una beca de la Federación Española de Gimnasia, que le daba derecho a la suma de 851,43 euros mensuales para atender sus gastos personales, y, además, corría por cuenta de dicho organismo los gastos de alojamiento, manutención y derivados de la práctica deportiva durante su estancia en Madrid.

V. MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA DE PENSIÓN.

Conforme al art. 90.3 CC, "Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código".

Por lo tanto, a falta de acuerdo entre los progenitores, podrá iniciarse un juicio de medidas para modificar la cuantía de la pensión, al alza o a la baja, en virtud del art. 775 LEC[94].

94 En los juicios de modificación de medidas rige el principio dispositivo, cuando el alimentista pretende una reducción de la cuantía de la pensión de alimentos establecida, debiendo acreditar el cambio de

Para que pueda llevarse a cabo la modificación de las medidas establecidas (sea en proceso contencioso o de mutuo acuerdo[95]) será necesario que el cambio sobrevenido de circunstancias (en relación con las que fueran tenidas en cuenta para establecer la cuantía de la pensión) sea:

a) "Sustancial" (art. 775.1 LEC), es decir, que tengan una importancia, "tanto cualitativa como cuantitativamente"[96], de modo que suponga "un cambio profundo respecto de la situación anterior" [97], "al proyectarse sobre una realidad netamente dispar de aquella originaria, lo que impide, en justicia y equidad, seguir manteniendo incólumes las repetidas medidas"[98].

b) "Permanente", o al menos que no sea meramente transitorio o coyuntural[99], "no siendo base suficiente para la demanda de modificación el paso de alguno de los cónyuges o de los hijos por una mera situación transitoria de mejor o peor fortuna" [100].

c) "Imprevisible"[101], "en términos de ordinaria diligencia"[102], esto es "que suponga la aparición de hechos nuevos e imprevistos, más allá de las variaciones que pudieran considerarse ordinarias o habituales, de acuerdo con la posición socioeconómica de la familia y la realidad social del momento, respecto a la situación fáctica que se tuvo en cuenta en el convenio extrajudicial o, en su caso, en la sentencia"[103].

---

circunstancias, sin que se pueda otorgar más de lo pedido". Por ello, se ha considerado incongruente que la sentencia recurrida, al estimar la demanda, no solo redujera la cuantía de la pensión de alimentos (que era lo único que había pedido el actor), sino que, además, decidiera incluir en ella ciertos gastos de actividades y de tratamientos médicos de un niño autista, por ser previsibles y periódicos, cambiando su conceptuación (de extraordinarios a ordinarios), excediéndose, así, de la pretensión ejercitada por el alimentista. *Vid.* SAP Málaga 8 junio 2017 (*Tol 6543129*).

95 Como observa la SAP Málaga 18 diciembre 2015 (*Tol 5795554*), a estos efectos, es "indiferente que la situación anterior haya sido convenida anteriormente mediante concierto de voluntades plasmada en convenio regulador de la separación o el divorcio, o bien impuesta judicialmente, porque de lo que se trata es de calibrar si se han producido variaciones o modificaciones sustanciales que hagan necesario un replanteamiento de las prestaciones, sin que deba darse mayor valor a lo convenido entre las partes, por carecer de justificación".

96 SAP Málaga 8 junio 2017 *(Tol 6543129).*

97 SAP Salamanca 28 diciembre 2016 *(Tol 5947771).*

98 SAP Madrid 1 diciembre 2017 *(Tol 6511969).*

99 SSAP Ciudad Real 28 junio 1999 (AC 1999, 7664), Málaga 18 diciembre 2015 (*Tol 5795554*), Sevilla 20 enero 2010 (*Tol 1867915*), La Coruña 21 mayo 2015 *(Tol 5167052),* Navarra 9 mayo 2016 *(Tol 5876895)*, Salamanca 28 diciembre 2016 *(Tol 5947771),* Málaga 8 junio 2017 (*Tol 6543129*) y Madrid 1 diciembre 2017 *(Tol 6511969).*

100 SAP Salamanca 28 diciembre 2016 *(Tol 5947771).*

101 SSAP Sevilla 20 enero 2010 (*Tol 1867915*), La Coruña 21 mayo 2015 *(Tol 5167052)* y Madrid 1 diciembre 2017 *(Tol 6511969).*

102 SAP Málaga 18 diciembre 2015 (*Tol 5795554*).

103 SAP La Coruña 21 mayo 2015 *(Tol 5167052)*, que observa: "En particular, cuando exista un convenio regulador de tales medidas celebrado entre los interesados y aprobado judicialmente, hemos de entender que no tendrán virtualidad para justificar dicha modificación los acontecimientos que, aún sobrevenidos, hubiesen sido previstos o contemplados, siquiera implícitamente, por los otorgantes del convenio sin consideración a una futura modificación, ni aquellos que, aun suponiendo una alteración de las circunstancias, no inciden de manera esencial y básica en las condiciones de hecho que se tuvieron en cuenta en el acuerdo, pudiendo

d) "Ajeno" a la voluntad de quien solicita la modificación"[104] (esto, cobrará importancia cuando se piden reducciones basadas en una presunta merma de ingresos).

e) "Suficientemente acreditado" por quien la pide (art. 217.2 LEC), teniendo en cuenta que, "para que el juez pueda apreciar el cambio de circunstancia hay que probar las que concurrían en el momento de adoptarse las medidas y las que concurren actualmente, por lo que la actividad probatoria debe dirigirse a ambos momentos, ya que si sólo se acredita la situación actual no podrá valorarse si existe o no cambio o variación en las mismas"[105]. Es, pues, necesario realizar "un juicio comparativo entre dos momentos, el de la sentencia que fija las medidas y el de la demanda, en que se pide su modificación"[106].

A este respecto hay que remarcar la importancia de efectuar una determinación de los ingresos respectivos de los progenitores al momento de suscribir convenios reguladores, de modo que ese dato de la capacidad económica inicial, sobre el que efectuar el juicio comparativo, no necesite prueba.

1. Reducción de la cuantía.

Las causas que pueden motivar la reducción de la petición de alimentos son las siguientes.

A) La disminución de la capacidad económica del alimentante.

La disminución de la capacidad económica del alimentante, ciertamente, es una de las causas que puede motivar una reducción de la cuantía de la pensión. Puede ser consecuencia, por ejemplo, de una jubilación, de la pérdida del derecho a percibir un subsidio de desempleo[107], de la reducción de la jornada laboral[108], de un despido o de la ruina o falta de rentabilidad de la empresa de la que se es propietario o de la actividad que desarrolla como autónomo[109].

No basta, desde luego, con que el alimentante haya visto reducida su capacidad económica, incluso de manera significativa, sino que es preciso que esa disminución impida seguir atendiendo las necesidades de los hijos, tal y como las

deducirse racionalmente que, de haberse previsto, no habrían determinado un cambio en los términos del convenio".

104 SSAP Málaga 18 diciembre 2015 (*Tol 5795554*), Sevilla 20 enero 2010 (*Tol 1867915*), La Coruña 21 mayo 2015 *(Tol 5167052)*, Salamanca 28 diciembre 2016 *(Tol 5947771)*, Málaga 8 junio 2017 (*Tol 6543129*) y Madrid 1 diciembre 2017 *(Tol 6511969)*.

105 SAP Salamanca 28 diciembre 2016 *(Tol 5947771)*.

106 SAP Madrid 1 diciembre 2017 *(Tol 6511969)*.

107 SSAP Tarragona 24 julio 1995 (AC 1995, 1746) y Vizcaya 17 abril 2015 *(Tol 5195196)*.

108 SAP Salamanca 28 diciembre 2016 *(Tol 5947771)*.

109 SAAP Valencia 18 mayo 2015 (*Tol 5194105*) y Málaga 8 junio 2017 (*Tol 6543129*).

venía satisfaciendo, quedando a salvo siempre el "mínimo vital" imprescindible para garantizar la subsistencia de los menores, a no ser que medie una situación de absoluta pobreza del progenitor.

Realizaremos, a continuación, una serie de consideraciones, a la luz de los requisitos, a los que, según hemos visto, se subordina el éxito de una pretensión de modificación de medidas.

a) Dado que la modificación ha de ser "sustancial", no procede la reducción cuando la disminución de los ingresos del alimentante es mínima (si, al menos, no supera el 20% difícilmente prosperará la petición).

Se ha mantenido, así, el importe de la pensión de alimentos del progenitor no custodio en 180 euros al mes para su hijo, al considerar que "la reducción de ingresos no ha sido tan sustancial como para justificar la reducción de la pensión de alimentos". Los ingresos del progenitor habían descendido desde 952,61 euros al mes hasta 830,23 euros al mes[110].

b) Como se dijo, la modificación debe ser "ajena a la voluntad de quien solicita la modificación", por lo que "si la modificación de circunstancias ha sido consecuencia de una baja laboral voluntaria, de la petición de excedencia, o del endeudamiento voluntario del mismo por la compra de bienes muebles o inmuebles, se tiene prácticamente asegurada la desestimación de la demanda. Lo contrario sería dejar siempre a merced de la mejor o peor voluntad del obligado el cumplimiento del convenio regulador o de las medidas judiciales"[111].

En los casos de paro de personas en edad laboral habrá que valorar hasta qué punto dicha situación es imputable a su falta de diligencia al buscar un puesto de trabajo.

Es, por ello, que la STS 21 mayo 2014 *(Tol 4371711)* ha confirmado el rechazo de la sentencia recurrida a la pretensión del padre de que se redujera la cuantía de la pensión de alimentos, basada en el argumento de que no percibía ingreso alguno. Afirma que "no acredita que haya efectuado un intento serio de superar su situación de desempleo, pese a su joven edad y ausencia constatada de enfermedades. Asimismo, que se ha documentado que fue objeto de acciones judiciales para reclamarle pensiones pendientes cuando no tenía excusa para su impago, pues mantenía su trabajo en aquellas fechas". En este caso, se daba la circunstancia de que no se había inscribió como solicitante de empleo, hasta

110 SAP Valencia 20 mayo 2015 *(Tol 5194110)*.

111 SAP Salamanca 28 diciembre 2016 *(Tol 5947771)*.

pasados dos años desde el cierre del negocio de hostelería del que era titular en régimen de autónomo[112].

c) Dado que la modificación ha de ser "imprevisible", se ha negado que el padre no custodio que, después del divorcio, se fue a vivir con su madre y posteriormente alquiló una casa para vivir en ella con su nueva familia, pueda pedir una reducción de la pensión, porque en el convenio regulador ya se había tenido en cuenta que debía abandonar la vivienda familiar al atribuirse su uso a la madre custodia, "lo que implicaba tener que afrontar un gasto para ocupar un inmueble en que residir, bien fuese por adquisición por compra o mediante un contrato de inquilinato"[113].

d) La reducción de ingresos deberá demostrarse cumplidamente por quien la invoca y, cuando procedan de actividades económicas de difícil fiscalización, se le impone una mayor exigencia probatoria conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la LEC, "derivada de la mayor facilidad y disponibilidad de quién es perceptor de tales ingresos"[114].

Se ha rechazado, así, la pretensión de reducción de la cuantía de una pensión de alimentos de un electricista que trabajaba como autónomo, el cual sostenía que los ingresos de su empresa habían caído por la crisis económica, habiendo despedido, por tal motivo, al único trabajador que tenía contratado, y que los trabajos extras de reformas también habían experimentado una baja considerable. Se desestimó la pretensión, por considerarse que tales manifestaciones eran gratuitas, "al no venir avaladas por ningún medio probatorio" y que, siendo el demandante el titular de la empresa que regenta "se encuentra en óptimas condiciones para acreditar y justificar los motivos de impugnación alegados y concretamente la realidad actual de los rendimientos económicos procedentes de dicha actividad empresarial"[115].

También se ha desestimado la pretensión de reducción de un padre, no admitiéndose como prueba de la disminución de ingresos la declaración del impuesto de sociedades en la que se reflejaba un resultado negativo en la cuenta de pérdidas y ganancias de dos anualidades, por ser el demandante el socio único y administrador de la sociedad, de modo que "puede disminuir no sólo los salarios sino también las cuentas de la sociedad a la baja a los efectos de simular una disminución de ingresos no coincidentes con la realidad; falta de coincidencia con

112 La SAP Ciudad Real 28 junio 1999 (AC 1999, 7664) tampoco estimó la demanda de reducción de la cuantía de la pensión del alimentante, porque el contrato de trabajo que presentaba le vinculaba "muy poco tiempo al actor, por lo que fácilmente puede desarrollar otra actividad, que lo complemente, siendo, por otra parte, dudoso, por notorio que con la cantidad que percibe pueda mantenerse en Madrid, la localidad en donde reside".

113 SAP Barcelona 27 septiembre 2011(*Tol 2261213*).

114 SSAP Murcia 16 junio 2010 *(Tol 1905712).*

115 SAP Murcia 16 junio 2010 (*Tol 1905712).*

la realidad que se puede presumir del hecho acreditado documentalmente de que dicha sociedad no presentó en el Registro Mercantil los libros de contabilidad, teniendo cerrado por dicho motivo la hoja registral"[116].

B) La disminución de las necesidades del alimentista.

Otra circunstancia que puede motivar la reducción de la pensión es la disminución de las necesidades del menor. Es, por ejemplo, el caso en que, por su edad, pasa de estar en una guardería privada a estar escolarizado en un centro concertado[117].

C) La sustitución del régimen de custodia monoparental por el de compartida.

Un caso típico de reducción tiene lugar, cuando se pasa de un régimen de custodia monoparental a otro, de custodia compartida[118], ya que el deudor prestará alimentos al menor en la modalidad de sustento y habitación, mediante su atención personal en los períodos en los que conviva con él, lo que, como ya se ha dicho, no significa que esta atención personal agote todas las necesidades de del hijo, pues habrá otros gastos ordinarios (por ejemplo, educación o vestido) que ambos progenitores deberán satisfacer, no necesariamente por partes iguales, sino en proporción a sus respectivos recursos económicos[119].

D) El aumento del nivel de ingresos del otro progenitor.

También se ha considerado como circunstancia sobrevenida que permite instar un juicio de modificación de medidas el aumento del nivel de ingresos del otro progenitor, que, obviamente, también debe contribuir a los alimentos de los hijos menores[120].

Así sucede, cuando, por ejemplo, la madre custodia, que al tiempo de fijarse la pensión de alimentos estaba parada, encuentra trabajo, no dejando "de llamar la atención que después de dejar de percibir la prestación por desempleo adquiriese un vehículo y una motocicleta de segunda mano[121]".

116 SAP La Coruña 21 mayo 2015 *(Tol 5167052).*

117 SAP Valencia 30 junio 2014 *(Tol 4517416).*

118 Por el contrario, cuando el régimen de custodia compartida inicialmente establecido fracase y sea sustituido por otro, de custodia monoparental, el progenitor no custodio verá incrementado el importe de la pensión de alimentos (por ejemplo, en el doble).

119 SSAP Valencia 14 octubre 2013 (JUR 2013, 351228) y Valencia 19 mayo 2015 (*Tol 5194108*).

120 En esta línea la STS 30 abril 2013 (*Tol 3706592*) señala que hay que "valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, y ello exige ponderar no solo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos".

121 SAP Guipúzcoa 25 enero 2018 (*Tol 6589562*).

Igualmente, cuando la madres custodia, que, cuando se fijó la cuantía de la pensión carecía de trabajo por haber venido desempañado su actividad laboral en la empresa de su antiguo cónyuge (no tenía ahorros, ni un patrimonio), posteriormente, trabaja, constándose en las declaraciones de la renta aportadas que tenía unos ingresos netos de 2.100 euros mensuales[122].

E) El nacimiento de nuevos hijos en el marco de una relación familiar diversa.

Durante tiempo se discutió si el nacimiento de nuevos hijos en el marco de una relación familiar distinta era una circunstancia que permitía al alimentante pedir una reducción de la cuantía de la pensión, por tener que hacer frente a una nueva obligación de alimentos, negándolo alguna jurisprudencia de instancia, por considerar que se trataba de una circunstancia que no era ajena a la voluntad de aquel.

Sin embargo, en la actualidad es clara la doctrina jurisprudencial de que, si bien la pensión de alimentos fijada no debe reducirse necesariamente por la circunstancia de que el obligado a pagarla tenga nuevos hijos con otra persona distinta, no obstante, no es un dato intrascendente, debiendo valorarse su capacidad económica "para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad", como también conocer "el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar", teniendo en cuenta la capacidad económica del otro progenitor, que también ha de prestar alimentos[123].

Por ello, la STS 1 febrero 2017 (*Tol 5959584*), revocando la sentencia recurrida, redujo de 330 a 180 euros la cuantía de la pensión de alimentos que debía pagar el padre, teniendo en cuenta el nacimiento de dos hijos del nuevo matrimonio, que aquel disfrutaba "de la misma situación laboral y económica antes y después de su nacimiento" y que su actual mujer desarrollaba un "trabajo de venta minorista de artículos de papelería cuya actividad arrojó pérdidas", "contribuyendo a la economía familiar con pequeñas cantidades de dinero procedentes de esta actividad económica".

2. Aumento de la cuantía.

Estadísticamente son inferiores los juicios de modificación de medidas en las que se pretende un aumento de la cuantía de la pensión. Las causas, que ha de probar quien las alega (art. 217 LEC), son, por ejemplo, el aumento de la capacidad

122 SAP Barcelona 26 julio 2012 *(Tol 2617533)*.

123 SSTS 30 de abril 2013 *(Tol 3706592)* y 1 febrero 2017 (*Tol 5959584*).

económica del alimentante, de las necesidades de los alimentistas o la disminución de la capacidad económica del otro progenitor.

A) Aumento de la capacidad económica del alimentante.

Dado que la modificación ha der ser "sustancial", no se toman en consideración pequeños aumentos de ingresos; y, puesto que también ha de ser "permanente", tampoco se consideran aumentos de ingresos puramente pasajeros[124].

Esta causa de aumento de la cuantía de pensión puede estar prevista en el convenio regulador, en particular, cuando en él, por la mala situación económica del alimentante, se establece una cuantía muy pequeña, con una cláusula de este tipo: "no obstante, si el padre encontrara un empleo o deviniera a mejor fortuna, éste contribuirá al mantenimiento, sostenimiento y alimentos de los hijos en mayor cuantía, aumentándose la cantidad de 180, 30 euros al mes en un 40% del sueldo que cobrara mensualmente". En este caso, al pasar a recibir el alimentante una pensión en favor de familiares se estimó la pretensión de aumento de la pensión[125].

Hay, además, que tener en cuenta que "una superior capacidad de pago, hipotética o real, no da lugar sin más a elevar las pensiones de alimentos de no exigirlo las necesidades", "pues son estas el techo último de los alimentos"[126].

B) Aumento de las necesidades del alimentista.

El propio crecimiento del hijo da lugar a nuevas etapas evolutivas, que pueden originar mayores necesidades y, por tanto, exigir un incremento de la cuantía de la pensión.

Un caso típico de aumento de las necesidades del alimentista tiene lugar cuando este pasa a estar escolarizado en un centro privado[127].

Por ello, se ha aumentado la cuantía de la pensión mensual pagada por el padre, de los iniciales 425 euros a 650 euros, dado que la niña, de ocho años, había pasado de estudiar en un centro público a otro privado, donde abonaba

124 La SAP Málaga 18 diciembre 2015 (*Tol 5795554*) exige que "las alteraciones tengan estabilidad o permanencia en el tiempo y no sean meramente coyunturales, sino con estructuración suficiente en los ingresos o fortuna del deudor que hagan necesaria la modificación de la medida, excluyéndose toda forma de temporalidad".

125 *Vid*. AAP Valencia 29 octubre 2018 (*Tol 7085147*).

126 SAP Madrid 7 octubre 2016 (*Tol 5882743*).

127 Otro, aunque ya tratándose de mayores de edad, cuando los hijos se matriculan en una universidad, en particular, si es privada, lo que puede ser debido a exigencias vocacionales del hijo, por no existir una oferta pública de la carrera que desea cursar en el lugar en el que reside.

mensualmente 452 euros por diez mensualidades, en concepto de enseñanza, autobús escolar y comedor[128].

Puede también suceder que el hijo contraiga una enfermedad crónica, que reclame un tipo de alimentación más costosa, la asistencia permanente de un cuidador o gastos de medicación.

C) La disminución de la capacidad económica del otro progenitor.

También es causa de aumento de la pensión de alimentos la circunstancia de que el otro progenitor disminuya su capacidad económica, manteniendo el alimentante la suya o mejorándola.

Así sucede cuando la madre ve reducidos sus ingresos a la suma de 1.104,75 euros netos mensuales, frente a los 1.400 que percibía, por lo que se aumenta el importe de la pensión mensual que satisfacía al menor, de 275 euros a 350 euros[129].

Igualmente, cuando se establece un sistema de custodia compartida y la madre pierde el derecho de uso a la vivienda familiar, de propiedad exclusiva del padre, y, dada su escasa capacidad de renta (que contrasta con la abultada fortuna de aquel, titular único de una sociedad de responsabilidad limitada con un volumen de beneficios anual de 500.000 euros), le será difícil procurarse otra vivienda en condiciones semejantes en la que poder residir con el menor los períodos en que conviva con ella[130].

La pérdida del derecho de uso de la vivienda puede también deberse a que, manteniéndose el sistema de custodia compartida, los familiares del progenitor no custodio, que prestaron gratuitamente el uso de una casa de su propiedad a los futuros cónyuges para que residieran en ella, pongan fin al comodato, por concluir la situación en consideración a la cual se concedió, considerando la jurisprudencia que el cónyuge a quien se atribuyó el uso de la vivienda en el juicio familiar (yerno o nuera de los comodantes) queda convertido en un mero precarista, al que se puede desahuciar[131].

128 STSJ Aragón (Sala Civil y Penal, Sección 1ª) 20 abril 2012 *(Tol 2532104)*.

129 STS 18 julio 2018 (*Tol 6676349*).

130 STS 5 noviembre 2019 (*Tol 7571546*).

131 La STS 14 noviembre 2008 *(Tol 1432560)* conoció de la reclamación por los titulares de la posesión de la vivienda (cedida gratuitamente al hijo para que la usara como hogar conyugal) tras la separación del matrimonio, habiéndose atribuido a la esposa el uso de la vivienda familiar en el procedimiento de separación. El Supremo confirmó la sentencia de instancia, que había considerado, en esencia, "que la relación jurídica que vinculaba a los demandantes, titulares de la vivienda, y la demandada, usuaria de la misma y beneficiaria de un derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar por resolución judicial, era la propia del precario, al no reconocer a esta título bastante que justificase su posesión, toda vez que faltaba el uso específico, concreto y determinado que permitiría caracterizar como comodato la cesión de la vivienda efectuada en su día al hijo y esposo", teniendo en cuenta que "de admitir que la cesión lo fue para un uso específico, y reconocer como tal la utilización como hogar conyugal y familiar, se debería concluir que dicho uso había desaparecido una vez se rompió la convivencia conyugal, no constituyendo

Existe, en fin, la posibilidad de que el derecho de uso se extinga por la convivencia de hecho del progenitor usuario con un tercero en la vivienda familiar, por entender la jurisprudencia más reciente que, en tal caso, la vivienda pierde su originario carácter "familiar", desapareciendo su antigua naturaleza, al "servir en su uso a una familia distinta y diferente" a la formada por los cónyuges[132].

V. FECHA DESDE LA QUE SE DEBEN LOS ALIMENTOS A LOS MENORES DE EDAD Y MOMENTO DESDE EL QUE SURTEN EFECTOS LA MODIFICACIÓN DE SU CUANTÍA.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que, por aplicación de la regla contendida en el art. 148.1 CC, los alimentos debidos a los hijos menores de edad habrán de abonarse por el progenitor demandado desde el momento de la interposición de la demanda, y no desde la fecha de la sentencia que los fija[133].

En cambio, las sentencias que aumentan o disminuyen la cuantía de los alimentos ya establecidos no pueden retrotraer dicha modificación al momento de la interposición de la demanda, sino que tienen efectos desde la fecha en que se dicten (la de primera instancia, si se confirma en apelación, o la de segunda instancia, si es esta la que, estimando el recurso de apelación, establece la modificación pedida).

Es jurisprudencia reiterada que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y

por sí mismo título oponible a los demandantes el derecho de uso y disfrute de la vivienda atribuido por resolución judicial a la esposa demandada en el proceso de separación matrimonial", motivos por los cuales declaró haber lugar al desahucio por precario. *Vid.* en el mismo sentido SSTS 31 enero 1995 *(Tol 1667029)*, 29 febrero 2000 *(Tol 2435)*, 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)*, 2 octubre 2008 *(Tol 1378500)*, 29 octubre 2008 *(Tol 1396318)*, 30 octubre 2008 *(Tol 1396292)* y 13 noviembre 2008 *(Tol 1401711)*.

132 La STS (Pleno) 20 noviembre 2018 (*Tol* 6921906) afirma, así, que "La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habérsele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar".
La misma doctrina aplica la posterior STS 29 octubre 2019 (*Tol 7571565*), que confirma la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por introducción en ella de una pareja sentimental de la mujer, titular del derecho de uso. Afirma que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que, manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del marido, que además abona el 50% del préstamo hipotecario.

133 Tal es la doctrina fijada por la STS 14 junio 2011 (*Tol 2154134*), reiterada, entre otras muchas, por SSTS 26 octubre 2011 (*Tol 2272351*), 4 diciembre 2013 (*Tol 4052971*) y 20 febrero 2019 (*Tol* 7087653). La SSTS 26 marzo 2014 (*Tol 4177207*) y 20 diciembre 2017 (*Tol 6462791*) matizan que esta regla "podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces".

las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente"[134].

La acción ejecutiva para pedir el pago de las pensiones adeudadas está también sujeta al plazo de caducidad de cinco años del art. 518 LEC, que se cuenta desde la fecha de la exigibilidad de cada una de las pensiones reclamadas. No obstante, dicha caducidad no puede ser aplicada de oficio por los Tribunales, sino que ha de ser invocada por el alimentante como causa de oposición a la ejecución (art. 556.1º, II LEC).

Obsérvese que este plazo de caducidad se superpone al de prescripción del art. 1966.1 CC, también de cinco años, por lo que el demandado puede alegar uno u otro indistintamente, aunque le convendrá alegar la caducidad, si se hubieran realizado actuaciones extrajudiciales para reclamar las pensiones no satisfechas, pues la misma no se interrumpe.

Sin embargo, la STS 14 noviembre 2018 (*Tol 6920143*) ha entendido que la buena fe en el ejercicio de los derechos impide reclamar una deuda de alimentos, al haber transcurrido más de veinte años desde que se fijaron en la resolución judicial, sin haber sido nunca pagados, ni reclamados, incluso respecto del importe de las pensiones no prescritas o respecto de las cuales la acción ejecutiva no está caducada. Dice, así que "No cabe considerar que cumple con los requisitos de ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago".

134 Esta doctrina, basada en los arts. 774.5 LEC y 106 CC, fue fijada por la STS 26 marzo 2014 (*Tol 4177207*) y seguida de manera repetida, entre otras, por SSTS 15 junio (*Tol 5185820*), 20 diciembre 2017 (*Tol 6462791*), 18 julio 2018 (*Tol 6676349*) y 5 noviembre 2019 (*Tol 7571546*).

LA FALTA DE RELACIÓN AFECTIVA ENTRE PADRES E HIJOS MAYORES DE EDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS*

THE LACK OF AN EMOTIONAL RELATIONSHIP BETWEEN PARENTS AND ADULT CHILDREN AS A CAUSE FOR THE TERMINATION OF MAINTENANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 482-529

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado "Discapacidad y Familia" (VIGROB-175) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

Begoña RIBERA BLANES

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: En este trabajo se analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, que ha venido a considerar que la falta de relación familiar manifiesta entre padres e hijos mayores de edad puede provocar la extinción de la pensión de alimentos, en caso de que dicha ausencia de relación familiar sea imputable, de modo principal y relevante, a los hijos. Se trata de una causa que ha sido alegada por los padres desde hace años como motivo para conseguir privar al hijo mayor de edad de la pensión alimenticia en instancias inferiores, sin embargo, nunca se había hecho valer ante el TS, por lo que interesaba conocer la opinión de nuestro Alto Tribunal al respecto. El propio TS reconoce en esta sentencia la necesidad de establecer jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado, al ser un conflicto muy frecuente en la realidad social actual.

PALABRAS CLAVE: Alimentos; hijos mayores de edad; ausencia de relaciones familiares; la negativa de los hijos a relacionarse con sus padres.

ABSTRACT: *This paper analyses the Supreme Court's ruling of 19 February 2019, which considered that the manifest lack of a relationship between parents and their children of full age can lead to the extinction of the maintenance allowance, if this lack of relationship is mainly and significantly attributable to the children. This is a situation that has been put forward by the parents for years as a reason for depriving the adult child of maintenance at lower levels, but it had never been brought before the Supreme Court, so it was interesting to hear the opinion of our High Court on this matter. The Supreme Court itself acknowledges in this judgment the need to establish case law on the legal problem raised, as it is a very frequent conflict in the current social reality.*

KEY WORDS: *Alimony; adult children; lack of family relation; child's refusal to relate to their parents.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: UN CONFLICTO FRECUENTE ENTRE PADRES E HIJOS.- III. LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.- 1. Concepto y fundamento.- 2. Causas de extinción.- IV. LA AUSENCIA DE RELACIONES PATERNOFILIALES COMO CAUSA PARA EXTINGUIR LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.- 1. Planteamiento y punto de partida.- 2. La influencia del Derecho catalán.- 3. La jurisprudencia menor anterior a la STS 104/2019.- V. LA NOVEDOSA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 104/2019, DE 19 DE FEBRERO DE 2019.- 1. La ausencia de relaciones familiares como una alteración sustancial de las circunstancias.- 2. El criterio del TS: la falta de relación manifiesta ha de ser imputable, de forma principal y relevante, al hijo.- A) Planteamiento.- B) La interpretación flexible de la causa segunda del art. 853 CC.- C) La interpretación restrictiva de los requisitos de la causa.- D) La importancia del origen de la falta de relación y de la edad de los hijos.- E) La prueba de la causa.

I. INTRODUCCIÓN.

¿El comportamiento que tenga un hijo mayor de edad respecto a su padre puede ser lo suficientemente relevante como para provocar que su progenitor no tenga la obligación de prestarle alimentos? Esta es la cuestión que constituye el núcleo del debate en la sentencia del Tribunal Supremo que nos disponemos a comentar.

Nuestra sociedad ha cambiado de manera vertiginosa en los últimos años y es en el seno familiar donde esas transformaciones se viven de manera más directa, más intensa y más temprana, afectando a todos los que lo integran. El aumento de la esperanza de vida, la mayor longevidad, las crisis matrimoniales[1], la aparición de nuevas estructuras familiares y las familias reconstituidas han tenido un impacto importante en la forma que tienen de relacionarse padres e hijos, de modo que no es excepcional observar que en muchos casos las relaciones entre los familiares más próximos sean totalmente inexistentes o nulas, o lo que es peor, sean tensas e incluso malas y provoquen sufrimiento a una o a ambas partes[2]. El propio Tribunal

1 Advierte González Hernández que muchas veces la falta de relación entre padres e hijos se origina como consecuencia de las crisis matrimoniales en las que los hijos menores son influenciados por un progenitor, generalmente el custodio, "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISNN 0210-0444, año núm. 95, núm. 775, 2019, p. 2605.

2 Tal y como afirma De La Iglesia Monje hace unos años era impensable que hubiera un desapego intergeneracional, o que los ancianos viviesen (y muriesen) en soledad sin contacto familiar, o que la existencia de malos tratos psicológicos hacia nuestros mayores no fuera algo inaudito, "La nula atención de

• Begoña Ribera Blanes
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: bribera@ua.es

Supremo (STS 19 febrero 2019[3]) reconoce que las modernas estructuras familiares propician estas situaciones de pérdida de contacto o de mala relación entre los progenitores y alguno o todos sus hijos y advierte que "estas tensiones no son nuevas, pero hoy día pueden haberse incrementado, pues, con frecuencia, existen sucesivos matrimonios, que conllevan sucesivos núcleos familiares, con hijos de un vínculo anterior y otros del posterior, con intereses no siempre uniformes".

La actitud de los hijos, unas veces pasiva y otras veces violenta o agresiva, es reprobada por los padres, para quienes no es suficiente con que esas conductas tengan consecuencias desde el punto de vista de la moral y la conciencia y/o ética de cada uno, sino que buscan en el ordenamiento jurídico, y más concretamente en el seno del derecho de familia y del derecho de sucesiones, por ser los sectores del ordenamiento más vinculados a la institución familiar, instrumentos legales con los que hacer frente a esas actitudes de sus hijos que consideran inapropiadas y que pueden ser calificadas, según su intensidad, de meras desatenciones, desapegos, abandonos o maltratos físicos o psíquicos.

El problema reside en que nuestro Código Civil vigente no está adaptado a la realidad social del momento en que han de aplicarse las normas porque no fue elaborado teniendo como modelo una familia frágil, desestructurada y reconstituida, ni los conflictos intergeneracionales que las nuevas formas familiares podían conllevar, sino todo lo contrario, de ahí que se consagraran instituciones como los alimentos, las legítimas y las donaciones con la finalidad de asegurar el sustento patrimonial de los hijos durante y tras la vida de sus padres. Al surgir problemas en las relaciones entre padres e hijos, los progenitores pretenden negar cualquier tipo de soporte económico a quienes, a pesar de ser sus propios hijos, manifiestan una conducta totalmente inaceptable que les provoca sufrimiento, pero no siempre estas actitudes tienen encaje normativo en las causas que el ordenamiento prevé para poder extinguir los alimentos, desheredar o revocar las donaciones *inter vivos* recibidas por los hijos.

En aras de dar una respuesta jurídica adecuada a los problemas entre padres e hijos que acontecen en el seno familiar y mientras la ansiada reforma normativa demandada, tanto por la doctrina científica[4], como por la propia jurisprudencia,

los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, p. 2988. Para Aguilar Ruiz la crisis económica ha provocado que desde la década de 2000 hayan aumentado notablemente el número de demandas en las que miembros de una familia se reclaman mutuamente el pago de una pensión alimenticia que les permita atender sus necesidades vitales básicas, "Conflicto filio-parental y alimentos. Interpretación jurisprudencial de la causa de extinción de la obligación de alimentos de padres a hijos mayores de edad basada en el "maltrato" de los hijos a sus progenitores: Comentario a la Sentencia AP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016, 1121)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, ISSN 1139-7179, núm. 43, 2017, p. 286.

3 STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497).

4 Magro Servet, V.: "El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato", *Diario La Ley*, núm. 9466, 2019, p. 1; De La Iglesia Monje, M. I.: "La nula", cit., p. 2989.

para dotar de instrumentos eficaces a quienes se ven en estas circunstancias se produce, ha tenido que ser la jurisprudencia del TS, la que con sus resoluciones ha convertido esas conductas, en un principio solamente constreñidas al ámbito de la conciencia y la ética de cada persona[5], en reprochables en términos jurídicos a través de una interpretación flexible de nuestro ordenamiento jurídico adaptada a la realidad social actual del momento en que la normas han de ser aplicadas (art. 3.1 CC).

En esta línea de adaptar nuestra legislación a la realidad social y a los valores del momento, son muy conocidos algunos pronunciamientos del TS de los últimos años que han marcado un antes y un después en la forma de entender aquellas instituciones que están íntimamente ligadas con las relaciones paternofiliales. El punto de partida se produce con la sentencia del TS de 3 de junio de 2014 que calificó el maltrato psicológico como justa causa de desheredación, al entender que se trata de una acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima que debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, que sí se prevé expresamente en el art. 853.2 CC como causa de desheredación[6]. La siguiente sentencia del TS que sigue esta tendencia de adaptación a la realidad social del momento es la de 20 de julio de 2015 referida a un supuesto de revocación de donación por ingratitud y que fijó como doctrina jurisprudencial de la sala que "el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código Civil"[7].

Como puede observarse, con estos pronunciamientos jurisprudenciales se da una visión actual de dos instituciones, la legítima y la donación, que pueden servir para modular la conducta de los hijos en una fase que podríamos calificar de más tardía, ya que seguramente en esos casos nos encontremos con un progenitor de avanzada edad que pretender privar de la legítima o de una donación realizada en

5 Como en su momento aseveró la STS 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792).

6 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900). Se consideró maltrato psicológico la conducta de menosprecio y abandono familiar de los hijos hacia el padre enfermo, que no se interesaron por él durante los últimos siete años de vida. La jurisprudencia valoró que esa actitud de los hijos frente al padre era incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que han de derivarse de la filiación. Esta doctrina fue confirmada por la STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015, 639), en la que el maltrato psicológico que provocó el hijo en la madre al forzarla a donarle la mayoría de su patrimonio se consideró como causa de desheredación, dado que el hijo desheredado arrebató dolosamente a la madre todos sus bienes y le dejó sin patrimonio para afrontar dignamente la última etapa de su vida, lo que causó a la testadora un estado de zozobra y afectación profunda que le acompañó los últimos años de su vida.

7 STS 20 julio 2015 (RJ 2015, 4460). En este caso la donataria había protagonizado varios episodios de trato despectivo y humillante que culminaron en una bofetada a su padre y en insultos e injurias graves a su madre. Con estos pronunciamientos el Alto Tribunal supera la interpretación literalista, acudiendo a una exégesis ajustada al principio constitucional de dignidad de la persona (art. 10 CE), así como a una lectura finalista y sociológica del artículo 853.2º CC, Hijas Cid, E.: "Repercusiones del maltrato psicológico en la desheredación un lustro después", *El Notario del siglo XXI*, núm. 89, enero-febrero 2020 disponible en https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-89/9887-repercusiones-del-maltrato-psicologico-en-la-desheredacion-un-lustro-despues

una etapa anterior de su vida a sus hijos, al comprobar que éstos no han actuado como se esperaba. Mientras que a través de la institución de los alimentos, que es de lo que trata la sentencia que es objeto de análisis, al darse éstos cuando los hijos son menores de edad o mayores de edad, pero que se encuentran en proceso de formación, se podría corregir una conducta incorrecta en una etapa más temprana. En definitiva, se trataría de lograr que la conducta injustificada de los hijos respecto a los padres pudiera tener consecuencias jurídicas a modo de sanción civil con contenido económico una vez alcanzada la mayoría de edad, con lo que implícitamente se pudiera conseguir cierta corrección en los comportamientos y las lealtades debidas de los hijos hacia los padres.

No cabe duda de que todos los cambios que tanto la doctrina científica, como la jurisprudencia han abordado para actualizar las instituciones más vinculadas a la familia merecen ser tenidos en cuenta por el legislador para servir de base a una futura reforma legislativa que se está haciendo esperar.

II. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: UN CONFLICTO FRECUENTE ENTRE PADRES E HIJOS.

Para entender el conflicto que tuvo que resolver el TS debemos prestar atención a las particularidades del caso.

D. Demetrio y Dña. Esmeralda se casaron y tuvieron dos hijos, Hilario y Miriam. El 29 de mayo de 2007, se divorciaron mediante un procedimiento contencioso cuya sentencia impuso la obligación a D. Demetrio de pagar a Dña. Esmeralda una cantidad en concepto de pensión de alimentos para sus hijos. Posteriormente, D. Demetrio interpuso demanda de modificación de medidas definitivas adoptadas en sentencia de divorcio contra Dña. Esmeralda para solicitar la extinción de la pensión de alimentos que pagaba a sus dos hijos que en ese momento ya eran mayores de edad. La demanda se admitió a trámite por decreto de 1 de julio de 2016, dando traslado a las partes para contestar. Dña. Esmeralda se opuso a la demanda y pidió que se desestimara. El Juzgado dictó sentencia el 25 de noviembre de 2016 en el sentido de admitir la demanda interpuesta por D. Demetrio y modificar la sentencia del procedimiento de divorcio contencioso habida entre las partes para declarar extinguida desde la fecha de la resolución la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad Hilario y Miriam. Contra esta resolución interpuso Dña. Esmeralda recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid. Sin embargo, la sentencia de 23 de enero de 2018 desestimó el recurso y confirmó íntegramente la resolución de primera instancia. Ante tales hechos, Dña Esmeralda decidió interponer recurso de casación en el que alegó infracción de los arts. 142 y 152 CC, éste último en relación a los arts. 90 y 91 CC e infracción de la doctrina jurisprudencial del TS sobre la cesación de

la obligación de prestación de alimentos a hijos mayores de edad. El TS estimó el recurso de casación y casó la sentencia recurrida al apreciar que no concurría causa para la extinción de la pensión alimenticia que recibían de su padre los hijos mayores de edad.

Ciertamente el conflicto que enfrenta a las partes no es excepcional, sino más bien todo lo contrario, pues es bastante habitual que los progenitores sufran una crisis matrimonial cuando sus hijos todavía son menores de edad y decidan divorciarse. Como consecuencia de ello, uno de los progenitores, al que se le otorga la custodia unilateral, sigue conviviendo con los menores, mientras al otro se le concede un régimen de visitas para mantener el contacto con sus hijos y se le impone la obligación de satisfacer la pensión de alimentos, entre otras medidas que puede imponer el Juez o puedan acordar las partes, como consecuencia de la patria potestad que, al ser sus hijos menores, ostenta sobre los mismos. Tampoco es extraño que, a pesar de ese régimen de visitas concedido al cónyuge no custodio, el progenitor pierda el contacto con sus hijos menores y que esa falta de relación se siga manteniendo cuando los hijos alcancen la mayoría de edad.

Las circunstancias que pueden haber dado lugar a esa situación de falta de contacto pueden ser muy variadas y dependerán de cada caso concreto. Desde que ya la relación con los hijos fuera tensa, distante o agresiva cuando aún convivían juntos por la actitud del propio padre o por el carácter de los hijos, a que el cónyuge custodio haya generado cierta animadversión contra su excónyuge o que el progenitor no custodio se haya distanciado porque haya formado una nueva familia, sin importar que haya contraído un posterior matrimonio o no, o incluso, que haya tenido más hijos con su nueva pareja, o simplemente que al ostentar un mero derecho de visitas que no ejercitó puntualmente, se haya convertido en un extraño para sus propios hijos, lo que se puede resumir utilizando el conocido refrán "el roce hace el cariño". No es difícil imaginar que cualquiera de estas situaciones se haya podido producir, pues es algo bastante común en nuestra realidad diaria.

En principio, los alimentos no se extinguen al llegar a la mayoría de edad, salvo que exista causa para ello, por lo tanto, el progenitor tendrá que seguir satisfaciendo la deuda alimenticia mientras se den los requisitos de convivencia y necesidad por parte de los hijos. Sin embargo, en la actualidad se han incrementado notablemente los casos en que los progenitores no desean seguir pagando los alimentos a los hijos mayores de edad y buscan amparo a su voluntad en las diferentes causas previstas en el art. 152 del CC.

En el caso que comentamos, aunque el TS solo se haya pronunciado sobre la nula relación personal entre los alimentistas y el alimentante como posible causa para extinguir la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, en realidad, el

alimentante, en el procedimiento de modificación de medidas basó su demanda de extinción de la pensión alimenticia en tres razones: la disminución de su capacidad económica para hacer frente a los alimentos, la falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos y la nula relación personal existente entre él y sus hijos. Los dos primeros motivos están específicamente previstos como causas que pueden ocasionar la extinción de la pensión alimenticia en nuestro ordenamiento jurídico (art. 152.2 y 5 CC, respectivamente) y pueden considerarse razones clásicas por las que se ha producido la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad en muchos casos, siempre que se hayan cumplido los requisitos para ellos.

Sin embargo, la falta de relación familiar entre progenitores e hijos mayores de edad, aunque se viene alegando para solicitar la extinción de la pensión alimenticia en tribunales inferiores desde hace unos años, nunca se había hecho valer ante el TS, razón por la que interesaba conocer la opinión de nuestro Alto Tribunal al respecto. El propio TS, en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, afirma que "a criterio de la sala, se encuentra justificada la necesidad de establecer jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado por mor de la evolución de la realidad social". El *quid* de la cuestión se centra en determinar si la negativa de los hijos mayores de edad a relacionarse con el progenitor alimentante es causa de extinción de la pensión alimenticia y qué requisitos deberían cumplirse para que así fuera.

III. LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.

1. Concepto y fundamento.

El origen y fundamento de la pensión alimenticia es distinto según se trate de hijos menores o mayores de edad.

En el caso de hijos menores de edad, el deber de los padres de prestar alimentos a los hijos tiene su origen en la filiación y se integra en el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad. En este sentido, el art. 154 CC recuerda la obligación de los padres de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. En efecto, el propio TS reconoce que ha de predicarse un tratamiento diferente "según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención"[8].

8 STS 12 febrero 2015 (RJ 2015, 338); SAP Barcelona 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332).

Se parte de la idea de que al ser los hijos menores de edad se presupone su necesidad, por lo que el progenitor que quiera suspender temporalmente el pago de la prestación alimenticia tendrá que probar que, a pesar de la minoría de edad del hijo, éste no necesita los alimentos porque tiene sus necesidades cubiertas por sus propios medios[9]. En términos generales, en los casos de minoría de edad se presupone también su incondicionalidad y que los hijos necesitan de alimentos en sentido amplio, siendo incluso prioritaria su necesidad a la de sus progenitores en caso de conflicto entre necesidades de unos y otros[10].

Al tratarse de hijos menores ha de tenerse en cuenta la aplicación del principio de interés superior del menor en todas las medidas que deban acordarse en relación con el menor y, especialmente, en aquellas que deban adoptarse como consecuencia de la crisis matrimonial de sus progenitores, debiendo pronunciarse el juez, en todo caso, sobre la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, según establece el art. 93.1 CC.

En principio, se trata de una obligación que se mantiene hasta que se extingue la patria potestad, bien porque los hijos alcancen la mayoría de edad o porque se emancipen (situación que se da con poca frecuencia en la práctica). Una vez llegado este momento, los hijos adquieren capacidad de obrar plena, se extingue la representación legal de los padres, pero no se produce la extinción automática de la obligación alimenticia[11], como así se deduce de los arts. 93.2, 142 y 152 CC, aunque sí que cambia su fundamento, su alcance y su régimen jurídico.

Como manifestó la STS de 1 de marzo de 2001[12], la obligación de prestar alimentos al hijo mayor de edad se basa en el principio de solidaridad familiar cuyo fundamento constitucional se halla en el art. 39 CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la

9 Se le planteó un caso interesante al TS en relación con la posibilidad de extinguir la prestación alimenticia de los hijos menores de edad. El padre pretendía dejar sin efecto la prestación alimenticia que pagaba a su hija de 15 años de edad porque se le había concedido, tras la separación de sus padres, una beca de la Federación Española de Gimnasia que cubría sus gastos de alojamiento y manutención y le proporcionaba ingresos suficientes para atender a sus gastos personales. El TS consideró ajustada a Derecho, no la extinción, sino la suspensión temporal de la pensión de la menor argumentando que "cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción, que fue lo que se decidió en ambas instancias durante el tiempo en que se mantuvieran dichas circunstancias" (STS 24 octubre 2008, RJ 2008, 5794).

10 Cuando se trata de hijos menores de edad y teniendo presente que los alimentos se prestan como un deber de la potestad parental, justificada una situación de indigencia o precariedad económica del obligado a prestarlos, solamente se podrá acordar la suspensión de este derecho en casos muy excepcionales, es decir, primero procede el sacrificio del progenitor alimentante frente al mínimo vital del alimentista (TSJC 14 abril 2016, RJ 2016, 3647 y SAP Barcelona 23 enero 2020, JUR 2020, 58332).

11 La mayoría de edad no es por sí sola suficiente para entender que se ha producido un cambio que conlleve de forma automática la extinción de la pensión alimenticia. Sería necesario acreditar que la hija sea independiente económicamente o no resida junto a su madre, como estableció la SAP de Málaga de 30 de septiembre de 2019 (JUR 2020, 64507).

12 STS 1 marzo 2001 (RJ 2001, 2562).

familia. Otras sentencias incluso dan un paso más, al entender que esta obligación "tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela, pues, un interés jurídico privado e individual"[13]. Además de mantener dicho fundamento, nuestra jurisprudencia reciente ha apuntado que el derecho de alimentos del hijo mayor de edad "debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 CC)"[14].

A partir de ahí se considera que el marco normativo que ampara el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad es el de "los alimentos entre parientes", siendo de aplicación los arts. 142 y siguientes de nuestro Código Civil[15]. Por lo tanto, los hijos mayores de edad tendrán derecho a obtener de sus padres todo lo que sea indispensable "para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica". Además de comprender también su formación si no la han terminado "por causa que no le sea imputable".

Ahora bien, en estos casos ya no se presupone la necesidad del alimentista como ocurría en el caso de hijos menores de edad, sino más bien todo lo contrario, se presume que una persona mayor de edad es capaz de proveer sus propias necesidades. Así lo ha entendido el TS para quien "el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores"[16]. La jurisprudencia ha entendido que la posibilidad de subsistencia económica no tiene que entenderse como una mera capacidad subjetiva de ejercer profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes[17]. Para valorar la ausencia de independencia económica hay que atender a si el hijo se ha incorporado o no al mercado laboral y será relevante para dicha valoración el tiempo que lleve trabajando, qué salario percibe y en qué condiciones de estabilidad y permanencia trabaja[18].

Debe entenderse que procede la negación del cese de la prestación alimenticia cuando el hijo no tenga un puesto de trabajo con ciertas expectativas de permanencia y cuyos ingresos le permitan mantenerse, de manera que una

13 STS 23 febrero 2000 (RJ 2000, 1169).

14 STS 21 septiembre 2016 (RJ 2016, 4443). La jurisprudencia menor ha considerado que cuando la solidaridad intergeneracional desaparece por haber incurrido el hijo en alguna conducta reprobable de las que da lugar a desheredación, se pierde el derecho a reclamar la prestación alimenticia por el hijo mayor de edad. En este sentido la Audiencia Provincial de Córdoba ha argumentado que la quiebra de la solidaridad familiar entre padre e hijo constituye causa justificada de extinción del derecho a reclamar, frente al padre, la pensión alimenticia, SAP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016, 1121).

15 Así lo manifiesta entre otras la STS de 19 enero 2015 (RJ 2015, 447).

16 STS 21 septiembre 2016 (RJ 2016, 4443).

17 SAP Granada 22 julio 2011 (JUR 2011, 352831).

18 En este sentido *vid.* SAP Tarragona 2 julio 2012 (JUR 2012, 290972).

situación de trabajo temporal o parcial no es suficiente para relevar al padre de su contribución alimenticia[19].

Para que la obligación llegue a surgir el progenitor ha de tener capacidad económica suficiente para satisfacerlos y al alimentista serle necesarios para subsistir. En caso de crisis matrimonial de los progenitores, será de aplicación el art. 93.2 CC[20] en virtud del cual el Juez podrá fijar en la misma resolución los alimentos debidos a los hijos mayores de edad siempre que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios y que los alimentos sean solicitados o bien por el hijo mayor o por el progenitor conviviente que inste la separación o divorcio, pues no se puede pronunciar el Juez de oficio. No existe un límite temporal para la percepción de los alimentos, ni en cuanto a la duración de la obligación para el alimentante, ni en cuanto a la edad del alimentado, por lo que parece que la obligación se mantendrá mientras lo hijos carezcan de ingresos propios o estén en disposición de tenerlos[21] y convivan en el domicilio familiar. El precepto solo impone dos condiciones: en primer lugar, que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, lo que debe interpretarse en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos, sino que éstos sean insuficientes y, en segundo lugar, que los hijos mayores convivan en el domicilio familiar[22].

El requisito de la convivencia debe cumplirse para que la obligación de prestar alimentos se mantenga[23]. El TS tuvo la oportunidad de resolver un caso en el que la hija mayor de edad tuvo un conflicto generacional con sus padres porque éstos trataban de fijarle unas normas de vida (horarios, salidas y otros aspectos similares) para una convivencia común y familiar en el hogar[24]. Por su parte la hija pretendía realizar su vida con arreglo a unas normas que ella creía imprescindibles para desarrollar y reafirmar su personalidad. Como consecuencia del conflicto, la hija decidió abandonar el hogar paterno en el ejercicio de su libertad personal y reclamar la prestación alimenticia a sus padres. A la vista de los hechos, el TS consideró que "no se puede olvidar, que muchas veces la libertad como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades" y añade que "lo que no se puede pretender es realizar un modelo de

19 SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676).

20 Con este precepto se daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aun siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores, STS 12 marzo 2019 (RJ 2019, 939).

21 Advierte Rincón Andreu que existe jurisprudencia menor contradictoria en relación con este tema, por lo que se está imponiendo la tesis de que no existe límite temporal para los alimentos de los hijos mayores de edad, con lo que la extinción deberá producirse por las causas previstas en el art. 152 CC, "Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad", *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 9156, 2018, p. 3.

22 Si dejan de cumplirse las condiciones establecidas en el art. 93.2, se pierde el derecho a seguir recibiendo la prestación alimenticia. Así lo estimó el TS en un caso en que el hijo, que percibía alimentos de su padre, empezó a tener ingresos propios y dejó de convivir con su madre (STS 12 marzo 2019, RJ 2019, 939).

23 *Vid.* STS 12 marzo 2019, RJ 2019, 939

24 STS 23 febrero 2000 (RJ 2000, 1169).

vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno". Además, al examinar las necesidades reales de la hija mayor de edad, el TS advirtió que no tenía ninguna imposibilidad para trabajar, dado que "no ha probado ninguna incapacidad permanente, total o parcial para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual". Por todo ello, el tribunal entendió que no concurrían los requisitos necesarios para mantener la obligación alimenticia[25].

2. Causas de extinción.

La obligación alimentaria, supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda[26].

Las causas de extinción de la obligación alimenticia están reguladas en los arts 150 y 152 CC. Son las siguientes: el fallecimiento del alimentante (art. 150 CC) o del alimentista (art. 152.1 CC), la peor fortuna del alimentante (art. 152.2 CC), la mejor fortuna del alimentista (art. 152.3), la incursión del alimentista en causa de desheredación (art. 152.4 CC) y, por último, la necesidad de alimentos derivada de una mala conducta o falta de aplicación al trabajo del alimentista (art. 152.5 CC).

En el caso que es objeto de análisis se advierte que en el procedimiento de modificación de medidas definitivas de divorcio iniciado por D. Demetrio contra la que fue su esposa, Dña. Esmeralda, se solicitó la extinción de la pensión alimenticia de los dos hijos mayores de edad por tres motivos: en primer lugar, por disminución de la capacidad económica del obligado (art.152.2 CC) ; en segundo lugar, por falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos (art. 152.5 CC) y, en tercer lugar, por la nula relación personal entre los alimentistas y el alimentante (art. 152.4 CC).

La sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado descarta los dos primeros motivos alegados por el demandante, esto es, tanto la variación en la solvencia del obligado al pago, como la falta de aprovechamiento en los estudios de los alimentistas. En cuanto al primer motivo alegado por D. Demetrio, la disminución de sus ingresos, el tribunal lo rechaza sin más, pues no argumenta la sentencia porqué considera que no ha habido disminución en la capacidad

25 Añadió el TS que para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar..., datos o circunstancias, se vuelve a repetir, que no se dan en el presente caso, o por lo menos no se han constatado, STS 23 febrero 2000 (RJ 2000, 1169).

26 La deuda alimenticia precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista -artículo 143 del Código Civil-, así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo -artículo 148 del Código Civil- (STS 23 febrero 2000, RJ 2000, 1169).

económica del obligado. Tampoco trasciende cómo justificó el actor la tenencia de menos ingresos.

En relación con este motivo debe recordarse que el alcance de los alimentos debidos a los hijos menores es mayor que los que se tienen que prestar a los hijos mayores de edad, pues éstos ya no se conciben en un sentido amplio, sino en un sentido restrictivo, reduciéndose solamente a las necesidades que se estimen indispensables. En este sentido, cuando se trata de hijos mayores de edad, la jurisprudencia entiende que se trata de una obligación de mínimos[27]. Por esta razón, al tratarse de alimentos debidos a hijos mayores de edad tiene más importancia la capacidad económica del progenitor y el principio de proporcionalidad. Para medir dicha capacidad económica o fortuna del obligado, según los términos empleados por el art. 152.2 CC, no solo se van a tener en cuenta los ingresos procedentes del trabajo, sino también cualquier tipo de renta que se obtenga e incluso el propio patrimonio del que sea titular el obligado. Si la reducción de recursos del alimentante es transitoria (por ejemplo, desempleo sobrevenido) no se suele tener en cuenta por nuestros tribunales para reducir o extinguir la pensión. Haría falta justificar que esa situación se ha prolongado en el tiempo y que el alimentante no puede satisfacer los alimentos del hijo sin desatender sus propias necesidades. La disminución de ingresos es más complicada de demostrar cuando el progenitor es trabajador por cuenta propia que si lo es por cuenta ajena, lo que explica que muchas demandas de reducción o extinción de alimentos se desestimen por este motivo[28]. A pesar de las dificultades de prueba, como las circunstancias económicas del alimentante son un parámetro esencial para fijar la pensión de alimentos, si el progenitor logra probar que ha perdido prácticamente el 50% de los ingresos que obtenía con anterioridad cuando se fijó la pensión alimenticia, ese cambio en su situación económica, entendido como alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el proceso matrimonial, ha de ser apreciado por el Juez para provocar, a su vez, una reducción o extinción de la pensión[29].

En nuestro caso, la sentencia de primera instancia no recoge los motivos que alegó el progenitor para justificar la disminución de sus ingresos, si es que los hubo, solamente el Juzgado hizo constar que descartaba la extinción de la pensión de alimentos por esta causa.

27 La generosidad inherente al rol paterno se regula en términos de mínimos mediante entre otras obligaciones, la obligación alimenticia para con los hijos, SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298).

28 Así lo advierte Rincón Andreu, G.: "Extinción de", cit., p. 4.

29 Eso fue precisamente lo que ocurrió en el caso que tuvo ocasión de enjuiciar la Audiencia Provincial de Salamanca. En esta ocasión, al acreditarse la pérdida del 50% de los ingresos del progenitor, la Audiencia confirmó la reducción de la pensión de alimentos de 250€ a 160€ decretada en primera instancia al considerarse una reducción justa y apropiada atendiendo a las circunstancias del caso (SAP Salamanca 18 junio 2019, AC 2019, 1335).

Respecto al aprovechamiento académico de los hijos de D. Demetrio, éste basa su alegato de falta de aprovechamiento en los estudios en el art. 152.5 CC, pues aunque éste se refiere solamente a "la falta de aplicación al trabajo", debe entenderse que también queda comprendida la falta de aplicación en los estudios. Sobre el particular señala el Juzgado que no ha existido por parte de los hijos, Hilario de 25 años de edad, ni de Miriam de 20 años de edad, "desidia en la dedicación a sus respectivas formaciones". Da la sensación que el padre alegó este motivo como causa para solicitar la extinción de la pensión alimenticia sin saber si realmente los hijos estaban cursando sus estudios con el rendimiento académico adecuado, extremo éste que se deduce de dos factores: en primer lugar, la sentencia de primera instancia declara como hecho probado el total desapego de los hijos con el padre con el que no hablan y al que no ven desde hace 10 y 8 años respectivamente; en segundo lugar, porque en la misma sentencia se hace constar que el hijo, al ser interrogado en calidad de testigo, ha tenido conocimiento de que su padre había solicitado datos de su evolución académica en la jefatura de estudios de la Universidad en la que cursa su carrera, y, en tercer lugar, es el propio Tribunal el que reconoce en sus argumentaciones que es impropio que el padre haya de asumir el pago de unos alimentos "sin frecuentar el trato con los beneficiarios ni conocer la evolución de sus estudios"[30] .

Si tenemos en cuenta que los hijos no tienen relación con el padre desde hace años, que éste no tiene ninguna información sobre la vida de sus hijos y que Hilario se opuso, como persona mayor de edad que es, a que le facilitaran datos de su evolución académica a su padre, todo parece apuntar a que el padre alegó esta causa de extinción de la pensión alimenticia a mayor abundamiento, sin tener datos objetivos en los que basar su argumentación. Como todo aquel que alega causa para la extinción de los alimentos debe probarla, es lógico que el Juzgado desestimara la existencia de causa, pues el desconocimiento del padre de la evolución de los estudios de los hijos, le impedía probar que había falta de aprovechamiento académico por parte de los mismos.

No había nada que llevara al tribunal a entender que habría fracaso académico o desinterés de los hijos por terminar sus estudios (SAP Navarra 19 septiembre 2019[31]). Según algunos pronunciamientos recientes de nuestro Alto Tribunal no procede la extinción cuando los hijos se encuentran en pleno periodo de formación académica o profesional que sea acorde a sus edades y no se acredite pasividad en la terminación de la formación académica o en la obtención de empleo (STS 6 noviembre 2019)[32]. Por el contrario, situaciones como las de estar

30 También el TS en el fundamento jurídico tercero de la sentencia constata la negativa de los hijos a relacionarse con el padre y que éste carece de trato con ellos y conocimiento de la evolución de sus estudios.

31 SAP Navarra 19 septiembre 2019 (AC 2019, 1614).

32 STS 6 noviembre 2019 (RJ 2019, 4534).

tres años matriculado en un mismo curso académico son indicativas de la falta de aprovechamiento en los estudios y el nulo rendimiento académico, lo que supondrán que el hijo se convierta en acreedor de la extinción de la pensión (STS 14 febrero 2019[33]).

Por todas estas razones el Tribunal descartó que hubiera falta de aprovechamiento en los estudios, con lo cual, la pensión de alimentos no podía extinguirse por este motivo, lo que nos lleva a analizar el tercero de los motivos alegado por el padre, esto es, la ausencia de relación familiar entre el alimentante y los alimentistas.

IV. LA AUSENCIA DE RELACIONES PATERNOFILIALES COMO CAUSA PARA EXTINGUIR LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.

1. Planteamiento y punto de partida.

La falta de relación familiar entre padres e hijos no está prevista como causa específica de extinción de la pensión alimenticia en el art. 152 CC, ni tampoco como causa de desheredación en el art. 853 CC. El apartado 4 del art. 152 CC establece que "cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación" cesa la obligación de dar alimentos. De esta manera, el legislador establece un nexo de unión entre ambas instituciones, la prestación alimenticia y la desheredación. No obstante, la ausencia de relación paternofilial no se prevé tampoco como justa causa de desheredación de hijos y descendientes, además de que es tradición entender que las causas de desheredación, al tener naturaleza sancionatoria, se han de interpretar y aplicar de forma restrictiva. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en los últimos tiempos la jurisprudencia ha hecho un esfuerzo por adaptar las causas de desheredación a la realidad social del momento que vivimos.

Debemos tener presente que, hasta la sentencia de 3 de junio de 2014, el TS había consolidado doctrina en el sentido de considerar que las situaciones de ausencia de relación afectiva entre padres e hijos, al no estar contempladas expresamente como causas de desheredación, no podían provocar la pérdida de la legítima y menos aún de los alimentos legales. En sus resoluciones el Alto Tribunal consideraba que las causas de desheredación habían de ser interpretadas de forma restrictiva y no podían comprender casos no específicamente previstos por la ley, de ahí que, aun cuando se advertían situaciones de falta de relación afectiva entre padres e hijos, éstas no se tenían en cuenta a los efectos de privar

33 STS 14 febrero 2019 (RJ 2019, 562).

de legítima a los hijos, ya que se consideraba que "la falta de relación afectiva y de comunicación entre la hija y el padre (…) son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al ámbito de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que, en definitiva, sólo están sometidas al Tribunal de la conciencia"[34]. De forma similar, la STS de 4 noviembre de 1997 declaró la nulidad de la cláusula testamentaria de desheredación de los hijos aunque "no convivieron con el padre, no mantuvieron relación con él, le privaron al testador de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales y ni siquiera acudieron al entierro"[35].

En definitiva, la falta de relación afectiva no bastaba por sí sola para privar de la legítima a los hijos, y en consecuencia, tampoco para declarar extinguida la pensión alimenticia que éstos recibían, pues la ausencia de relación familiar tenía que acompañarse de algo más para que la actuación del hijo pudiera considerarse maltrato de obra y así provocar la desheredación como sucedió en la sentencia del TS de 26 de junio de 1995[36], que consideró maltrato de obra la expulsión de una madre del domicilio del hijo y esposa, sin necesidad de que para ello hubiera de utilizarse la fuerza física o la violencia, y la falta de atención continuada a lo largo de varios años.

2. La influencia del Derecho catalán.

En lo que respecta al Código Civil catalán, al igual que ocurre en el CC, la falta de relación afectiva entre padres e hijos no está prevista expresamente como causa para extinguir la pensión de alimentos. Recordemos que en el derecho común tenemos un precepto que sirve de engarce entre las dos instituciones, alimentos y legítima, ya que entre las causas de extinción de la obligación de dar alimentos (art. 152 CC) se incluye que el alimentista haya cometido alguna causa de las que dan lugar a la desheredación (art. 152.4), remisión que hay que entender hecha al art. 853 CC, aunque este precepto no recoge específicamente la ausencia de relaciones paternofiliales como causa de desheredación, lo que ha llevado a la jurisprudencia a tener que integrar la ausencia de relaciones en la causa segunda del art. 853 CC cuando se dan ciertos requisitos.

En lo que respecta al derecho catalán, es el art. 237-13 CCCat el que prevé las causas por las que se extingue la obligación de prestar alimentos, siendo la causa e) la que remite a la figura de la desheredación al establecer que se extingue la prestación por "el hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de

34 STS 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792).

35 STS 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 7930).

36 STS 26 junio 1995 (RJ 1995, 5117).

legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el artículo 451-17".

La primera diferencia que se advierte entre ambos textos legales es que en lo que respecta al derecho civil catalán sí que se prevé expresamente la falta de relación afectiva como causa de desheredación, tal y como vamos a explicar a continuación.

En el derecho catalán como en el CC la desheredación es una sanción civil que permite la privación de la legítima y está sometida a ciertos requisitos, así, habrá de constar en un acto de disposición por causa de muerte; ha de contener la designación nominativa del legitimario desheredado, que además ha de ostentar esa cualidad; igualmente, habrá de expresarse la causa legal en la que se fundamenta, y, por último, ésta deberá ser probada cuando el legitimario impugne el testamento negando la realidad de la causa alegada, la prueba de cuya existencia corresponde al heredero (art. 451.20 CCCat), pues como señala el art. 451.2 del mismo cuerpo legal, el desheredamiento injusto, esto es, sin la concurrencia de estos requisitos, permite a legitimario exigir lo que por legítima le corresponda.

El art. 451.17 del Código Civil de Cataluña permite al causante privar a los legitimarios de su derecho a la legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación. A continuación, en el párrafo segundo del precepto se enumeran de forma exhaustiva las causas de desheredamiento sin que sea posible su interpretación de modo amplio o analógico, puesto que, al contener una sanción civil, se exige su constatación estricta. La jurisprudencia catalana ha reconocido que la legítima, como derecho de determinadas personas a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial, es una institución de derecho sucesorio fundada en la solidaridad intergeneracional de la familia, por lo que la privación de este derecho debe fundarse en la concurrencia de alguna de las causas previstas en la ley demostrativas de un comportamiento contrario a los principios de respeto, asistencia recíproca y solidaridad que caracterizan a la familia en sentido amplio[37].

Al analizar el precepto legal, puede observarse que el legislador catalán se ha hecho eco de las voces que desde hace tiempo propugnan la revisión de la institución de la legítima y la actualización de las causas legales de desheredación. En esta línea observamos que aparecen como causas de desheredación separadas e independientes las referentes al maltrato grave ("el maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador") y a la falta de relación familiar ("la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa

37 TSJ Cataluña 8 enero 2018 (RJ 2018, 1503) y SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

exclusivamente imputable al legitimario"), causas c y e, respectivamente del art. 451-17.2 CCCat.

Del derecho catalán interesa destacar dos ideas: por un lado, no se vincula la falta de relación familiar entre padres e hijos al maltrato, lo que quiere decir que la ausencia de relación familiar se ha consolidado como causa autónoma e independiente de la del maltrato grave, por tanto, exenta de un juicio de valor sobre si esa falta de relación ha provocado un daño en el progenitor que es quien puede hacerla valer como causa de desheredación y, por otro lado, el legislador catalán exige para apreciar la causa de ausencia de relación paternofilial la concurrencia de tres requisitos: a) que la falta de relación sea manifiesta, esto es, conocida por todos; b) que la falta de relación sea continuada y constante en el tiempo, esto es, que no se trate de un acontecimiento, hecho o enfado puntual concretado en el tiempo[38] y c) que sea imputable exclusivamente al legitimario[39].

Para apreciar la concurrencia de esta causa los tribunales catalanes han exigido que no haya ningún tipo de relación ni trato entre el progenitor y el hijo (SAP Tarragona 28 enero 2014[40]), pues si hay un mero alejamiento o enfriamiento en la relación no será suficiente para privar de alimentos y/o desheredar al hijo (SAP Barcelona 10 octubre 2019)[41]. Para tener derecho a mantener o a reclamar la pensión alimenticia no hace falta que la relación entre el progenitor y el hijo sea excelente, pero sí que exista al menos una "mínima relación" entre ellos, a modo de contraprestación o reconocimiento del hijo por el esfuerzo que hace el padre al entregarle la cuantía alimenticia porque el legislador no espera que el padre profese un amor incondicional al hijo que le imponga seguir cumpliendo con la obligación alimenticia sin tener ninguna respuesta por parte de éste[42].

La mayor dificultad probatoria recaerá precisamente en este último requisito, en demostrar que la falta de relación familiar únicamente puede atribuirse al legitimario desheredado[43], sin que haya habido intervención alguna

38 Así lo exigen, la SAP Barcelona 15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522) y la SAP Barcelona 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332). Ha de ser una situación que, de existir, ha de durar y reiterarse en el tiempo.

39 En este sentido, SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676).

40 SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676).

41 SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

42 SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298). Se actúa desde el convencimiento de que el pagador debería ser relevado de dicho deber si no encuentra en su descendencia un mínimo agradecimiento por el sacrificio que realiza proveyendo sus necesidades, Cabezuelo Arenas, A.L.: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 49, 2019, p. 2.

43 En el Preámbulo de la ley el propio legislador auguraba que dicha causa tendría un coste elevado de aplicación por la "dificultad probatoria sobre el origen de las desavenencias familiares", pero a continuación afirmaba que estas dificultades tenían que ceder ante el indudable valor de la norma como "reflejo del cimiento familiar de la institución" y "el sentido elemental de justicia que está subyacente".

del progenitor[44]. Si no se tiene certeza de la culpa exclusiva del legitimario, la conclusión será que no concurre justa causa de desheredación y, por ende, de extinción de alimentos, pues impera una interpretación restrictiva[45]. En un caso reciente que tuvo ocasión de enjuiciar la Audiencia de Barcelona[46] el padre había alegado esta causa en el testamento para desheredar al hijo, concretando esta ausencia de relación en el alejamiento voluntario del legitimario, en su desatención personal y de asistencia médica, en la prohibición de relación con sus nietos y en la interposición de una demanda civil contra el mismo; situación provocada por el desacuerdo con el segundo matrimonio del testador. Sin embargo, el tribunal, a la vista de la prueba practicada en primera instancia, concluye que no existe justa causa de desheredación al advertir que "el panorama descrito por familiares, amigos y vecinos atribuyen al testador el alejamiento referido tras el fallecimiento de la madre y el inicio de una nueva relación sentimental e igualmente muestran al testador como una persona de difícil trato, poco familiar, con escasa simpatía por los niños en general y por la familia de su hijo en particular".

A partir de esta premisa el tribunal considera que no se ha producido una ruptura de las relaciones entre padre e hijo, sino más bien un enfriamiento o alejamiento en dichas relaciones provocada por la discrepancia con la nueva relación sentimental emprendida por el testador, lo que considera normal debido a la intimidad y cercanía propia de las relaciones entre hijos y padres, por lo que concluye que el clima de desavenencia descrito no cumple los requisitos legales para constituir causa de desheredación en base al art. 451-17.2 e) y califica a la desheredación de injusta. Se deduce de la sentencia que la jurisprudencia opta por realizar una interpretación restrictiva de las causas de desheredación y de los concretos requisitos que integran cada causa. Además, no califica la situación de ruptura de relaciones entre padre e hijo, sino de alejamiento o enfriamiento de las mismas, y sobre todo, no ha quedado constancia de que esa situación haya sido provocada en exclusiva por el hijo.

A pesar de que en el derecho catalán se incluya la ausencia de relación familiar como causa para desheredar al legitimario y, por remisión, como causa para extinguir los alimentos, la jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva de

44 SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676). En la SAP de Lleida de 24 septiembre 2014 se deniega la extinción de la obligación de alimentos a la hija mayor de edad (20 años) porque no se pudo responsabilizar únicamente a la hija de la falta de relación paternofilial que podría estar directa o indirectamente relacionada con la propia actuación del padre.

45 Por ejemplo, en el caso que tuvo ocasión de resolver la Audiencia Provincial de Lleida, aunque se denotó la falta de interés de la hija en relacionarse con el padre, el tribunal valoró que se había partido de una situación previa negativa mantenida en el tiempo e iniciada cuando la hija era menor de edad, pues el padre visitó el domicilio familiar en estado de embriaguez, profiriendo insultos y gritos en varias ocasiones, lo que llevó al tribunal a entender que no solo se atribuye única y exclusivamente a la hija la ausencia de relación, sino que la situación bien podría estar directa o indirectamente relacionada con la propia actuación del padre, SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298).

46 SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

esta causa[47], de modo que no podrá hacerse valerse para desheredar ni para privar de alimentos si no puede constatarse que la ruptura de la relación se pueda atribuir en exclusiva al hijo, situación que resulta bastante complicada de probar en la práctica.

No obstante, la dificultad de prueba tampoco debe llevarnos a entender que ésta devenga imposible y que nunca proceda la extinción de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad por esta causa. De hecho, sirva como muestra de esta afirmación dos sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona en las que se consideró que la ausencia total de relación familiar continuada y reiterada era imputable solamente al hijo. La primera sentencia, de 15 de marzo de 2012[48], pone de manifiesto que cuando el hijo era menor de edad ya se negaba de forma contundente y reiterada a ver al padre. De modo que el padre, en el intento de reestablecer la relación con su hijo, interpuso diversas acciones judiciales para solicitar desde medidas de requerimiento de cumplimiento a la progenitora custodia, a medidas de progresividad ante el incumplimiento de la resolución e intervención de servicios auxiliares como el punto de encuentro. A pesar de los intentos del padre, reconoce el tribunal que "ninguna de las medidas ha servido para restablecer la relación entre padre e hijo, siendo éste último el que en los años recientes, ya próximo a la mayoría de edad, se negaba de forma rotunda a ver a su padre, sin que ninguna de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia y también por esta Audiencia haya considerado justificada dicha negativa, y hasta lograr un pronunciamiento judicial de suspensión ante el fracaso de todas las medidas de coerción y de apoyo establecidas por el desprecio que la parte ha procurado a dichos servicios, negándose de forma reiterada a entrar a ver a su padre en el punto de encuentro". De la sentencia se desprende que la negativa del hijo a relacionarse con su padre se inició cuando éste era menor de edad y continuó una vez alcanzada la mayoría de edad, a pesar de los esfuerzos del padre por mantener la relación con su hijo. La situación podía calificarse no solo de desapego, sino de desprecio hacia la figura paterna, pues el hijo mantuvo interrumpida la relación con su padre por voluntad propia y no le informó nunca de ningún hecho de importancia en su vida, como, por ejemplo, la evolución de sus estudios, su domicilio o el cambio de apellidos que solicitó. Por todo ello, el tribunal no tuvo ninguna duda de que la nula relación entre padre e hijo era única y exclusivamente atribuible a este último.

47 El derecho de alimentos nace con vocación de temporalidad, en tanto sean necesarios y se cumplan otros requisitos que prevé la ley, y se extinguen cuando concurre una de las causas previstas en el art. 237-13 CCCat , entre las que aparece la causa novedosa incluida en el Libro II CCCat, referida a la conducta del alimentado para con el alimentante prevista en el art. 451-17 CCCat como causas de desheredación, y entre ellas la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar por causa exclusivamente imputable al legitimario. Se trata de una norma de carácter sancionador, la extinción del derecho a ser alimentado por uno de los progenitores, por lo que debe ser interpretada restrictivamente (SAP Barcelona 23 julio 2013, JUR 2013, 334928; SAP Tarragona 28 enero 2014, JUR 2014, 46676; SAP Lleida 24 septiembre 2014, JUR 2014, 299298).

48 SAP Barcelona 15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522).

En esta línea, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de enero de 2020 también decretó la extinción de la pensión de alimentos que recibía la hija mayor de edad (20 años) que estaba estudiando. El tribunal apreció que no existía justificación a la voluntad deliberada de la hija de no mantener ningún tipo de relación con su padre y al rechazo absoluto que la hija profería a la figura paterna, toda vez que le reclamaba el cumplimiento de la pensión alimenticia. Todo ello unido a la imposibilidad del padre de poder relacionarse con su hija durante dieciséis años, al haberse trasladado madre e hija a vivir al extranjero justo después del divorcio, cuando la hija contaba solamente con tres años de edad, fueron suficientes para entender que la ausencia de relación era única y exclusivamente atribuible a la hija y, en consecuencia, decretar extinguida la obligación de prestar alimentos del padre[49].

Como se verá posteriormente, la influencia del derecho catalán en el pronunciamiento del TS en la sentencia de 19 de febrero de 2019 es evidente porque, por un lado, admite que la falta de relación sea suficiente para desheredar, y en consecuencia, extinguir, los alimentos que el padre debe prestar al hijo, y, por otro lado, porque el TS exige prácticamente los mismos requisitos que el legislador catalán, esto es, que la falta de relación sea manifiesta (se olvida de mencionar que sea continuada) e imputable de forma principal y relevante al hijo. El propio TS alude a esta interpretación restrictiva de la concurrencia y prueba de la causa que hace la jurisprudencia catalana para justificar que esta forma de proceder se aplique también en los procedimientos que tengan que resolverse conforme al derecho común.

3. La jurisprudencia menor anterior a la STS 104/2019.

Si dejamos a un lado el derecho civil catalán y nos centramos en el derecho común observamos que en el ámbito de la jurisprudencia menor, pueden verse intentos de los progenitores de extinguir la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad antes de que el maltrato psicológico fuera considerado como causa de desheredación por el TS. Sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de diciembre de 2002[50] en la que el progenitor pretende privar del derecho de alimentos al hijo mayor de edad al entender que éste le había maltratado de obra e injuriado gravemente de palabra, al ser esta causa de desheredación aplicable para extinguir los alimentos por vía de remisión del

49 Justo es decir que en el caso que comentamos el tribunal fundamentó la extinción de la pensión de alimentos de la hija en dos motivos: tanto en la ausencia de relación familiar imputable a la hija, como en la existencia de nuevos gastos por parte del progenitor no custodio, quien había contraído nuevo matrimonio y había tenido tres hijos más, a lo que debe añadirse que la madre contaba con una situación económica holgada que le permitía atender sus necesidades personales y las de la hija. Al respecto, *vid*. SAP Barcelona 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332).

50 SAP Málaga 16 diciembre 2002 (JUR 2003, 64641). En este procedimiento no se hizo alusión alguna al maltrato psicológico porque la sentencia es anterior al pronunciamiento del TS de 3 de junio de 2014.

art. 152.4 CC, a lo que la Audiencia le responde que las causas de desheredación deben ser interpretadas de forma restrictiva según doctrina jurisprudencial y que lo que se desprende de la prueba documental y restante material probatorio aportado a las actuaciones son "las nefastas relaciones paternofiliales, al parecer, al haber tomado claro partido el hijo en defensa de los intereses de su progenitora materna, no pudiendo tener dicha circunstancia el alcance y repercusión tan extremo pretendido por el recurrente". De este modo la Audiencia llega a la conclusión que las malas relaciones entre alimentante y alimentista no son razón suficiente para quedar exonerado el pago de los alimentos en favor de un descendiente.

En esta línea de argumentación, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de mayo de 2016[51] tuvo ocasión de pronunciarse sobre un caso en que era el hijo, mayor de edad y estudiante universitario, el que demandaba a su padre una pensión de alimentos de 450 €[52]. El Juzgado le concedió 250 € y el padre decidió recurrir en casación e insistir en la extinción de la pensión debida al hijo mayor de edad por infracción del art. 853.2, en relación con lo dispuesto en el art. 152.4 CC. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del padre y declaró extinguido el derecho del hijo a reclamar frente a su progenitor la pensión alimenticia.

La Audiencia tuvo en cuenta que el hijo había causado lesiones al padre (constaban en fotografías realizadas en el propio centro sanitario al que éste acudió), que el padre le había denunciado y que el hijo obtuvo la absolución porque ni él ni su padre acudieron al juicio, ya que las fotografías reflejaban un resultado lesivo evidente y totalmente acorde con lo denunciado. El tribunal ratificó que la ausencia de actuaciones penales por maltrato, e incluso, la absolución del denunciado no obliga al tribunal civil a descartar la concurrencia de la causa de desheredación en base al art. 853.2 CC, pues los malos tratos no precisan de una previa condena penal. Amén de los malos tratos que el hijo había proferido al padre, la Audiencia tuvo en cuenta que el hijo había declarado que "la relación que mantiene con su padre es nula hasta el fin de los días" y que no piensa reanudar la relación con su progenitor, con lo que el tribunal valoró que no se trataba de una exclusiva relación hostil, ni de un mero abandono emocional por parte del hijo, sino de una conducta que conlleva un notable plus de acometimiento físico y que aparecía exenta de cualquier razón de pesar o arrepentimiento pese al significativo tiempo transcurrido. En definitiva, la Audiencia concluye que los hechos demuestran la quiebra de la solidaridad familiar entre padre e hijo y constituyen maltrato de

51 SAP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016, 1121).

52 También había demandado a su madre, pero en este caso aduce alimentos en especie para poder ocupar una habitación de su casa y su madre se allanó a la petición del hijo, por lo que el único que recurre en apelación es el padre.

obra[53], lo que se revela como causa suficiente para entender extinguido el derecho del hijo a reclamar alimentos al padre.

En este caso no cabe duda que el hijo gozaba del mínimo de madurez física y mental que se requiere para que a una persona pueda ser civilmente reprochable el acto que se le imputa, pero debe tenerse en cuenta que aunque se haya acreditado que concurre el hecho objetivo que constituye la causa de extinción de la obligación de alimentos (maltrato de obra), si dicha situación se produce en el contexto de un trastorno límite de la personalidad, como la conducta tiene que haber sido realizada con discernimiento para que el hijo pueda ser considerado responsable de sus propios actos, el reproche jurídico será distinto y la pensión de alimentos no se extinguirá[54].

En cierta medida puede entenderse que esta sentencia constituye un antecedente de la que es objeto de nuestro análisis porque abstracción hecha de la presencia del maltrato de obra, la Audiencia Provincial utiliza el argumento de la quiebra de la solidaridad familiar para reforzar su decisión de privar al hijo del derecho a reclamar al padre la pensión alimenticia[55], al igual que el TS, en su sentencia de 19 de febrero de 2019, entiende que ha desaparecido la solidaridad intergeneracional que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad. La diferencia entre ambas estriba en que, mientras la Audiencia provincial de Córdoba se apoya además en el maltrato de obra, el TS lo esgrime como único fundamento de la extinción de la pensión.

También resulta interesante la SAP de Albacete de 14 de julio de 2016[56], pues trata un supuesto muy similar al que sirve de base para la STS de 19 de febrero de 2019. En aquella sentencia el padre se opone al incremento de la pensión alimenticia alegando la radical negativa de su hija a mantener cualquier tipo de relación con él e invoca para justificar su postura la aplicación analógica de la normativa sobre desheredación. Los pronunciamientos de la Audiencia son especialmente valiosos, ya que se tuvo que pronunciar sobre las mismas cuestiones que el TS en la sentencia de 19 de febrero de 2019. La Audiencia parte de la premisa de que el padre viene obligado a satisfacer la pensión alimenticia a su hija

53 Respecto a cómo se ha interpretado jurisprudencialmente el maltrato de obra puede verse Aguilar Ruiz, L.: "Conflicto filio-parental", cit., pp. 290-293.

54 Es lo que pasó en el caso que tuvo que resolver la Audiencia provincial de Valencia, *vid*. SAP Valencia 1 septiembre 2017 (AC 2018, 1285). La hija tenía reconocida una minusvalía en un grado elevado (82%) y, aunque había maltrato de obra a sus padres (insultos, amenazas), el tribunal consideró que, a pesar de existir causa objetiva para privarle de los alimentos, no procedía extinguir la obligación.

55 De forma similar otras sentencias han reconocido que la solidaridad familiar quiebra cuando concurre alguna de las causas contempladas en la ley como causas de desheredación, que se configura como una excepción al deber de legítima, y por lo que hace a los alimentos como una excepción a la obligación legal que los impone, constituyendo un castigo o sanción a la persona que ha manifestado una conducta que dentro del seno familiar se considera atentatoria de la dignidad, reprochable y que merece censura jurídica, (SAP Barcelona 22 abril 2014, JUR 2014, 135884 y Valencia 1 septiembre 2017, AC 2018, 1285).

56 SAP Albacete 14 julio 2016 (JUR 2016, 200963).

por imperativo del art. 93 CC y desestima la extinción o reducción de la pensión alimenticia al considerar que entre las faltas que dan lugar a la desheredación, a las que se refiere el art. 152.4 CC como causa de extinción de la obligación de satisfacer alimentos, no se encuentra la ausencia de relación afectiva entre alimentante y alimentista y, añade, (y aquí viene lo realmente importante) que la situación no puede ser calificada como maltrato de obra, ni como injuria grave de palabra, ni tampoco como maltrato psicológico, con lo cual, concluye, que no es suficiente la existencia de malas relaciones entre alimentante y alimentista, ni siquiera para poder fundamentar jurídicamente una reducción de la cuantía de la pensión alimenticia.

Si analizamos la sentencia *a sensu contrario* obtenemos que el pronunciamiento de la Audiencia deja apuntado que la falta de relación entre alimentante y alimentista, por sí sola no podrá provocar la extinción de la pensión alimenticia, pero si la situación que ha habido entre ambos constituye además maltrato de obra, injuria grave de palabra o maltrato psicológico, podrá derivar en el cese de la obligación de prestar alimentos por parte del progenitor, al ser causa de desheredación conectada a la extinción de los alimentos por el art. 152.4 CC.

Con lo cual se entiende que si el padre, en vez de exponer simplemente la negativa de su hija a relacionarse con él, hubiera alegado y conseguido probar que esa situación desafección había sido generada por la hija y le había producido un menoscabo en su salud, hubiera podido ver reducida la cuantía de la pensión de alimentos que es lo que él demandaba en el caso porque el supuesto hubiera encontrado encaje en el maltrato psicológico[57]. En lo que no hace hincapié esta sentencia es en la necesidad de que esa falta de relación se deba únicamente a la hija, que es en lo que precisamente se centra la sentencia del TS de 19 de febrero de 2019, debido a la influencia del Código civil catalán y a la doctrina emanada de sus tribunales. En esta sentencia, a diferencia de la anterior de Málaga que hemos analizado, sí se hace referencia al maltrato psicológico como causa de desheredación porque el TS ya se había pronunciado sobre esta posibilidad en su sentencia de 3 de junio de 2014. En sentido similar se pronuncia la Audiencia provincial de Las Palmas de 4 de abril de 2018[58] al considerar que "por más que pueda considerarse lamentable la situación de desencuentro de las hijas con respecto a su padre (…) no podemos aceptar que el maltrato psicológico se corresponda con la mera desafección o con la mera pasividad en el mantenimiento de contacto de los hijos con el padre, si ello viene desprovisto de actuación concreta e individualizada que, por sí misma, sea susceptible de causar menoscabo de la salud mental de la víctima. Antes al contrario, como expresamente resulta de la literalidad del

57 En similares términos afirma De La Iglesia Monje que faltó dar un paso, esto es, probar que esa mala relación ha originado una situación de deterioro psicológico en el alimentante, "La nula", cit., p. 2991.

58 SAP Las Palmas 4 abril 2018 (JUR 2018, 203599).

art. 853.2 del CC, es necesario que concurra una actuación susceptible de ser calificada como maltrato".

Si comparamos las sentencias que hemos comentado obtenemos que en todas se defiende la idea de que la falta de relación paternofilial no es suficiente para provocar la extinción de la obligación de prestar alimentos a los hijos; ahora bien, la primera, la de Málaga, exige que las malas relaciones se acompañen de actuaciones de los hijos que sean susceptibles de ser calificadas como maltratos de obra (art. 853.2 CC), mientras que la de Albacete y la de Las Palmas, como se dictaron con posterioridad a la STS de 3 de junio de 2014, admiten que estos actos de los hijos puedan encuadrarse también en la figura del maltrato psicológico, en la medida en que esa situación de desafección haya provocado un menoscabo en la salud del padre.

Con estos pronunciamientos se puede ir constatando cómo ha ido evolucionando el tratamiento de la cuestión en los tribunales que tienen que aplicar el derecho común, pues se ha pasado de defender que las malas relaciones entre padres e hijos no puedan tener consecuencias jurídicas en materia de desheredación y alimentos (STS 28 junio 1993), a entender que las malas relaciones podrían servir para privar de la legítima y de los alimentos debidos a los hijos, inicialmente, si constituían además un maltrato de obra y, posteriormente, si podían calificarse como un maltrato psicológico. La conclusión que se desprende de todas las sentencias analizadas es que la ausencia de relación, las malas relaciones paternofiliales o la negativa de los hijos a relacionarse con sus padres por sí mismas no son suficientes para poder operar como causa de desheredación y, en consecuencia, como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos.

V. LA NOVEDOSA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 104/2019, DE 19 DE FEBRERO DE 2019.

1. La ausencia de relaciones familiares como una alteración sustancial de las circunstancias.

Antes de profundizar en el criterio utilizado por el TS para dirimir el conflicto familiar existente entre D. Demetrio y sus hijos, resulta conveniente prestar atención al argumento utilizado por las sentencias de primera y segunda instancia para declarar extinguida la obligación alimenticia que prestaba el padre a sus hijos mayores de edad.

Como hemos expuesto en líneas anteriores, la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado en el art. 152 del Código Civil, ni en ningún otro precepto legal del mismo texto para dar por

extinguida la pensión alimenticia que está obligado a satisfacer el padre a los hijos mayores de edad. A pesar de esta circunstancia, la sentencia de primera instancia de 25 de noviembre de 2016 apuesta por considerar que "la nula relación personal de los alimentistas con el alimentante y la absoluta desafección entre los hijos y el padre" es causa para que el cese del deber de prestar alimentos se produzca, dado que "las circunstancias a las que se refieren los arts. 90 y 91 del Código Civil y el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden ser diversas y de distinta naturaleza, sin que de ningún modo constituyan *numerus clausus*" y añade en su pronunciamiento final que "la mayoría de edad de los hijos y su manifiesto y continuado rechazo a su padre puede y debe calificarse como una alteración de las circunstancias de verdadera trascendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados"[59]. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 2018, en similares términos a los expresados por la de primera instancia, estima que la mayoría de edad de los hijos, la nula relación afectiva y la negativa de los hijos a relacionarse con su padre debe considerarse "una alteración y modificación sustancial de las circunstancias (…) que justifica que dentro del procedimiento matrimonial se deje sin efecto el deber de contribución del progenitor no custodio".

La diferencia entre ambos pronunciamientos estriba en que en la sentencia de primera instancia simplemente se afirma que se han alterado las circunstancias, mientras que en el caso de la Audiencia Provincial considera que la alteración de las circunstancias es "sustancial" e intenta buscar encaje normativo para dejar sin efecto el deber de contribución del progenitor no custodio amparándose en el artículo 91 *in fine* en relación con los artículos 93, 152 del CC y extensible al apartado 4 de dicho artículo. Así, mientras la sentencia de instancia basa su argumentación solamente en el art. 91 CC y en el enriquecimiento injusto, la Audiencia Provincial da un paso más y vincula el art. 91 con el art. 93 y con el art. 152. 4 CC, sirviendo este precepto para conectar la extinción de los alimentos con la figura de la desheredación, dado que dispone que cesará la obligación de dar alimentos "cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación".

Entendemos que la referencia que hace el Juez de Instancia al art. 90 CC no tiene sentido en este caso, puesto que el procedimiento de divorcio que se desarrolló entre las partes fue contencioso. Entonces, debió hacerse alusión solamente al art. 91 CC, el cual, efectivamente, en su inciso final prescribe que estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

59 El TS, al hacer referencia a la sentencia de primera instancia, advierte que aunque es más extensa en su motivación que la sentencia de la Audiencia Provincial, sin embargo, no alcanza a encontrar un encaje normativo a la extinción que acuerda de la pensión alimenticia del padre a favor de los dos hijos mayores de edad.

Las medidas que se adoptan como consecuencia de un proceso matrimonial de crisis tienden a regular las relaciones personales, económicas y paterno-filiales de los cónyuges y, en cuanto se contienen en una resolución judicial, en concreto en una sentencia, tienen fuerza de cosa juzgada material. Ahora bien, al adoptarse estas medidas teniendo en cuenta las circunstancias existentes en ese momento, si por hechos posteriores, éstas cambian, es lógico que deban revisarse las medidas para adaptarlas a la nueva situación o incluso declararlas extinguidas, lo que se consigue a través de la acción de modificación de medidas prevista en el art. 91 CC y en su aspecto procesal en el art. 775 LEC. Como estos preceptos solo admiten que las medidas puedan ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, la cuestión estriba en determinar qué requisitos deben cumplirse para que sea procedente la estimación de una demanda de modificación de medidas.

Del estudio de la jurisprudencia existente al respecto, pueden deducirse los siguientes requisitos[60]: a) que los hechos en los que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas; b) que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida; c) que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos, que no obedezca a una situación de carácter transitorio; d) que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación y e) que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias.

Ahora bien, ¿en realidad se ha producido en este caso una alteración sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta a la hora de dictar la sentencia de divorcio? Aunque al principio pueda parecer ajustado a Derecho alegar la aplicación del art. 91 CC, para ello sería necesario comprobar que efectivamente tal alteración sustancial se ha producido. En este punto, consideramos que ninguno de los dos Tribunales depara en un dato importante que se obtiene de la prueba testifical del hijo mayor de D. Demetrio.

Hilario, al ser interrogado como testigo, admite que hace diez años que no ve a su padre, por lo tanto, si la sentencia de divorcio es de 29 de mayo de 2007 y la fecha de admisión de la demanda de modificación de medidas es de 1 de julio de 2016, no habían pasado todavía en ese momento diez años, sino nueve, lo que nos lleva a entender que padre e hijo ya no tenían relación familiar en el momento en que se dictó la sentencia de divorcio, por lo que, al menos respecto a él, no se puede afirmar que ha habido una alteración sustancial de las circunstancias, pues todo apunta a que esa falta de relación ya existía en el momento en que se

60 El enunciado de los criterios y su correspondiente explicación puede extraerse de la SAP Salamanca 18 junio 2019 (AC 2019, 1335).

dictó sentencia para la adopción de medidas, por lo tanto, no se cumpliría con el primer requisito que exige que los hechos en los que se base la demanda de modificación se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas. Si partimos de la idea de que la falta de relación entre padre e hijo fue anterior, este hecho ya fue tenido en cuenta por el Juez de instancia y, sin embargo, estimó que esa situación no era suficiente para entender que no procedía establecer alimentos al hijo que entonces era menor de edad. Tampoco cabe en este caso alegar que el hecho, aunque fue anterior, no era conocido por alguna de las partes, por razones obvias, ya que si padre e hijo no tenían relación era algo que los dos conocían perfectamente. Por las mismas razones se entendería que no se cumple el segundo requisito que exige que el cambio sea sustancial, dado que entendemos que ni siquiera se ha producido tal cambio, al haberse obtenido de la prueba pericial que el enfriamiento en la relación entre padre e hijo fue anterior a la sentencia. Por lógica, el resto de requisitos tampoco se cumplirían.

Lo único que ha cambiado es que el hijo era entonces menor de edad y ahora es mayor de edad, pero ese dato por sí solo no se considera una alteración sustancial de una circunstancia que pueda conllevar de forma automática la extinción de la pensión alimenticia[61].

No podemos afirmar lo mismo respecto a la hija, ya que, al declarar ésta que no tiene contacto con su padre desde hace ocho años, todo parece apuntar a que la relación entre ellos siguió manteniéndose tras la sentencia de divorcio, aunque no se prolongase durante mucho más tiempo (aproximadamente tan solo un año y medio más). Seguramente en base a este hecho y desconociendo lo que había acontecido con su hermano mayor, afirma el tribunal, aunque para referirse a ambos hijos, que el rechazo al padre "ha acaecido con posterioridad al momento en que se adoptó la medida cuya modificación se pretende". Esta aseveración, en principio, correcta respecto a la hija, no parece ser cierta en relación con su hermano mayor Hilario.

En lo que respecta a la hija, deberíamos valorar si todos los requisitos que deben darse para que proceda la estimación de una demanda de modificación se han cumplido efectivamente. Por la declaración de la propia hija que admite que perdió la relación con su padre 8 años atrás y que no ha vuelto a hablar con él, parece ser cierto que la falta de relación es un hecho que aconteció con posterioridad a la adopción de las medidas contenidas en la sentencia de divorcio (primer

61 Así lo ha manifestado expresamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga en los siguientes términos: "el hecho de que los hijos sean mayores de edad, no supone, sin más, una alteración sustancial de las circunstancias que sea suficiente, por sí sola, para extinguir la obligación alimenticia", (SAP Málaga 8 junio 2001, JUR 2001, 266002). En el mismo sentido se manifiestan las sentencias de AP Valladolid, de 13 de enero de 2003 (JUR 2003, 54398) y AP Málaga de 1 de julio de 2003 (JUR 2004, 7054) y 30 de marzo de 2012 (JUR 2012, 164340).

requisito) y que se trata de una situación que no tiene carácter transitorio sino permanente (tercer requisito). Como el segundo requisito exige que la variación de la circunstancia tenga relevancia legal y entidad suficiente para justificar una modificación y la falta de relación paternofilial no se prevé expresamente, ni como causa de extinción de la pensión de alimentos, ni como causa de desheredación en nuestro CC, debemos entender que no se cumple esta exigencia (segundo requisito), como tampoco que tal circunstancia sobrevenida sea ajena a la voluntad del progenitor (cuarto requisito), pues D. Demetrio se limita a decir que no existe relación con sus hijos, aspecto éste que si queda constatado por la prueba testifical perpetrada a los hijos durante el procedimiento (quinto requisito), pero no alega ni prueba que esa situación solamente es atribuible a los hijos y que él no ha tenido nada que ver (cuarto requisito). En definitiva, tampoco respecto a la hija se darían los requisitos necesarios para entender que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que a su vez sirviese de argumento para modificar la medida relativa a la pensión alimenticia adoptada en la sentencia de divorcio.

Aun así, el TS, sin distinguir entre los hijos de D. Demetrio y sin pronunciarse en particular sobre la cuestión de "la alteración sustancial de las circunstancias" considera que el art. 91 CC no es argumento suficiente para justificar el cese de la obligación alimenticia y que la sentencia de la Audiencia está más cerca de lograr un encaje normativo adecuado al alegar la aplicación del art. 152.4 CC al caso, aunque se queda a medio camino.

1. El criterio del TS: la falta de relación manifiesta ha de ser imputable, de forma principal y relevante, al hijo.

A) Planteamiento.

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia el TS expone los argumentos que le servirán de base para decidir el conflicto entre padre e hijos que se le plantea. En primer lugar, el TS se centra en criticar la sentencia de primera instancia y la sentencia de apelación. Respecto a la primera manifiesta que, aunque es más extensa en su motivación que la sentencia de apelación, no consigue encontrar un encaje normativo a la extinción que acuerda de la pensión alimenticia del padre a favor de los dos hijos mayores de edad; mientras que la segunda, aunque con motivación más breve, es la que se acerca normativamente a la cuestión al conectar la extinción de la pensión de alimentos con las causas de desheredación, pues se refiere al art. 152.4 y lo pone en relación con el art. 853.2 CC, esto es, con el maltrato de obra o las injurias graves de palabra; aun así, el TS considera que la sentencia de apelación se queda a mitad del trayecto.

A partir de estas consideraciones, el TS reconoce la necesidad de modernizar los casos legales de desheredación de los legitimarios para resolver las tensiones

cotidianas que existen con frecuencia en las relaciones entre padres e hijos, ya que en nuestro Código civil las causas de desheredación no se han modificado, a diferencia de lo que ha acontecido en el CCCat que precisamente prevé la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar como causa para desheredar, y por remisión, también para extinguir la pensión de alimentos. El propio TS reconoce que ha sido la jurisprudencia la que ha hecho un esfuerzo por adaptar dichas causas a la realidad social actual.

Tradicionalmente las causas de desheredación, al tener naturaleza sancionatoria, se han interpretado y aplicado de forma restrictiva y en ese contexto recordemos que la falta de relación afectiva no bastaba por sí sola para privar de la legítima a los hijos, y en consecuencia, tampoco para declarar extinguida la pensión alimenticia que éstos recibían, pues las situaciones de ausencia de relación familiar se consideraban circunstancias y hechos que, de ser ciertos, correspondían al ámbito de la moral, que escapaban a la apreciación y a la valoración jurídica y que, en definitiva, sólo estaban sometidas al Tribunal de la conciencia.

Sin embargo, el propio TS reconoce que el cambio jurisprudencial que afecta a esta cuestión se inicia con la conocida sentencia del TS de 3 de junio de 2014[62], primer pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal que hace una interpretación renovada de la causa de desheredación referida a los malos tratos o injurias graves de palabra del art. 853.2 CC para dar cabida no solo al maltrato físico, sino también al maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la persona que lo padece y que tiene su fundamento en la dignidad de la persona (art. 10 CE) y en su proyección en el Derecho de familia como cauce para el reconocimiento de derechos sucesorios. A partir de ese momento, ha habido otros pronunciamientos del TS que han confirmado esta doctrina, como, por ejemplo, la sentencia de 30 de enero de 2015 que consideró como causa de desheredación el maltrato psicológico que provocó el hijo en la madre al forzarle a donarle la mayoría de su patrimonio[63]. E incluso se ha considerado que el maltrato psicológico que el donatario cause al donante puede ser calificado como un hecho que se puede integrar en la causa de ingratitud contemplada en el art. 648.1 CC, lo que puede conllevar la revocación de la donación por este motivo[64].

62 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900).

63 STS 30 enero 2015 (RJ 2015, 639).

64 STS 20 julio 2015 (RJ 2015, 4460). La STS de 19 febrero 2019 al referirse a esta sentencia ha considerado que "no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante" (RJ 2019, 497).

La propia sentencia del TS de 19 de febrero de 2019 justifica su forma de proceder advirtiendo que no hay contradicción entre que, por un lado, se afirme que las causas de desheredación se hayan de interpretar de forma restrictiva y, por otro lado, se extiendan las causas legales a acciones no específicamente previstas en el CC. El Alto Tribunal pone el acento en la necesidad de desvincular dos planos diferentes, que, aunque relacionados, deben mantenerse separados. A la espera de que el legislador se decida a abordar la ansiada reforma legislativa, es factible interpretar de forma flexible las causas de desheredación legalmente previstas para adaptarlas a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que los hechos se producen, pero, a su vez, es necesario imponer una interpretación rígida y restrictiva cuando se trata de valorar si se cumplen los requisitos para que la causa exista, debido al espíritu sancionador subyacente.

B) La interpretación flexible de la causa segunda del art. 853 CC.

Una vez determinado el punto de partida, son el punto sexto y siguientes del fundamento jurídico tercero de la sentencia los que se centran en valorar si la conducta que tenga un hijo mayor de edad puede, en función de su intensidad, amparar que se extinga la pensión alimenticia que recibe del progenitor o ha de seguir manteniéndose ésta. A partir de ahí, reconoce el TS que si la causa estuviera prevista expresamente en el CC como causa de desheredación no habría problema en defender la extinción de la pensión alimenticia, por aplicación del art. 152.4 CC en relación con el art. 853.2º CC. Sin embargo, el TS admite que la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre padre e hijo no está expresamente recogida como causa de desheredación en el CC, a diferencia de lo que acontece con el Código Civil catalán que sí recoge específicamente esta causa de desheredación en el art. 451-17 e), siempre que la causa sea imputable en exclusiva al (hijo) legitimario.

A continuación, el Alto Tribunal sigue el esquema que él mismo había trazado en relación con los dos planos que deben de diferenciarse en materia de causas de desheredación y examina si la falta de relación familiar continuada entre padre e hijo podría integrarse en el art. 853 CC, esto es, podría constituir justa causa para desheredar a los hijos y descendientes haciendo una interpretación flexible de la causa 2ª del art. 853 CC, que es la que se refiere al maltrato de obra o a las injurias graves de palabra, pero incluye también, si tenemos en cuenta nuestra jurisprudencia actual sobre el tema, el maltrato psicológico. Hasta aquí todo parece impecable en un sentido jurídico, sin embargo, llegados a este punto el TS se decanta hacia un lado inesperado. Si lo que pretendía el TS era incluir esta situación de falta de relación familiar entre padre e hijo en la causa segunda del art. 853 CC, lo lógico hubiera sido que el TS hubiera defendido que, por regla general, la falta de relación familiar puede generar sufrimiento y dolor a ambas partes,

pero en caso de probarse que la falta de relación fuera continuada e imputable exclusivamente al hijo y que, además, había generado daño emocional en el padre, entonces podría argumentarse que esa actitud injustificada del hijo podría valorarse como una suerte de maltrato injustificado hacia el padre que le había generado un menoscabo o lesión en la salud mental de éste y, de ese modo, encontrar encuadre en el art. 853.2 CC. Como el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2 CC, esta fundamentación es la que serviría de engarce para considerar que la conducta del hijo puede calificarse de maltrato psicológico y que, a su vez, al ser causa de desheredación, puede conllevar también la extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad.

Pero el TS no lo argumenta así, sino que hace abstracción total del maltrato en general y del maltrato psicológico en particular, y se decanta por hacer una interpretación flexible del art. 853.2 CC en base al fundamento del derecho de alimentos, que, como hemos argumentado líneas más arriba, se basa en el principio de solidaridad familiar y debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (el hijo mayor de edad)[65]. A partir de ahí recuerda que esa interpretación flexible se ha de hacer conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento y se vale de afirmaciones vertidas en la jurisprudencia menor para defender que "cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente en los vínculos parentales".

Seguidamente el tribunal reconoce que esta doctrina jurisprudencial de audiencias provinciales que ha surgido al aplicar la normativa del CCCat es perfectamente extrapolable al derecho común para interpretar flexiblemente la causa de extinción de la pensión alimenticia que es objeto de estudio porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad. En definitiva, el TS hace una interpretación flexible de las causas de desheredación para admitir la falta de relación manifiesta como una causa más siempre que sea, de forma principal y relevante imputable al hijo porque la solidaridad familiar e intergeneracional que sirve de fundamento a la legítima y a la pensión alimenticia ha desaparecido.

El razonamiento de nuestro Alto Tribunal es criticable en muchos aspectos.

65 Esta idea ya había sido defendida anteriormente por la STS 21 septiembre 2016 (RJ 2016, 4443) y en la jurisprudencia menor por SAP Córdoba (AC 2016, 1121), entre otras.

En primer lugar, si estamos haciendo una interpretación flexible de la causa segunda del art. 853 CC habrá que subsumir los hechos en esa causa, no se entiende que se prescinda totalmente de ella. En el derecho común la ausencia de relación no está prevista como causa ni de desheredación ni de extinción de la pensión alimenticia, así que la única forma de que esta situación pueda provocar la extinción de la pensión, es que en la actuación del hijo concurra el hecho objetivo que constituya la causa de desheredación, esto es, que se pueda calificar de maltrato o injuria grave; de este modo, si el hijo incurre objetivamente en causa de desheredación, podrá ser privado de la prestación alimenticia que le presta el progenitor por la conexión existente entre el art. 853.2 y el art. 152.4 CC.

La interpretación flexible no puede valer para crear una causa de desheredación nueva y que no tenga ninguna conexión con las específicamente previstas por el legislador porque ello supondría sustituir al legislador en su función de elaborar normas[66]. Por lo tanto, en el derecho común la ruptura de la relación familiar no basta para privar de la legítima y de los alimentos al hijo; es necesario que la actuación del hijo sea considerada maltrato de obra o psicológico. De la existencia de la nula relación afectiva entre padre e hijo no cabe deducir el maltrato psicológico o de otro tipo, igual que tampoco cabe deducir que la falta de relación se únicamente imputable al hijo. La actuación del hijo ha de causar daño psicológico o emocional, ha de provocar sufrimiento en el padre. Si hay maltrato psicológico originado en los hijos y dirigido causal y dolosamente a producir un menoscabo en la salud mental de su víctima (progenitor), ello es precisamente lo que originaría una causa de extinción de la obligación de satisfacer alimentos[67].

En segundo lugar, es cierto que la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar, pero también lo es que este principio quiebra *cuando concurre alguna de la causas contempladas en la ley como causas de desheredación*, que se configura como una excepción al deber de legítima, y por lo que hace a los alimentos, como una excepción a la obligación legal que los impone, constituyendo un castigo o sanción a la persona que ha manifestado una conducta que dentro del seno familiar se considera atentatoria de la dignidad, reprochable y que merece censura jurídica. Según esta doctrina jurisprudencial, lo que provoca la quiebra del principio de solidaridad familiar es la concurrencia de una causa de desheredación, por lo tanto, si el hijo no incurre objetivamente en causa de

66 Quizá podría defenderse la oportunidad de legislar en el mismo sentido que el Código civil catalán para incorporar esta causa al listado de causas de desheredación, pero propuestas de *lege ferenda* aparte, lo cierto es que esta causa no existe en el derecho común, lo que nos impide actuar como si existiera. Sobre la conveniencia de que se convierta en una causa autónoma de desheredación en el Código civil, *vid*. Barceló Doménech, J.: "Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, p. 301 y Echevarría De Rada, T.: "La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes", *La Ley Derecho de Familia Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 22, 2019.

67 En este sentido *vid*. De La Iglesia Monje, M.I.: "La nula", cit., p. 2992.

desheredación, su conducta podrá merecer otro tipo de reproche, pero no podrá provocar la privación de la legítima ni la de la pensión alimenticia.

Llama la atención el hecho de que la jurisprudencia menor que cita el TS, y en la que se apoya para hacer valer que la interpretación flexible de las causas pueda servir para acoger como causa la falta de relación entre padre e hijo, porque esta doctrina jurisprudencial también conecta la desaparición de la solidaridad intergeneracional con "haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprochables previstas en la ley", con lo cual, en realidad el TS se contradice al utilizar este argumento porque no puede servir para privar de derechos a los hijos cuando éstos han tenido comportamientos o conductas que se han considerado simplemente como socialmente reprochables, al no estar específicamente previstos como causas de desheredación o causas de extinción de la pensión alimenticia.

En tercer lugar, el TS afirma que la doctrina jurisprudencial surgida al tener que aplicar el CCCat es "perfectamente extrapolable al derecho común" y en base a este argumento, "crea" una causa prácticamente idéntica a la del art. 451-17.2 e). Pues bien parece que el Alto Tribunal olvida que en el Derecho catalán el maltrato grave y la ausencia de relación familiar son dos causas de desheredación independientes y autónomas y que no están vinculadas entre sí. Por esta razón para que la ausencia de relación entre padre e hijo pueda provocar la extinción de la pensión de alimentos es suficiente con que se impute en exclusiva al hijo, no siendo necesario probar, además, que la conducta del hijo ha supuesto un maltrato para el padre porque se han configurado como dos causas diferentes. Es un error utilizar este argumento para el derecho común porque, al no existir la ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación, no basta con que la falta de relación sea imputable al hijo; es necesario que la conducta del hijo incurra objetivamente en causa de desheredación para que merezca el reproche jurídico pretendido.

C) La interpretación restrictiva de los requisitos de la causa.

A partir del momento en que el TS avala que esta nueva causa es admisible en el derecho común, vuelve al segundo plano al que hacía referencia con anterioridad, según el cual, procede realizar una interpretación rigurosa y restrictiva de la concurrencia y la prueba de la causa, que, conforme a sus palabras, es la falta de relación manifiesta e imputable, de forma principal y relevante al hijo. Además, advierte que las Audiencias provinciales de Cataluña que sí que tienen un precepto expreso que prevé esa causa la interpretan restrictivamente y desestiman la extinción de la pensión de alimentos cuando, constatada la falta de relación manifiesta, no aparecía probado que tal circunstancia se atribuyese única y exclusivamente al hijo alimentista.

Desde nuestro punto de vista, la interpretación de la concurrencia y prueba de la causa debe ser restrictiva porque se trata de privar a una persona de un derecho, pero aún más en el conflicto que se presenta en este caso porque, por mucho que la desheredación y la extinción de la pensión de alimentos estén jurídicamente vinculadas, los objetivos que se pretenden cubrir con cada una de estas instituciones son distintas[68]. De este modo, por regla general, dada la esperanza de vida de nuestra sociedad actual, la legítima es un patrimonio que suele recibirse cuando el legitimario se encuentra en una etapa de edad avanzada en la que es normal ostentar una posición económica, sino acomodada, al menos estable, con lo que ser privado de la legítima en ese momento de la vida puede tener menor repercusión económica que ser privado del derecho a percibir alimentos, cuando se es mayor de edad, pero la persona se encuentra aún en proceso de formación académica por causa que no le sea imputable y con resultados académicos satisfactorios. El privarle de la pensión alimenticia podría imposibilitarle continuar con unos estudios que pueden ser la base de su futuro profesional. Por todo ello, entendemos que los efectos de la privación del derecho a recibir alimentos por parte de los hijos mayores de edad en proceso de formación pueden ser más gravosos y perjudiciales que los efectos de la desheredación, y, por tanto, merecen una valoración, más restrictiva, si cabe, de los requisitos que integran la causa que da lugar a su privación.

Al comparar la causa prevista en el CCCat con la enunciada por el TS se observan algunas diferencias. Mientras que el art. 451-17.2 e) CCCat se refiere a "la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario", el TS refiere como causa "la falta de relación manifiesta imputable, de forma principal y relevante al hijo". Parece que el Alto Tribunal se olvida de requerir que la falta de relación sea continuada[69] y es menos exigente que el legislador catalán al no exigir que la causa se atribuya única y exclusivamente al hijo, solo de forma principal y relevante[70]. Comparaciones aparte, según el TS, cuando lo que se pretenda sea

68 En esta línea advierte el TSJ de Cataluña que no son trasladables a la extinción de alimentos los mismos criterios que rigen para la supresión de las legítimas, al estar ante instituciones que se orientan a alcanzar distintos objetivos y donde rigen, en consecuencia, parámetros diversos, TSJ Cataluña 2 marzo 2017 (JUR 2017, 2354). De forma similar, en otra sentencia el TSJ Cataluña puso el acento en que "las afirmaciones del legislador en el contexto de la legítima no son miméticamente trasladables a los alimentos en supuestos de la obligación de los padres hacia sus hijos que a pesar de ser mayores de edad no hayan terminado su formación, ya que no se trata sólo de un derecho-obligación de reflejo familiar y de un sentido de justicia, sino de un derecho básico contemplado expresamente en el artículo 236-17.1 CCCat, es decir: los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben tener cuidado de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir, educarlos y proporcionarles una formación integral" (STJC 14 enero 2019, RJ 2019, 779).

69 Aunque el TS olvide mencionar este requisito en el fallo de la sentencia, la doctrina ha entendido que sí que es exigible que la falta de relación sea continuada. *Vid*. por todos, Méndez Tojo, R.: "Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero", *Actualidad civil*, ISNN 0213-7100, núm. 6, 2019, p. 16.

70 Si tenemos en cuenta que no hay precepto legal que permita privar del derecho a percibir alimentos por esta causa en el derecho común, llama la atención que el TS sea menos exigente para privar de alimentos a

que se acuerde la extinción de la pensión de alimentos por falta de relación entre el progenitor y su hijo, deberá acreditarse: a) que haya falta de relación entre padre e hijo; b) que esa falta de relación sea manifiesta y c) que haya culpabilidad principal y relevante del hijo.

En relación con el primer requisito, aunque el TS no especifique nada más en la sentencia, la rigurosidad con la que debe de interpretarse exige que no haya ningún tipo de relación o trato entre padre e hijo para que la causa se aprecie (SAP Tarragona 28 enero 2014[71]), no siendo suficiente con un mero alejamiento, desapego, distanciamiento o enfriamiento de la relación (SAP Barcelona 10 octubre 2019[72]); si existe relación entre padre e hijo, aunque sea mínima, incluso aunque ésta sea hostil (SAP Córdoba 18 mayo 2016[73]), será suficiente para que el padre tenga que seguir cumpliendo con su obligación (SAP Lleida 24 septiembre 2014[74]). En nuestro caso, no hay duda de la falta de relación existente entre D. Demetrio y sus dos hijos, Hilario y Miriam.

El segundo requisito que exige el TS es que la falta de relación entre padres e hijos sea manifiesta, esto es, que sea conocida por todos, a diferencia del legislador catalán que exige que sea manifiesta y continuada. Parece que para que una situación sea manifiesta y notoria requiere implícitamente que haya perdurado en el tiempo, pues, de lo contrario, difícil será que haya podido ser conocida por terceros. Aunque no menciona el TS en esta sentencia de 19 de febrero de 2019 que la falta de relación familiar afectiva tenga que ser continuada y reiterada, entendemos que sí debe serlo, dado que la STS de 27 de junio de 2018[75] no calificó de maltrato psicológico el hecho de que la hija había vertido en redes sociales duras opiniones contra el padre, lo que se consideró como un hecho puntual "que no integra un maltrato reiterado", a lo que añade que "solo una falta de relación continuada podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos", por lo que simplemente sirvieron estos hechos para demostrar que existía una absoluta separación afectiva entre padre e hija[76]. Además, esta última sentencia trae causa de las anteriores sentencias del TS (3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015[77]) que mediante una interpretación extensiva han integrado el

los hijos que lo que lo es el legislador catalán que sí que ha regulado la cuestión. Como mínimo el TS debería ser igual de exigente que el legislador catalán y exigir que la culpa de la falta de relación se deba únicamente al hijo.

71 SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676).

72 SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

73 SAP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016, 1121).

74 SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298).

75 STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

76 Los conflictos puntuales no suelen ser tenidos en cuenta como causa para extinguir la pensión alimenticia por los tribunales. Sirva de ejemplo la pretensión de un padre de suprimir los alimentos a una hija que reaccionó de forma violenta al serle comunicado el fallecimiento de su abuela paterna, insultando a su progenitor y bloqueándole el acceso a las redes sociales, STSJC 2 marzo 2017 (RJ 2017, 2354).

77 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900) y STS 30 enero 2015 (RJ 2015, 639).

maltrato psicológico reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del art. 853.2 CC. En concreto, en la sentencia de 3 de junio de 2014, se manifiesta que los hijos habían incurrido en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre por haberle menospreciado y abandono durante los últimos siete años de vida, en los que el causante enfermo quedó al cuidado de su hermana. En la jurisprudencia menor también se ha exigido que no se trate de un desencuentro puntual entre padre e hijos, pues este tipo de situaciones se consideran habituales en las relaciones paternofiliales, sino que la falta de relación sea prolongada, duradera y permanente en el tiempo[78]; en definitiva, el tiempo que debe haber transcurrido ha de ser significativo[79].

En nuestro caso, la propia sentencia de primera instancia se refiere a este requisito en diversas ocasiones y con diferentes expresiones como: "la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas", "habiéndose consolidado tal situación de hecho", "su manifiesto y continuado rechazo a su padre", "siendo además una situación duradera y no coyuntural". Por su parte la sentencia de apelación se refiere a "la nula relación afectiva, continuada y consolidada en el tiempo entre el progenitor no custodio y los hijos".

Como ya tuvimos ocasión de analizar en relación con el derecho catalán, el mayor problema para apreciar la causa recae en el último requisito, según el cual, la falta de relación ha de ser imputable, de forma principal y relevante, al hijo. La culpabilidad principal y relevante del hijo que requiere el TS contrasta con la imputabilidad exclusiva del derecho catalán. No tiene mucho sentido que el TS sea menos riguroso que el art. 451-17.2 e) CCCat. El precepto catalán requiere que el hijo sea el único responsable de la falta de relación paternofilial, mientras que el TS parece que solo le exige que sea el principal responsable, pero admite que el progenitor haya podido intervenir de alguna manera, aunque con menos trascendencia, en esa falta de relación.

Una vez enunciados los tres requisitos que deben apreciarse para la concurrencia de la causa, el TS dictamina que no puede extinguirse la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad Hilario y Miriam porque no se ha probado que la falta de relación familiar sea imputable a ellos "con la caracterización de principal, relevante e intensa" a la que él mismo había aludido.

78 SAP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016, 1121), SAP Barcelona 15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522) y la SAP Barcelona 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332), entre otras.

79 En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332) el padre perdió la relación con su hija durante dieciséis años, pues justo después del divorcio madre e hija se trasladaron a vivir a Francia. La hija tenía entonces tres años de edad.

D) La importancia del origen de la falta de relación y de la edad de los hijos.

Del pronunciamiento del TS se obtiene una máxima clara y es que la falta de relación ha de ser imputable, no afirma que exclusivamente, pero sí que sea principalmente imputable al hijo. También considera en este caso que, aunque el desapego es evidente, no ha resultado probado que esa circunstancia se deba de forma principal y relevante a los hijos. En la sentencia de primera instancia se hace mucho hincapié en el desapego hacia el padre que exteriorizan los hijos, que no han intentado ponerse en contacto con él, que no tienen interés en ver a su padre y que, al ser mayores de edad, la negativa a relacionarse con el padre es una decisión libre y voluntaria. En lo que no depara ninguno de los tribunales, y creo que es importante, es en la edad que tenían los hijos cuando se inicia la falta de relación. Indagar el origen de la falta de relación es fundamental[80]; no basta con constatarla en el momento presente, sino que hay que remontarse al momento en el que surge la falta de relación y sobre todo es importante prestar atención a la edad que tuvieran los hijos en aquel momento, teniendo en cuenta que hay que imputarles esa falta de relación con su padre para que sea posible extinguir los alimentos.

En la sentencia de primera instancia se declara probado que hay un total desapego de los hijos con el padre con el que no hablan y al que no ven desde hace años, en concreto, diez años en el caso de Hilario y ocho años en el caso de Miriam. Con lo cual, la falta de relación entre el padre y los hijos se inició en el pasado. Se aportan datos suficientes en la sentencia como para poder calcular qué edad tenían cuando se inició la falta de contacto entre padre e hijos. En el caso de Hilario, nació en 1991 y sus padres se divorciaron en mayo de 2007, cuando él tenía 16 años. Como él mismo admite al ser llamado como testigo, la relación con su padre es inexistente desde hace diez años, con lo cual, si ahora tiene 25 años y le descontamos 10, obtenemos que la falta de contacto con el padre se produjo, o un poco antes del divorcio de los padres, lo cual no tendrá sentido si los padres convivieron juntos hasta la sentencia de divorcio aunque posiblemente la ruptura de la convivencia se produjo antes (dato que se desconoce), pudiendo haberse iniciado la falta de contacto ya en ese momento, o, como muy tarde, comenzó nada más acontecer el propio divorcio. En la sentencia de primera instancia se afirma que el "manifiesto y continuado rechazo a su padre (…) es una situación duradera y no coyuntural que ha acaecido con posterioridad al momento en que se adoptó la medida (la pensión de alimentos) cuya modificación se pretende". Con esta afirmación la sentencia parece indicar que la falta de contacto entre padre e hijo se inició con posterioridad a la sentencia de divorcio, pero, si tenemos en cuenta la propia declaración del hijo, al ser interrogado como testigo en el juicio, en la que afirma no haber hablado con su padre desde hace diez años, es

80 En este sentido *vid.* SAP Barcelona 23 julio 2013 (JUR 2013, 334928).

evidente que padre e hijo dejan de tener relación o antes de producirse el divorcio o nada más producirse éste, esto es, cuando el hijo tan solo tenía 15 años de edad.

En el caso de Miriam, la sentencia de primera instancia indica que en ese momento tiene 20 años y que ella misma ha reconocido que no ve a su padre desde hace ocho años, con lo cual ella tenía apenas doce años cuando padre e hija dejan de tener contacto. Si tenemos en cuenta que la propia sentencia afirma que Miriam nació en 1996 y sus padres se divorciaron en mayo de 2007, ella apenas tenía 11 años cuando la crisis matrimonial se produjo y, si a los doce años dejó de verle, es porque la relación con el padre se mantuvo solamente un año después del divorcio.

Llama la atención que ni la sentencia de primera instancia, ni la de la Audiencia Provincial hayan prestado atención al dato de la edad que tenían los hijos cuando se inició la falta de relación con su padre. Inciden mucho en que en el momento presente los hijos son mayores de edad y responsables de sus actos y que se considera probado que no hablan con su padre, que no lo ven, que no se han puesto en contacto con él, ni tienen ningún interés en hacerlo, sin tener en cuenta que la falta de relación se había iniciado bastante antes, momento en que ambos eran menores y cuya imputabilidad es más que criticable. A nuestro juicio se trata de un dato importante que no debió pasarse por alto. En algún pronunciamiento anterior, el TS exigió como uno de los requisitos para la desheredación que la causa fuera imputable al desheredado[81], mientras que la DGRN ha requerido que "el desheredado sea susceptible de imputación (…) tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación (…) se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente reprochable del acto que se le imputa"[82].

No parece muy acertado que a unos menores de 15 y 12 años respectivamente se les pueda imputar la falta de relación paternofilial. En otras sentencias se ha incidido en este aspecto para negar la responsabilidad de los hijos si cuando se inició la falta de relación se encontraban en su niñez. Como es el caso de la STS de 27 de junio de 2018[83], en el que el tribunal admite que la falta de relación continuada no puede ser imputable a la hija porque esta situación se inició cuando ella solamente tenía 9 años y que incluso se acordó judicialmente la suspensión de las visitas entre el padre y la hija por ser contrarias a su interés, dada la relación conflictiva entre la menor y el padre y, sobre todo, entre la menor y la pareja del padre. Al tratarse de una niña, el tribunal reconoce que el origen de la falta de relación familiar no puede imputarse a la hija.

81 STS 9 julio 1974 (EDJ 1974, 425).

82 Incide en el aspecto de la capacidad del sujeto para que le sea atribuible una conducta la SAP Valencia 1 septiembre 2017 (AC 2018, 1285).

83 En la STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100) el padre perdió contacto con su hija cuando ésta solo tenía 9 años.

En nuestro caso, los hijos de D. Demetrio no son niños, pero tampoco son mayores de edad, con lo cual no está muy claro que reúnan las suficientes condiciones de madurez para ser considerados responsables de sus actos. Como adolescentes que eran (en el caso de Miriam, más bien preadolescente) cuando se inició la falta de relación, no creo que pueda afirmarse que se encuentran en plenitud de facultades volitivas y cognitivas, situación que es predicable de la mayoría de edad o, al menos, de edades más cercanas a la mayoría de edad (por ejemplo, a los 17 años). A pesar de ello, tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación inciden en que la negativa de los hijos de relacionarse con su padre es "una decisión libre, querida y voluntaria", con la intención de convertirles en únicos responsables de la situación de ausencia de relación familiar.

Cuando el Juez de Instancia trata la cuestión de la imputabilidad de la falta de relación afectiva y de comunicación entre el padre y los hijos, se advierten varias contradicciones en sus afirmaciones, ya que la sentencia empieza por indicar que "abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de éstos", palabras con las que el tribunal reconoce abiertamente que no sabe a quién es imputable la falta de relación, si al padre o a los hijos, pero considera, erróneamente a nuestro juicio, que no es relevante para el caso. Sin embargo, a continuación, asevera que la negativa a relacionarse con el padre es "una decisión libre que parte de los hijos mayores de edad", con lo que atribuye en exclusiva a los hijos la falta de relación y lo mismo puede entenderse de la última frase del párrafo en la que afirma que "se considera impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas por cuanto se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto *a costa de un padre al que han alejado de sus vidas* (la cursiva es mía)".

Las anteriores afirmaciones contrastan con el párrafo final de la sentencia en el que vuelve a denotar que no tiene nada claro que la falta de relación sea únicamente predicable de los hijos, pues afirma que "puede ser imputable a los alimentistas" y, por si fuera poco, añade la coletilla "sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades". Parece que con esta última expresión ha pretendido darle un tirón de orejas al padre, pero sin querer darle consecuencias jurídicas a esa falta de habilidad del padre por haber perdido la relación con sus hijos que, aunque no lo diga la sentencia y como hemos analizado anteriormente, eran en aquel momento ambos menores de edad.

En definitiva, lo que es evidente es que hay un desapego de los hijos al padre, lo que no está tan claro es que a qué se debe esa situación porque no se exponen los motivos. Podría pasar perfectamente que la falta de relación entre el padre y los hijos se deba a una falta de entendimiento, a diferentes puntos de vista o

posturas encontradas en temas importantes que haya desembocado en una falta de conexión que no pueda ser especialmente imputable a una de las partes, sino a ninguna o a las dos con la misma intensidad.

A efectos de imputabilidad no solo es importante tener en cuenta el comportamiento de los hijos, sino que la conducta del progenitor también debe examinarse, y más si cabe en este caso en que los hijos son menores de edad. Es perfectamente posible que el desapego de los hijos sea consecuencia de la conducta previa del padre[84], dado que en ningún momento consta que el padre haya hecho esfuerzos para retomar o mantener la relación con sus hijos, en contraste con otros casos sometidos a enjuiciamiento por parte de los tribunales en los que el padre manifiesta haber emprendido varias acciones legales para intentar tener relación con su hijo cuando éste era menor de edad y, sin embargo, esta situación continuó hasta la mayoría de edad (SAP Barcelona 15 marzo 2012[85]). La pasividad del progenitor ha de tenerse en cuenta a la hora de imputar la falta de relación familiar, pues como afirma la AP de Tarragona en la sentencia de 28 de enero de 2014 que juzgaba un caso similar al nuestro, no existe "dato alguno que permita inferir que la voluntad de la madre ha sido la de comunicarse y tener constancia de la vida cotidiana de su hijo, sino todo lo contrario, una total pasividad ante tal situación prolongada durante siete años, lo que no puede convertirse en excusa para imputar la total responsabilidad de dicha ausencia de relación al hijo, y así exonerarse de la obligación legal que le viene impuesta como progenitora"[86].

En nuestro caso todo parece apuntar a que la falta de interés en la relación paternofilial fue recíproca, en cuyo caso la sanción de privar al hijo de la prestación alimenticia deja de tener sentido[87]. La conducta del hijo ha de ser injustificada porque si trae causa de una previa conducta o actitud del padre respecto a su hijo, entonces, no se puede imputar al hijo.

E) La prueba de la causa.

El propio TS afirma al final del fundamento jurídico tercero y en el fundamento jurídico cuarto que la concurrencia y la prueba de la causa ha de ser "rigurosa y restrictiva". Además, recuerda que, las Audiencias provinciales catalanas, que tienen un precepto expreso que prevé esa causa han desestimado la extinción, siguiendo una interpretación restrictiva, cuando no se prueba que la falta de

84 El comportamiento anterior del padre o madre con respecto al hijo puede condicionar su comportamiento posterior (TSJC 14 enero 2019, RJ 2019, 779).

85 SAP Barcelona 15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522).

86 SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676). En el mismo sentido *vid*. SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298).

87 Al respecto *vid*. SAP Barcelona 22 abril 2014 (JUR 2014, 135884) y SAP Valencia 1 septiembre 2017 (AC 2018, 1285).

relación manifiesta pueda atribuirse única y exclusivamente al hijo alimentista[88]. A partir de ahí, el Alto Tribunal declara que no se ha probado que la falta de relación manifiesta entre padres e hijos sea, de modo principal y relevante, imputable a éstos, esto es, que D. Demetrio no ha conseguido probar que la culpabilidad principal y relevante de la falta de relación la tengan sus hijos.

La alegación y prueba de la concurrencia de la causa corresponde al progenitor que pretende dejar de satisfacer la prestación alimenticia al hijo mayor de edad. No basta con que el padre alegue que los hijos no quieren saber nada de él o que se niegan a mantener cualquier tipo de relación paternofilial, que es lo que hizo D. Demetrio en su demanda de modificación de medidas. Ha de proponerse y practicarse prueba para averiguar el motivo de la falta de relación entre padre e hijo, pues solo la conducta injustificada del hijo puede conllevar la privación del derecho a recibir alimentos del padre. Pero en nuestro caso, como en tantos otros que le han precedido, no se llega a proponer ni a practicar prueba que permita conocer el origen de la ausencia de relación, lo que conllevará necesariamente a que se desestime la pretensión por falta de prueba[89].

Tanto para probar la imputabilidad exclusiva del alimentado, que exige el legislador catalán, como para probar la culpabilidad principal y relevante del hijo, que requiere el TS en esta sentencia hay que realizar un juicio de valor de las causas que han provocado que se llegue a esa situación de falta de relación teniendo en cuenta, a mi juicio, no solo las causas últimas de la falta de relación, sino también y, sobre todo, las causas primeras u originarias, como ha demostrado la jurisprudencia en algunas sentencias[90]. Será necesario valorar tanto la actuación del progenitor alimentante como la de los hijos alimentistas, e incluso la intervención de terceros que puedan haber influido en el origen de la falta de relación, me refiero especialmente al progenitor custodio[91], a la nueva pareja sentimental del progenitor[92] o al nuevo cónyuge[93]. El hecho de que se pruebe que la falta de relación no sea imputable al padre no significa automáticamente que se impute al hijo. También la actuación del hijo o hijos ha de ser objeto de examen, admitiéndose cualquier medio de prueba[94]. Será muy difícil responsabilizar únicamente a los hijos de la ausencia de relación paterno-filial cuando esta situación se inicia como

88 De La Iglesia Monje, M.I.: "La nula", cit., p. 2991 y 2993. Lo que puede verse en SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298); SAP Tarragona 23 marzo 2017 (JUR 2017, 162838) y SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

89 Así lo reconoce la SAP Albacete 14 de julio 2016 (JUR 2016, 200963) en un caso en que el padre simplemente alega la negativa por parte de su hija a mantener cualquier tipo de relación con él, sin proponer ningún tipo de prueba para constatar la causa de la nula relación.

90 SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298), SAP Barcelona 15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522) y SAP Barcelona 23 julio 2013 (JUR 2013, 334928).

91 SAP Las Palmas 4 abril 2018 (JUR 2018, 203599).

92 STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

93 SAP Barcelona 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332).

94 Por ejemplo, testimonios de la guardia civil, denuncias falsas, etc.

consecuencia de la crisis matrimonial de los progenitores acontecida cuando los hijos todavía eran menores de edad, como es nuestro caso.

En los procedimientos en los que se ha pretendido hacer valer la falta de relación familiar para extinguir la pensión alimenticia de los hijos se ha valorado especialmente si el padre ha hecho esfuerzos por recuperar la relación paternofilial con los hijos, por ejemplo, si les ha llamado regularmente, si se ha interesado por sus estudios y actividades, si ha intentado visitarles (si ha ejercitado puntualmente su derecho de visitas), para lo que se permite cualquier tipo de prueba admitida en Derecho que pueda servir para verificar estos extremos. En definitiva, se tiene muy en cuenta si el progenitor ha utilizado todos los recursos que tenía a su disposición para lograr el restablecimiento de la situación, como, por ejemplo, si ha solicitado mediación familiar para recuperar la relación familiar con los alimentistas[95].

La prueba de la imputabilidad de la falta de relación se reputa difícil pero no imposible, como ya se tuvo ocasión de apreciar al exponer este requisito en el derecho catalán.

A lo que no hace referencia el pronunciamiento del TS, como se ha expuesto con detalle en líneas anteriores, es a la necesidad de que se acredite, además de la falta de relación entre padre e hijo, que el hijo ha incurrido objetivamente en alguna de las causas de desheredación que contempla la ley, siendo especialmente relevante el art. 853.2 CC, que se aplica al maltrato de obra, injuria grave o maltrato psicológico. A estos efectos debe subrayarse que el maltrato psicológico precisa de una conducta activa del agente dirigida causal y dolosamente a producir un menoscabo de la salud mental de su víctima (SAP Albacete 14 julio 2016[96]). En principio se presume, salvo que se pruebe lo contrario, que la ausencia de relación afectiva entre alimentante y alimentista debe ser muy dolorosa tanto para el padre como para el hijo, pues nada hace suponer que sea más doloroso para uno que para el otro[97]. Si el daño psicológico ni se ha alegado ni se ha probado, no se puede presumir. Presumir que sólo el progenitor sufre es arriesgado, aunque sea así en un elevado porcentaje de casos, pues no hay ninguna garantía de que este sufrimiento unilateral sea experimentado única y exclusivamente por el progenitor alimentante.

95 En este sentido *vid*. SAP Barcelona 23 julio 2013, (JUR 2013, 334928) y SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298).

96 SAP Albacete 14 julio 2016 (JUR 2016, 200963).

97 Así lo reconoce la SAP Albacete 14 julio 2016 (JUR 2016, 200963) en un caso en que el padre simplemente alega la negativa por parte de su hija a mantener cualquier tipo de relación con él. Como en el procedimiento no se practicó prueba para averiguar el motivo de la nula relación entre padre e hija, la Audiencia Provincial sostuvo que "no se desconoce que tal situación debe ser muy dolorosa para el padre, y es de suponer que también lo será para la hija", de manera que sitúa a ambos parientes en un plano de igualdad.

Hay que tener en cuenta que si no exige una prueba rigurosa de que la situación a la que se ha llegado no está justificada, se imputa en exclusiva al hijo y ha generado un perjuicio en la salud mental del progenitor, el alegato de la nula relación entre hijos y padres puede convertirse en argumento fácil que sirva de excusa a los progenitores que no desean seguir pagando la prestación alimenticia de los hijos, lo cual puede repercutir de forma muy negativa en éstos, ya que quedarían desprovistos de los medios económicamente suficientes para seguir formándose una vez alcanzada la mayoría de edad. Casi siempre se parte de la idea de que son los hijos los que tienen comportamientos reprochables frente a los padres, pero en la sociedad en que vivimos tampoco sería tan extraño encontrar padres que no se han preocupado por sus hijos, que no han fomentado ni el roce ni el buen clima familiar y que se han limitado a pagar la pensión de alimentos sin más, mientras sus hijos han sido menores de edad. Cuando esos hijos, ya mayores de edad, pretendan seguir estudiando pueden encontrarse con que su padre, además de estar ausente en el pasado, deja de proporcionarles los medios adecuados alegando que la falta de relación familiar es imputable a ellos. Pensemos también en esos hijos, en los que sufrieron la ignorancia de su progenitor mientras fueron menores, que crecieron sin recuerdos de vivencias con ellos y con la frustración de no tener una situación familiar de normalidad. No poder continuar con los estudios a esta edad temprana puede tener consecuencias negativas para su futuro profesional y personal.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Ruiz, L.: "Conflicto filio-parental y alimentos. Interpretación jurisprudencial de la causa de extinción de la obligación de alimentos de padres a hijos mayores de edad basada en el "maltrato" de los hijos a sus progenitores: Comentario a la Sentencia AP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016, 1121)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, ISSN 1139-7179, núm. 43, 2017, pp. 285-296.

Barceló Doménech, J.: "Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 289-302.

Cabezuelo Arenas, A.L.: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 49, 2019.

De La Iglesia Monje, M.I.: "La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, pp. 2987-2998.

Echevarría De Rada, T.: "La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes", *La Ley Derecho de Familia Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 22, 2019, pp. 123-146.

González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISNN 0210-0444, año núm. 95, núm. 775, 2019, pp. 2603-2624.

Hijas Cid, E.: "Repercusiones del maltrato psicológico en la desheredación un lustro después", *El Notario del siglo XXI*, núm. 89, enero-febrero 2020 disponible en https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-89/9887-repercusiones-del-maltrato-psicologico-en-la-desheredacion-un-lustro-despues

Magro Servet, V.: "El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato", *Diario La Ley*, ISNN 1989-6913, núm. 9466, 2019.

Méndez Tojo, R.: "Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero", *Actualidad civil*, ISNN 0213-7100, núm. 6, 2019.

Rincón Andreu, G.: "Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad", *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 9156, 2018.

RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS EN EL TRABAJO.

1. Sentencias del Tribunal Supremo.

STS 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792)

STS 26 junio 1995 (RJ 1995, 5117)

STS de 4 noviembre de 1997(RJ 1997, 7930)

STS 23 febrero 2000 (RJ 2000, 1169)

STS de 1 marzo de 2001 (RJ 2001, 2562)

STS 24 octubre 2008, (RJ 2008, 5794)

STS de 3 de junio de 2014 (RJ 2014, 3900)

STS de 19 enero 2015 (RJ 2015, 447)

STS 30 enero 2015 (RJ 2015, 639)

STS 12 febrero 2015 (RJ 2015, 338)

STS 20 julio 2015 (RJ 2015, 4460)

STS 21 septiembre 2016 (RJ 2016, 4443)

STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100)

STS 14 febrero 2019 (RJ 2019, 562)

STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497)

STS 12 marzo 2019 (RJ 2019, 939)

STS 6 noviembre 2019 (RJ 2019, 4534)

2. Sentencias de Tribunal Superior de Justicia.

TSJ Cataluña 14 abril 2016 (RJ 2016, 3647)

TSJ Cataluña 2 marzo 2017 (RJ 2017, 2354)

TSJ Cataluña 8 enero 2018 (RJ 2018, 1503)

TSJ Cataluña 14 enero 2019 (RJ 2019, 779)

3. Sentencias de Audiencias Provinciales.

SAP Málaga 8 junio 2001 (JUR 2001, 266002)

SAP Málaga 16 diciembre 2002 (JUR 2003, 64641)

SAP Valladolid 13 de enero de 2003 (JUR 2003, 54398)

SAP Málaga de 1 de julio de 2003 (JUR 2004, 7054)

SAP Granada 22 julio 2011 (JUR 2011, 352831)

SAP Barcelona 15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522)

SAP Málaga 30 marzo 2012 (JUR 2012, 164340)

SAP Tarragona 2 julio 2012 (JUR 2012, 290972)

SAP Barcelona 23 julio 2013, (JUR 2013, 334928)

SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676)

SAP Barcelona 22 abril 2014 (JUR 2014, 135884)

SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298)

SAP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016, 1121)

SAP Albacete de 14 de julio 2016 (JUR 2016, 200963)

SAP Tarragona 23 marzo 2017 (JUR 2017, 162838)

SAP Valencia 1 septiembre 2017 (AC 2018, 1285)

SAP Las Palmas 4 abril 2018 (JUR 2018, 203599)

SAP Salamanca 18 junio 2019 (AC 2019, 1335)

SAP Navarra 19 septiembre 2019 (AC 2019, 1614)

SAP Málaga 30 septiembre 2019 (JUR 2020, 64507)

SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264)

SAP Barcelona 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332)

ALIMENTOS A LOS HIJOS A CINCO AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

CHILD ALIMONY: CURRENT SITUATION AFTER FIVE YEARS OF ENFORCEMENT OF THE ARGENTINIAN CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 530-551

Mariel F.
MOLINA DE
JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 26 de julio de 2020

RESUMEN: Este artículo presenta los principales aspectos del régimen de los alimentos debidos por los padres a los hijos regulado en el Código Civil y Comercial argentino de 2015. Analiza el contenido y monto de la cuota y las categorías de beneficiarios. Entre ellos, los hijos mayores de edad que estudian, los hijos no reconocidos, y la mujer embarazada. Finalmente se exponen algunas tensiones que derivan de interpretaciones apresuradas del sistema de responsabilidad parental compartida, y, se explican las medidas que es posible adoptar para asegurar el cumplimiento oportuno de la obligación alimentaria.

PALABRAS CLAVE: Alimentos; hijos; responsabilidad parental compartida.

ABSTRACT: *This article presents the main aspects of the alimony regime that regulate the amount owed by parents to children according to the Argentinian Civil and Commercial Code of 2015. It analyzes the content and amount of the alimony as well as the categories of beneficiaries. Some of these categories are children of legal age who study, unrecognized children and pregnant women. Additionally, it exposes some tensions deriving from hasty interpretations of the shared parental responsibility system. Finally, it explains the measures to take in order to guarantee compliance with the legal obligations of alimony.*

KEY WORDS: *Alimony; children; shared parental responsibility.*

SUMARIO.- I. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ALIMENTARIO DE HIJOS E HIJAS.- II. CONTENIDO.- III. MONTO DE LA CUOTA.- 1. Necesidades de los hijos.- 2. Posibilidades del alimentante.- 3. Valor económico del cuidado de los hijos.- IV. CATEGORÍAS DE BENEFICIARIOS.- 1. Hijos menores de edad.- 2. Hijos no reconocidos.- 3. Mujer embarazada.- 4. Mayores de edad.- A) De los 18 a los 21 años.- B) De los 21 años hasta los 25 años.- V. OBLIGADOS ALIMENTARIOS.- 1. Correspondabilidad alimentaria de los padres y madres.- 2. Obligación alimentaria de los abuelos y abuelas.- VI. TENSIONES ENTRE COPARENTALIDAD Y CORRESPONSABILDIAD ALIMENTARIA.- VII. MEDIDAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO.- VIII. BREVE CIERRE.

I. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ALIMENTARIO DE LOS HIJOS E HIJAS.

La prestación alimentaria debida a los hijos e hijas integra el cuadro de las relaciones alimentarias que derivan de la vida familiar junto con las que nacen del parentesco, del matrimonio y de la unión convivencial. Por esta razón, algunos sistemas del derecho comparado organizan un capítulo específico que comprende los alimentos en general, con normas aplicables a todos los casos. En su lugar, el Código Civil y Comercial argentino vigente desde el año 2015, incorpora disposiciones relativas a los alimentos en los capítulos del derecho matrimonial, de las uniones convivenciales, la responsabilidad parental y el parentesco.

Para un estudio sistemático del derecho alimentario derivado de la responsabilidad parental conviene comenzar por explicitar los principios generales en que se sustenta:

1°) El derecho a los alimentos de los hijos e hijas es un derecho humano y tiene carácter prioritario. Su protección se vincula directamente con el derecho a la vida digna y a la salud[1], y obliga a respetar los estándares mínimos establecidos por la doctrina internacional de los derechos humanos[2].

1 La vinculación del derecho alimentario con el derecho a la salud ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia. En un caso en que la Asesora de Incapaces, en representación del colectivo de niños que concurren a las Escuelas Provinciales del Partido de General Pueyrredón bajo el programa de servicio alimentario, interpuso recurso en protección del derecho alimentario de los niños, atento la suspensión de cupos alimentarios dispuesta por el gobierno de la provincia, se falló ordenando a la Provincia de Buenos Aires –Ministerio de Desarrollo Social- que en forma inmediata se restituyan los cupos alimentarios existentes. en su sentencia del (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, 13/09/2014 A-5177-MP0 "Asesoría núm. 1 c. Fiscalía de Estado – Pcia. de Buenos Aires s. (art. 250 C.P.C.)".

2 Loyarte, D.: "Incolumnidad de los alimentos. Actualización. Tasa de interés sobre cuotas en mora", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 2014, núm. 66 p. 257.

• Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de las Familias Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. Correo electrónico: marielmolina@estudiojuan.com.ar

2°) La responsabilidad alimentaria recae sobre ambos padres, quienes tienen el deber de cuidar de sus hijos a hijas, convivir con ellos, prestarle alimentos y educarlos (art. 646 inc. a Cód. Civ. y Com.). Ese cuidado (como manifestación material del ejercicio de la responsabilidad parental) involucra los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana que, por regla, también son compartidas.

3°) La autonomía progresiva, que garantiza la participación activa de niños, niñas y adolescentes en las decisiones que los involucran. Así, por ejemplo, los hijos e hijas pueden demandar alimentos a los padres cuando ellos no los prestan o sus aportes son insuficientes.

4°) La perspectiva de género en la relación alimentaria, que reconoce las desigualdades estructurales y la vulnerabilidad en que se encuentran muchas mujeres que encabezan familias monoparentales.

5°) La tutela judicial efectiva del derecho alimentario, que persigue resultados oportunos y eficaces. De un lado, mediante mecanismos orientados a asegurar el cumplimiento de la cuota fijada. Del otro, flexibilizando la legitimación pasiva de los abuelos.

II. CONTENIDO.

Los rubros que componen la obligación alimentaria de los padres con relación a sus hijos expresan el contenido más amplio que ha previsto la ley argentina. En tanto derecho humano fundamental[3], asegurarles lo suficiente para su desarrollo y formación integral responde a la protección del interés superior de las personas menores de edad (art. 639 Cód. Civ. y Com.).

Aunque pueden pagarse mediante prestaciones monetarias o en especie[4], la regla es el pago en dinero, salvo que el obligado sea autorizado a solventarlos de otra manera. Para ello deberá justificar la concurrencia de motivos suficientes.

En la Argentina, la determinación de la cuota en una suma de dinero presenta el problema de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda como consecuencia de los frecuentes procesos inflacionarios. Para evitarlo es común fijar un porcentaje

3 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 25/10/17, "Asesora de Menores e incapaces de Godoy Cruz, en representación de los menores S., A. y B. P.M. en J. 2872/12-398/16", www.jus.mendoza.gov.ar (consulta 01/07/2020).

4 Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 13/12/16, "A., S. I. por los menores B., E. y B., A. vs. B., I. A. s. Alimentos provisorios", *Rubinzal Online*, cita: RC J 1701/17.

del salario del alimentante[5], aunque ello solo es posible si tiene trabajo en relación de dependencia[6].

III. MONTO DE LA CUOTA.

Determinar el *quantum* de la obligación alimentaria de los padres es siempre un tema complejo, cuyo estudio interesa a todos los operadores jurídicos; muy especialmente a los abogados y abogadas que asesoran y litigan en cuestiones relacionadas al derecho de las familias.

Para definir el importe de la cuota se analizan los extremos que deben ser acreditados a lo largo del proceso judicial. La casuística nacional se inclina por buscar un punto de equilibrio que pondere las necesidades de los hijos y el potencial económico del progenitor alimentante[7].

1. Las necesidades de los hijos.

Según el artículo 659 Cód. Civ. y Com., las necesidades de los hijos e hijas comprenden absolutamente todos los gastos de manutención (alimentos en sentido estricto), educación, esparcimiento, vestimenta, asistencia, gastos por enfermedad y los necesarios para adquirir una profesión u oficio. Conviene aclarar que los compartidos con el resto del grupo (por ejemplo, vivienda, impuestos, servicios), se computan solo en la parte proporcional que corresponde a los hijos[8].

Es criterio consolidado que las necesidades de las personas menores se presumen[9]. Dada su edad, es poco probable que puedan satisfacerlas por sus propios medios, por lo cual el reclamo procede toda vez que no les sean proporcionadas en forma voluntaria por quien tiene la obligación de hacerlo. Cuestión diferente es fijar la suma a pagar, para ello es imprescindible examinar los gastos que se pretenden cubrir.

La rigurosidad de esta exigencia se acentúa si los hijos son muy pequeños y se reclama una suma elevada[10], o cuando la petición supera los costos promedio

5 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, 07/03/17, "M. S. A. c. C. J. E. s/ alimentos" LA LEY 11/05/2017, 11, cita Online: AR/JUR/2398/2017, *Rubinzal Online*, cita: RC J 1494/17.

6 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, Mendoza, 17/05/18, "B. G. A. c. R. G. A. s/ Alimentos", *La Ley Online,* cita Online: AR/JUR/45211/2018.

7 Juzgado de Familia de Córdoba, Sexta Nominación, 31/08/18, "M. S. M. y otro s./ solicita homologación", MJ-JU-M-94791-AR|MJJ94791|MJJ94791.

8 Cámara de Apelaciones de Familia, 16/12/2019, "Compulsa de autos núm. 4143/16/7F "C. P. I c. R. R. G. por incidente", www.jus.mendoza.gov.ar (consulta 02/07/2020).

9 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No 92, 08/09/15, "S. Q., M. A. y otros c. R., F. J. s/ alimentos)", *ED Digital* (83281).

10 CNCiv. Sala I, 23/02/16, "B., M. C. y otro vs. M. N., F. s. Alimentos provisorios", *Rubinzal Online*, cita: RC J 3218/16.

o esperables para cada gasto[11]. Claro que si se trata del aumento de la cuota podrá ser suficiente invocar dos hechos notorios: los mayores gastos asociados al crecimiento de los hijos, y el aumento de costo de vida[12].

Las necesidades de los hijos siempre operan como límite máximo de la cuota fijada. De modo que, aunque se trate de un alimentante acaudalado, la suma a pagar no superará lo necesario para atender los requerimientos acreditados de los hijos, pues no se trata de hacerles participar en la fortuna del padre[13].

2. Posibilidades del alimentante.

El importe de la cuota que se fija en beneficio de los hijos se asocia a la condición y fortuna de los adultos que deben pagarla[14]. Sin perjuicio de ello, es jurisprudencia consolidada que el progenitor demandado está obligado a poner el empeño necesario para su cumplimiento íntegro y oportuno[15], sin que pueda liberarse invocando ingresos insuficientes, desempleo[16], o nacimiento de nuevos hijos[17].

Para acreditar las posibilidades del obligado al pago no se exige prueba directa, en tanto no se trata de una demostración exacta del patrimonio, sino de contar con un mínimo de elementos que permitan ponderar su capacidad económica[18]. En este aspecto rige plenamente la regla de la oficiosidad procesal (art. 709 Cód. Civ. y Com.), de modo que, de ser conveniente, el juez puede disponer prueba de oficio[19].

Además, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el art. 710 Cód. Civ. y Com., según el cual la carga de la prueba recae sobre quien está en mejores condiciones de probar[20] (situación económica, trabajo que desarrolla, ingresos, condiciones

11 Juzgado Nacional Civil núm. 82, 06/09/18, "G.S., M. Y OT. c/K., M. E. A. s/Alimentos", http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm (consulta 03/04/2020).

12 Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 27/03/19, "Compulsa en autos 7601/17 "G.A. L. C/ R. L. M. P/ Inc. aumento cuota alimentaria y forma de pago", www.jus.mendoza.gov.ar (consulta 03/07/2020).

13 CNCiv. Sala F, 10/09/15. "M., M. V. c/B., P. A. s/Aumento de cuota alimentaria", http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm (consulta 03/07/2020).

14 CCC Sala 1, Lomas de Zamora, Buenos Aires, 28.06.18, "C. A. A. C/ M. S. S. S/Alimentos", *Rubinzal Online*, 29962/2016, RC J 7925/18.

15 CNCiv. Sala D, 08/09/17, "M. C. M. y otros c/D. D. A.|alimentos", MJ-JU-M-107567-AR|MJJ107567.

16 Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala 1, Gualeguaychú (Entre Ríos), 25/05/18 "P. O. C. M. vs. R. M. R. S", *Rubinzal Online*, 6017/F RC J 5204/18.

17 Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza,13/10/15, "B. M B c/ L R C p/incidente aumento cuota alimentaria", www.jus.mendoza.gov.ar (consulta 04/08/2019).

18 CNCiv. Sala E, 08/03/19, "S. M. Y OTROS c/P., J. L. s/alimentos", http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm (consulta 03/07/2020).

19 Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala III, Corrientes, 13/06/18, "L., G. N. vs. D. L. R. L. V. s. Incidente de aumento de cuota alimentaria", *Rubinzal Online*, RC J 5521/18.

20 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, 17/05/18, "B. G. A. c. R. G. A. s/ Alimentos La Ley Online" Cita Online: AR/JUR/45211/2018. Cámara de Apelaciones

de vida, etc.). Si no lo hace, debe asumir las consecuencias perjudiciales de su omisión[21].

3. El valor económico del cuidado de los hijos.

Las tareas cotidianas que realiza quien asume la custodia de los hijos e hijas tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención (art. 660 Cód. Civ. y Com.).

Esta afirmación reconoce una realidad incuestionable: dar cumplimiento a las funciones de atención, supervisión, desarrollo y dirección de la vida cotidiana de los niños y niñas, implica un esfuerzo físico y mental que insume un tiempo real que se resta al que se puede dedicar a obtener recursos propios; en consecuencia, se traduce en un valor económico. Representa un avance concreto hacia la no discriminación por razones de género[22], que viene siendo refrendada en forma sostenida por los tribunales como una importante innovación legal[23].

Este valor atribuido a las tareas en el hogar es una forma de prestación en especie, de modo que, para la estimación de la cuota, el juzgador debe efectuar una ponderación justa y equilibrada de los ingresos de ambos progenitores y de las necesidades de los hijos[24].

IV.CATEGORÍAS DE BENEFICIARIOS.

Se distinguen las siguientes categorías de alimentos debidos a los hijos según sean: 1º) niños, niñas y adolescentes menores de edad, 2º) mayores de edad entre 18 a 21 años, 3º) mayores de edad hasta los 25 años que se capacitan[25], 4º) hijos no reconocidos. Dentro de los beneficiarios corresponde incluir, además, los alimentos debidos a la mujer embarazada.

de Familia de Mendoza, 18/03/19, "E. V. E. p. S.H.M. C/C.I.C. D. P./Inc. aumento de cuota alim". www.jus.mendoza.gov.ar (consulta 01/07/2020).

21 Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala I, Gualeguaychú, Entre Ríos, 29/12/17, "A. L. A. vs. S. G. J. s. Alimentos", *Rubinzal Online,* RC J 2378/18; Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 28/09/16, "C. A. V. P/su hijo menor C/D. G. B. P/Alimentos", www.jus.mendoza.gov.ar (consulta 01/07/2020).

22 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/06/17, "D., M. c. G., P. J. s/alimentos", cita online: AR/JUR/35303/2017.

23 Juzgado de Familia núm. 2 Corrientes, 05/08/15, "S., G. A. en nombre y representación de sus hijos menores c. M., F. R. s/alimentos", *elDial* AA9270 publicado el 23/10/2015; CNCiv. Sala J, 22/09/15, "D., A. c/D C., F. N. s/Aumento de cuota alimentaria, Juzgado núm. 81", www.infojus.gov.ar (consulta 04/03/2018), CCC Sala I, Lomas de Zamora, Buenos Aires, 28/06/18, "C., A. A. vs. M., S. S. s. Alimentos", *Rubinzal Online*, 29962/2016 RC J 7925/18, CNCiv. Sala H, 30.12.16, "C., D. D. P c. F., P. E. s/Aumento de cuota alimentaria," CNCiv. Sala M, 09/06/17, "A., K. J. y otros c/ G., R. G. s/alimentos", *elDial.com* - AAA076.

24 Yuba, G.: "Cuantificación de la prestación alimentaria. Valoración judicial", *LL Litoral*, 2013.

25 Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N. (dir.): *Tratado de derecho de familia*, t. V-B, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

1. Hijos menores de edad.

Los alimentos en favor de los niños, niñas y adolescentes pueden ser reclamados por el progenitor que convive con ellos (quien actúa en su representación, conf. arts. 26 y 677 Cód.Civ. y Com.), cualquier pariente que los tengan bajo su cuidado, o el Ministerio Público, siempre que exista inacción de los representantes (conf. art. 103 Cód. Civ. y Com).

En virtud de la autonomía progresiva, también pueden demandarlos el propio hijo o hija con grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Una interpretación sistémica de las normas vinculadas con la posibilidad de participación autónoma y designación de abogado de la persona menor de edad indica que la madurez exigida para demandar se presume si el hijo es adolescente, o sea, a partir de los 13 años. En efecto, el artículo 26 del Cód. Civ. y Com. explicita que, en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, el hijo menor de edad puede intervenir con asistencia letrada[26]. Y conforme el art. 677 Cód. Civ. y Com. esa autonomía y madurez se presume (con carácter *iuris tantum)* en el adolescente.

2. Hijos no reconocidos.

Como regla, el derecho alimentario se origina junto al emplazamiento filial, sea matrimonial o extramatrimonial (por reconocimiento voluntario o por sentencia en juicio de reclamación de filiación)[27]. Sin embargo, el hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a que el presunto padre le provea alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado.

Se trata de un supuesto de tutela urgente anticipatoria de naturaleza cautelar, que protege a quien aún no ha sido emplazado en el estado de hijo del demandado. Con ello se ofrece una solución oportuna a la necesidad alimentaria, que puede ejercerse aún antes de iniciar el juicio de filiación[28].

Se fijan con un conocimiento apenas superficial del marco fáctico, y dado que aún no se han reunido la totalidad de los elementos probatorios, deberá fundarse en lo que prima facie surja de lo aportado para atender necesidades que no admiten demora[29].

26 Ampliar en Herrera, M.: "Comentario artículo 661 Cód. Civ. y Com.", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. R. Lorenzetti), t. IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 486.

27 Tribunal de Familia de Formosa, 16/03/16, "A., M. M. c. V., L. C. s/alimentos, cita Online: AR/JUR/40368/2016.

28 Bonzano, M.: "Filiación. Alimentos provisorios", en AA.VV.: *Manual de Derecho de las familias* (N. Lloveras), t. II., 2ª ed. actualizada y ampliada con jurisprudencia, Mediterránea, Córdoba, 2018, pp. 254-255.

29 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, Entre Ríos, 11/05/17 "M. P. G.A c/V. M. N. s/ alimentos", *elDial.com* - AAA07A

En caso de que la demanda se promueva antes que el juicio de filiación, en la resolución que los determina el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida (art. 664 Cód. Civ. y Com).

3. Mujer embarazada.

Con fundamento en la protección de las personas más vulnerables se autoriza a la mujer que cursa un embarazo a reclamar alimentos provisorios al progenitor "presunto". La legitimación activa recae sobre la mujer embarazada, que peticiona el sostén alimentario para llevar adelante su embarazo, aunque sea lógico que el aporte beneficie indirectamente al niño o niña por nacer.

La cuota está orientada a cubrir sus necesidades básicas en un momento en que se encuentra especialmente vulnerable por estar transcurriendo un embarazo. Comprende su alimentación, alojamiento, vestimenta, cobertura de gastos médicos e, incluso, el parto. Es posible que el monto sea menor en comparación al que le corresponde una vez nacido al hijo y producido su emplazamiento filial[30].

Dado que se trata de alimentos provisorios, se instrumentan mediante un proceso de naturaleza urgente y cautelar; por eso se debe acreditar en forma verosímil el embarazo y la fecha probable de parto, así como la filiación alegada; si el hijo es extramatrimonial, se deberá probar la convivencia durante el período de la concepción, el haber mantenido relaciones íntimas o diferentes actos que muestren una determinada posesión de estado (por ejemplo, que el demandado la haya acompañado al médico, haya estado presente en ecografías, etc.). No queda supeditado a la acreditación del nexo biológico con el demandado. También deben arrimarse pruebas relativas a los rubros reclamados y el alcance de las necesidades de la mujer embarazada.

4. Mayores de edad.

A) De los 18 a los 21 años.

En la Argentina, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Sin embargo, la naturaleza prioritaria del interés en juego justifica que se extienda la garantía alimentaria hasta los 21 años, salvo que el obligado acredite que el hijo cuenta con recursos suficientes que le permiten cubrir sus gastos.

La naturaleza de esta obligación dio lugar a intensos debates, en tanto los beneficiarios son personas mayores de edad que ya no se encuentran sujetos a la responsabilidad parental. Algunos la encuadraron como un efecto del parentesco

30 Herrera, M.: *Manual de derecho de las familias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 660.

con un contenido ampliado. Otros la calificaron como un nuevo tipo de alimentos, y finalmente están los que la asimilaron a la derivada de la responsabilidad parental que, con notas propias[31], provoca una prórroga automática del derecho del hijo hasta los 21 años.

Los alimentos para el hijo mayor pueden ser reclamados por el progenitor que convive con el hijo, quien puede iniciar el juicio para obtener la contribución del otro, o continuar el proceso promovido durante la minoridad con el fin de que el juez determine la cuota (art. 662 Cod. Civ. y Com.)[32]. Adviértase que, en este último caso, el progenitor conviviente continúa el juicio por derecho propio[33] y no en representación legal de su hijo –aunque el beneficiario final sea el joven- desde que la responsabilidad parental cesó, de pleno derecho al cumplir 18 años. Además, tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas, atribución que incluye la facultad de ejecutar la sentencia y percibir las sumas atrasadas[34]. De esta manera se evita el frecuente problema que se genera cuando los hijos no quieren litigar en contra del progenitor no conviviente, recayendo todo el peso de la responsabilidad económica sobre aquel con quien conviven.

Atento la edad del alimentado, quien ya tiene plena capacidad jurídica, puede percibir directamente una porción de la cuota. En razón a ello, generalmente se lo cita a comparecer al proceso[35]. Esa suma será administrada por él y está destinada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes[36].

Además, el hijo mayor se encuentra legitimado para reclamar o ejecutar los alimentos por sí mismo (art. 25 Cód. Civ. y Com). Sea que conviva con un progenitor o que viva solo, es el titular del derecho alimentario y, siendo plenamente capaz, tiene legitimación activa en el proceso. Este reclamo puede interponerse en contra de ambos progenitores, o del progenitor no conviviente.

31 Para ampliar Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. (dir.): *Alimentos*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 135 y ss.; Fortuna, M.: "Derecho alimentario del hijo mayor de edad. Cuestiones sustanciales y formales respecto del contenido de la obligación en el Código Civil y Comercial", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, núm. 69, 2015, pp. 109-123.

32 Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 13/12/16, "A., S. I. por los menores B., E. y B., A. vs. B., I. A. s. Alimentos provisorios", *Rubinzal Online*, cita: RC J 1701/17.

33 Guahnon, S.: "Juicio de alimentos en el Código Civil y Comercial", LA LEY 25/03/2015, 1, cita Online: AR/DOC/757/2015.

34 Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 12/10/17, "S. R. M. R p/ Ejec. de sent.", www.jus.mendoza.gov.ar (consulta 03/07/2020).

35 CNCiv. Sala D, 17.10.17, "D., I. M. y otros c/ B., L., D. s/Aumento de cuota alimentaria (expte. núm. 45.372/2015 – J. núm. 38)", http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm (consulta 01/05/2020).

36 CNCiv. Sala H, 28/08/18, "C.M.B. c/ P.B.J.C s/Ejecución de alimentos-incidente" http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm (consulta 01/05/2020).

B) De los 21 años hasta los 25 años.

La regla es que la obligación alimentaria "extendida" de los padres cesa a los 21 años; sin embargo, no puede ignorarse que en numerosas oportunidades coincide con la época en que el hijo se encuentra cursando sus estudios terciarios o universitarios, que implican gastos, y una dedicación horaria que limita considerablemente las posibilidades de obtener y desempeñar un trabajo rentado en forma paralela a los estudios.

El art. 663 Cód. Civ. y Com. ofrece una doble protección. Por un lado, al hijo para que pueda continuar o concluir sus estudios; por otro, al progenitor que convive con él, a quien se le asegura la posibilidad de compartir los gastos con el otro[37].

Más allá de la ubicación metodológica dentro del Título VII, el fundamento de este derecho no radica en la responsabilidad parental ya extinguida, sino más bien en el deber de solidaridad propio de las relaciones derivadas del parentesco (también existente entre padres e hijos)[38], aunque su extensión y alcance reconozcan notas propias.

Como resulta lógico, también se encuentra legitimado para el reclamo, el hijo que estudia. Sea que conviva con el otro progenitor o no (art. 25 Cód. Civ. y Com.) puede demandar a ambos padres o a uno solo, supuesto en que el accionado podría exigir la contribución del otro coobligado (art. 546 Cód. Civ. y Com.)[39].

La finalidad es proveer a la capacitación laboral (como uno de los fines últimos de la función de los progenitores). Por ello, corresponde al hijo acreditar el supuesto de hecho previsto por la norma[40], es decir, que el cursado de sus estudios o preparación le impiden acceder a los medios necesarios para su subsistencia independiente. Puede tratarse de cualquier tipo de estudios, no solo los universitarios[41]. En consecuencia, no es suficiente la mera prueba de estar inscripto en la matrícula; debe acreditar que el régimen de esos estudios, por ejemplo, el cursado o el cumplimiento de otras obligaciones curriculares, le

37 Vero, G.: "Mayoría de edad y responsabilidad alimentaria", *Revista de Derecho de Familia,* Abeledo Perrot, 2015-IV, pp.163/ 177.

38 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala III, 23/03/2018, "Incidente de alimentos provisorios en autos: O., G. N. c. O., F. A. y B., P. R s/impugnación de paternidad y filiación", RCCyC, 2018 (julio), 13/07/2018, 162, Cita Online: AR/JUR/13938/2018.

39 Juzgado de Familia N 1 San isidro, 30/11/15, "A. C. M. S. c/ A. F. R. s/Incidente De Alimentos", *elDial.com* - AA937C pub. el 17/12/2015.

40 CNCiv. Sala J, 08/10/15, "S., J. y otro c. S., A. G. s/aumento de cuota alimentaria", http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm (consulta 01/05/2020).

41 Belluscio, C.: "Alimentos debidos a los hijos menores y mayores de edad", *elDial.com* - DC204C, publicado el 26/11/2015.

impiden realizar una actividad rentada que le permita sostenerse[42]. Se aplica el principio de las cargas probatorias dinámicas vigente en todos los procesos de familia[43]. Además, a fin de evitar el ejercicio disfuncional del derecho, el actor también tendrá que demostrar las necesidades que requiere cubrir y su monto.

La obligación cesa si se acredita judicialmente la ausencia de presupuestos, o de pleno derecho, a los 25 años[44].

En cuanto al contenido y extensión de la prestación, se observan diferentes posturas. Por un lado, se sostiene que la obligación subsiste, con la misma extensión que la de los hijos menores de 21 años. La diferencia entre una y otra estaría dada por la falta de presunción de la necesidad y la exigencia de probar los extremos que tornan admisible la pretensión, más allá de que habrá que ponderar la edad del beneficiario y la mayor o menor entidad de lo que le impide proveerse los recursos por sí mismo[45]. Por otro lado se afirma que solo incluye lo estrictamente necesario para permitir que el hijo continúe sus estudios o preparación profesional[46], de modo que su contenido y extensión sería más limitada que la asegurada hasta los 21 años.

No está previsto el caso del hijo mayor con discapacidad, por lo que corresponde aplicar las reglas de los alimentos entre parientes. En principio, quien debe reclamar es el propio hijo[47] (salvo que se trate de una persona con capacidad restringida o incapaz, supuesto en que deberá canalizarlo su representante legal).

V. OBLIGADOS ALIMENTARIOS.

1. Corresponsabilidad alimentaria de los padres y madres.

La responsabilidad alimentaria recae sobre ambos padres, convivan o no. Si conviven, esta obligación se refuerza por lo dispuesto en los arts. 455 y 520 Cód, Civ. y Com. (ambos cónyuges o convivientes deben aportar al sostenimiento del hogar y los hijos en proporción a sus recursos). Si no conviven, la distribución de

42 CNCiv. Sala H, 22/08/18, "F, D L y otro c/B, C E s/alimentos, http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm

43 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 16/02/18, "Incidente de cesación de cuota alimentaria E. DE N., C. E. c. M. A. N. s/ alimentos y litis expensas", LA LEY 16/05/2018, 16/05/2018, 11 *LLLitoral* 2018 (junio), 18/06/2018, 12, Cita Online: AR/JUR/3217/2018.

44 Tribunal de Familia Sala 1, San Salvador de Jujuy, 24.06.16, "C., E. F. vs. C., G. I. s. Cesación de cuota alimentaria", *Rubinzal Online*, Cita: RC J 4081/1.

45 Guahnon, S.: "Juicio de alimentos", cit.

46 Molina de Juan, M.: "Claves para entender las principales reformas del derecho alimentario de los hijos en el Código Civil y Comercial Argentino", *Revista de Derecho de Familia*, Legal Publishing-Thomson Reuters, Chile, vol. I, 2015, núm. 5; La Ley, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, 2015 pp. 147-167.

47 CCiv y Com Bariloche, 23/12/14, "M. A M. v L. L. G.", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 2015-IV, p.157.

cargas puede pactarse en el plan de parentalidad homologado (art. 655 Cód. Civ. y Com.), o resolverlo el juez en la sentencia. Es decir, sea cual sea la modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental o de cuidado personal de los hijos, prima la regla de co-responsabilidad alimentaria.

Con ello se trata de que ambos participen en la medida de sus posibilidades[48] sin que ello signifique que los hijos sean "socios" de la fortuna del alimentante[49]. Dado que rige plenamente el principio de igualdad[50], la cuota puede ser impuesta tanto al padre como a la madre[51], no siendo óbice para su fijación que la progenitora tenga mayores ingresos, si ella es quien asume las necesidades de los hijos[52].

2. Obligación alimentaria de los abuelos y abuelas.

La relación alimentaria entre abuelos y nietos reconoce como fundamento la solidaridad familiar, la protección de la infancia y el rol trascendente que muchos abuelos desempeñan en las familias contemporáneas. Esta peculiar situación impide reducir su abordaje a la condición de meros parientes, con lo que el carácter prioritario de los derechos alimentarios de niños y adolescentes puede desdibujarse[53].

Según el artículo 668 del Cód. Civ. y Com. "Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado". De modo que se introduce la posibilidad de reclamarles alimentos en el mismo proceso que al progenitor, sin suprimir la subsidiariedad de fondo, pues, no se pierde de vista que los primeros obligados siguen siendo los padres. En definitiva, la flexibilidad de formas y procedimientos no contradice la subsidiariedad sustancial. Esto es razonable, porque los adultos mayores también integran un grupo vulnerable de la sociedad que goza de protección constitucional (art. 75 inc. 23 CN)"[54].

48 Cámara de Apelaciones Trelew, Sala A, 05/02/18, "G., M. H. vs. T., D. T. s. Cuidado personal y alimentos", *Rubinzal Online*, Cita: RC J 2095/18.

49 CNCiv. Sala D, 17/10/17, "D., I. M. y otros c/ B., L., D. s/ Aumento de cuota alimentaria" (expte. núm. 45.372/2015 – J. Núm. 38), http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm

50 Suprema Corte de Buenos Aires, 04/08/18, "C. 121.747, "P., F. I. contra G., M. E. Alimentos", https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20180817082528949 (Consulta 01/07/2020).

51 CNCiv. Sala F, 21/08/16, "C. M. A. y otros c/R. L. N. y otro|alimentos", MJ-JU-M-113992-AR| MJJ113992.

52 CCCLM, General Roca, Río Negro; 02/05/o18, "G. P., A. E. vs. M., G. A. s. Alimentos", *Rubinzal Online*, 10966-JF-16 RC J 5529/18.

53 Juzgado de Familia num. 1 Tigre, 29/05/18, "TG-218-2015, O. F. I. C/ E. G. J. Y P. H. S. s/Alimentos", *ElDial. express* 15 de junio de 2018 –Año XX– núm. 4995, elDial.com-AAA954.

54 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala I, Concordia, Entre Ríos, 09/09/15, "C., G. P. c/L. de C., A. M. s/ Alimentos", *elDial.com* - AA926B, publicado el 02/12/2015.

El reclamo puede realizarse en el mismo proceso que al progenitor o en otro diferente. Ello es coherente con los mandatos constitucionales convencionales que obligan a no dilatar la provisión del sustento para las personas menores de edad[55]. Con ello, el principal obligado debe haber sido demandado antes o conjuntamente, por lo que no procedería demandar a los abuelos con prescindencia total del progenitor. Se trata de un supuesto de concurrencia (más que solidaridad) porque ambos obligados responden por diferente causa[56]. Se debe acreditar verosímilmente las dificultades para percibir los alimentos del primer obligado (el padre)[57], o que este no cumple la sentencia que fijó la cuota[58].

Si se plantea en un proceso posterior a aquel en que el progenitor ha sido condenado[59], se exige la prueba del incumplimiento oportuno o del eventual riesgo futuro. Así se ha decidido en caso de un progenitor incumplidor, inhibido e inscripto en el registro de deudores morosos[60]. Si se reclama en el mismo proceso que al progenitor[61], será suficiente arrimar prueba de las dificultades para localizarlo o bien de la falta de trabajo o la insuficiencia de recursos del principal demandado. En todo caso, la obligación de los ascendientes no depende del grado de interés que demuestre el principal obligado para cumplir, sino más bien de las dificultades que tiene el alimentado para percibir la cuota que le corresponde.

Conviene tener presente que, para demandar el aumento de la cuota, los abuelos tienen que haber sido condenados al pago originario; la flexibilidad procesal no deja fuera de resguardando el ejercicio del derecho de defensa de los ascendientes desde el inicio del proceso tendiente a la fijación de la cuota[62].

La legitimación pasiva recae sobre los ascendientes sin distinción (maternos o paternos), aunque la jurisprudencia ha rechazado la pretensión de los abuelos paternos demandados por la progenitora, quienes intentaron involucrar como

55 Entre otros, ver Jáuregui, R.: "G Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, 28/08/12, V. F. c. V. O. F. y otros s/ alimentos y litis expensas", *LLLitoral* 2013 (mayo), 377.

56 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de Río Cuarto, 06/10/16, "V.A. L. en representación de su hijo menor L. V. V. c/ M. P. E. y otros|acciones de filiación – contencioso", MJ-JU-M-99340-AR|MJJ99340, *Rubinzal Online*, Cita: RC J 4448/16.

57 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, 15/12/17 "G., V. C. en representación de su hija c. G., G. s/ alimentos (litis expensas)". LLGran Cuyo 2018 (junio), 11, Cita Online: AR/JUR/91819/2017.

58 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Rafaela, Santa Fe; 12/06/18; "C., A. y otro vs. S., J. J. s. Alimentos y litis expensas", *Rubinzal Online*, 118/2017 RC J 5693/18.

59 CNCiv. Sala F 26/12/17, "R., D. A. y otro c. Q., M. R. s/alimentos", *Novedades de Información Legal*, Thomson Reuters La Ley 16/4/2018, Cita Online: AR/JUR/95915/2017.

60 CNCiv. Civil Sala J, 28/12/18, "Expte.20.518/2016, F, R c/M, J y ot. s/Alimentos, Juzgado núm. 82",http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm

61 Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala II, Lomas de Zamora, Buenos Aires, 24/04/17, "A., M. vs. A., R. E. s. Incidente de alimentos", *Rubinzal Online*, Cita: RC J 3082/17

62 Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 27/08/18 "B. E. N. c. L. N. A. Y G. R. D. s/Inc. www.jus.mendoza.gov.ar (consulta 01/07/2020).

terceros obligados a los abuelos maternos (en los términos del art. 546 Cód. Civ. y Com.). Presumió que estos abuelos maternos ya colaboran con su nieta[63].

VI. TENSIONES ENTRE COPARENTALIDAD Y CORRESPONSABILIDAD ALIMENTARIA.

La determinación de las responsabilidades alimentarias de los padres alude a uno de esos tópicos sobre los cuales se suelen esperar soluciones aritméticas que indiquen qué fórmula aplicar o qué porcentaje reclamar. Juega en torno de ella ciertas tensiones surgidas de interpretaciones imprecisas o apresuradas del diseño jurídico argentino que perfila el ejercicio de este derecho fundamental

1º) Primera confusión conceptual: dado que ambos padres tienen obligación alimentaria, la cuota se debe fijar en el 50% de los gastos de los hijos.

La aplicación literal de esta fórmula puede conducir a un resultado indeseado, agravando las cargas de la progenitora y aliviando las del progenitor. Por ello, aunque en abstracto no sería del todo incorrecta, su empleo exige precisiones y cautela.

Si bien su base se sitúa en el principio de corresponsabilidad alimentaria sentado por el art. 658 Cód. Civ. y Com., la correspondencia numérica o matemática no siempre es tal[64], si desconoce la perspectiva de género con que el tema debe ser examinado por el intérprete jurídico[65]. Ello por dos razones. La primera, por el valor económico que se reconoce a las tareas de custodia[66]. La segunda, porque la obligación alimentaria está condicionada por la fortuna de los padres, y con ello se debe valor la similitud o diferencia de sus ingresos y condiciones de vida. Aunque no es posible profundizar aquí sobre la incidencia de la brecha salarial entre unos y otras, ni las razones por las cuales tantas mujeres transitan por trabajos mal pagos, a tiempo parcial, o tienen trayectorias laborales intermitentes[67], (temas que requieren de un abordaje mucho más profundo y transversal), sí queda claro su impacto a la hora de decidir cómo distribuir las cargas alimentarias de los hijos.

63 Cámara de Apelaciones de Neuquén, 18/04/17 "P, S. C/ T. R A y otros S/Inc. de elevación" (INC. 1266/2016), inédito.

64 Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 03/.08/.2016, "B.E c/ C,D, s/alimentos", www.jus.mendoza.gov.ar

65 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/06/17, "D., M. c. G., P. J. s/ alimentos", Cita online: AR/JUR/35303/2017.

66 Massano, M.: "El derecho alimentario frente al cuidado personal compartido", *DFyP*, 2019 (mayo), 10/05/2019, 37, AR/DOC/854/2019.

67 Ampliar en Zaicoscky, D.: "Cambio social y de género y la regulación de las familias. Apuntes para pensar la compensación económica en el Código Civil y Comercial", *RCCyC*, 2017 (marzo), 03/03/2017, 70.

2°) Segunda confusión conceptual: Si el cuidado del hijo es compartido, no hay cuota alimentaria.

El artículo 666 Cód. Civ. y Com. pone de relevancia la necesidad de repensar el sistema de responsabilidad alimentaria a la luz de cuidado compartido, en tanto prevé, sin distinguir entre ambas modalidades de cuidado (indistinto o alternado) que, si los recursos de ambos progenitores son equivalentes, no procedería fijar cuota. Cada uno se hace cargo de la manutención del hijo cuando permanece bajo su custodia, y los gastos comunes se asumen por mitades. En cambio, si no son equivalentes, el de mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares.

Para despejar interpretaciones antojadizas, es preciso recordar que, en el régimen legal argentino, el cuidado del hijo puede ser unilateral o compartido (art. 649 CCyC); si es compartido puede ser alternado o indistinto (art. 650 CCyC). La regla es el compartido indistinto, en el cual se distribuyen en forma equitativa las labores de cuidado (art. 651 CCyC), y las excepciones, el alternado o el unilateral. Más allá de las disquisiciones que se han planteado respecto del acierto o el error de la terminología empleada,[68] la principal línea demarcatoria que podría trazarse entre ambas modalidades de cuidado compartido se ubica en la existencia o no de una residencia principal del hijo.

La principal polémica se suscita en los casos en que las cargas que insume el cuidado del hijo no se distribuyen en forma igualitaria, situación que no estaría contemplada en la norma, probablemente porque el cuidado compartido indistinto presume la asignación equitativa de las labores parentales. Sin embargo, ello no es óbice para que, en ciertos casos, los tiempos de dedicación, los gastos o requerimientos para cumplirlas, sean diferentes. Más aún, aunque el cómputo de días u horas sea semejante, su distribución puede representar un mayor esfuerzo para uno de ellos (si el tiempo asignado al cuidado coincide con la jornada laboral, si el hijo pernocta con uno, pero durante el día lo cuida el otro, o si está con el padre solo los fines de semana, por ejemplo, de viernes a la tarde a lunes a la mañana).

Para aclarar una posible confusión derivada de una interpretación literal[69], hay que efectuar un análisis contextual, sistémico y finalista (art. 2 del Cod. Civ. y Com.). Como primera medida debe enfocarse con visión de género. La norma busca no ahogar a la mujer que generalmente gana menos que el hombre, y

68 Mizrahi, M.: "Código Civil y Comercial: Empleo de terminología confusa en el cuidado personal de los hijos", *DFyP*, 2017 (mayo), 3, cita Online: AR/DOC/983/2017.

69 Ver, por ejemplo, Leonardi, J.M.: "El tiempo de la residencia del menor con los progenitores y los alimentos en supuestos de cuidado personal compartido, disponible en www.saij.gob.ar (fecha de consulta, 15/01/2020).

asegurarle que, aunque se distribuya equitativamente el tiempo de cuidado, podrá reclamar contribución para el sostenimiento del hijo[70]. También busca desalentar al padre para que no intente liberarse de la cuota manipulando tiempos de cuidado del hijo (vgr. mediante los consabidos cálculos aritméticos)[71].

De modo que, más allá del nombre asignado a la modalidad de cuidado en el acuerdo de parentalidad o en la sentencia, si las responsabilidades asumidas por uno le insumen más dedicación o mayores gastos, la cuota sería procedente (aun cuando los recursos sean equivalentes), siempre que sea necesaria para asegurar el mismo nivel de vida en ambos hogares[72].

3º) Tercera confusión conceptual: el monto de la cuota debe garantizar "el nivel de vida que los hijos tenían durante la convivencia".

Esta idea, bastante arraigada en la ciudadanía argentina, carece de sustento normativo concreto. En verdad, la única pauta legal relativa al nivel de vida es la que surge del art. 666 Cód. Civ. y Com. recién explicado.

Esta interpretación, que corre el riesgo de transformarse en un peligroso pseudo argumento[73], se encuentra con, al menos, dos dificultades. La primera, obvia: es inaplicable cuando no ha existido convivencia previa de los progenitores; la segunda, realista: aunque loable, el objetivo está alejado de las posibilidades de muchas familias argentinas. Es que a nadie escapa que la separación de la pareja parental compromete la economía de todo el grupo; de ordinario los mismos ingresos (de uno o de ambos) deben sufragar mayores gastos; basta pensar que habrá dos viviendas que sostener y una doble carga impositiva y de servicios. Inclusive, es factible que por falta de dinero alguno o ambos se vean imposibilitados de mantener la autonomía habitacional y deban regresar al hogar de sus padres, conviviendo bajo el mismo techo al menos tres generaciones.

Entonces, ¿qué es lo que debe garantizar la cuota alimentaria? La respuesta no es otra que las necesidades de los hijos, dentro del marco de posibilidades reales de los progenitores, quienes deben esforzarse al máximo para satisfacerlas. Por eso, para determinar su cuantía, habrá que concentrarse en los parámetros legales, que funcionan como piso y techo. De modo que, aunque las necesidades del hijo

70 Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N. (dir.): *Tratado*, cit., p. 444.

71 Sobre esta discusión compulsar Massano, M. A.: "El derecho alimentario", cit.

72 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 13/02/2019, J., R. A. c. L., J. M. s/alimentos, *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 2019-V, p. 178, con nota de Sidotti de Cousandier, M. E.: "Pautas para establecer la cuota alimentaria a favor de los hijos menores de edad. Régimen de comunicación compartido en la modalidad indistinta", AR/DOC/2655/2019, *LLLitoral* 2019 (octubre), 22/10/2019, 7, cita Online: AR/JUR/321/2019.

73 Parece sostener una posición contraria y admitir el empleo de esta pauta, al explicar el alcance del art. 666 Cód. Civ. y Com., Imas, V.: "El mismo nivel de vida en ambos hogares: un desafío en materia de alimentos", *DFyP*, 2018 (noviembre), 09/11/2018, 59 AR/DOC/915/2018.

se presuman, pues dada su edad difícilmente pueda satisfacerlas por sus propios medios, el monto se define con base en la prueba de los rubros a cubrir y de la entidad de sus gastos, sobre todo cuando superan el promedio esperable. Por ejemplo, si concurre a un colegio privado, practica deportes, o tiene requerimientos específicos de su salud. Aunque algunos datos pueden funcionar como indicios (edad del hijo o hija, costo de vida, estándar del grupo), los gastos que se asocian a ellos también deben ser probados. En cuanto a las posibilidades del alimentante (condición y fortuna según los términos de la ley argentina), aunque sean elevadas, he anticipado que no justifican una suma superior a la que resulta de la prueba de las necesidades. De allí que no sea suficiente enfocarse en los altos ingresos del demandado, si no se despliega actividad procesal tendiente a acreditar a qué se destinará la suma pretendida.

Una polémica de bastante difícil solución se genera en torno de quién debe tomar la decisión respecto de la cuantía de cada gasto, cuando ambos padres no se ponen de acuerdo. Ello en tanto no es lo mismo si la escuela es pública o privada, y en ese caso, las diferencias según el tipo de propuesta educativa suelen ser abismales (simple o doble escolaridad, religiosa, bilingüe). Tampoco resulta indiferente si el hijo o hija practica o no deportes, si concurre a un club, si toma clases de danza, aprende un instrumento musical, o si posee cobertura de salud prepaga, etc. Entonces, la respuesta al interrogante ¿quién decide? involucra mucho más que una simple discusión teórica. Una u otra opción condiciona, en definitiva, la suma a fijarse.

Para resolverlo pueden examinarse alguna reglas derivadas de la interpretación sistémica, en tanto: 1°) la corresponsabilidad parental presupone que ambos acuerden las cuestiones relevantes de la vida de los hijos, caso contrario, habrán de recurrir a la intervención judicial, 2°) cuando corresponda adoptar decisiones en forma unilateral (ejercicio unilateral o cuestiones relativas a la cotidianeidad en casos de cuidado unilateral) la admisión del gasto debería depender de su naturaleza y de la proporcionalidad con la condición y fortuna de ambos, en otras palabras, de su razonabilidad, 3°) en la medida de lo posible, se busca el mantenimiento del estatus quo del hijo, especialmente en relación con sus círculos relacionales y de afecto. Con ello se pretende evitar que, aún en casos con recursos suficientes, se promuevan de una forma caprichosa o infundada cambios de colegio o u otras actividades complementarias, deportivas o recreativas. Solo de esta perspectiva y dentro de los límites que aquí se señalan, podría aplicarse la afirmación relativa a "mantener el nivel de vida" de los hijos.

VII. MEDIDAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO.

El Código Civil y Comercial estructura un plexo normativo orientado a garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria. Se encuentra contemplado entre

los artículos 550 y 553 Cód. Civ. y Com., y comprende diferentes herramientas para prevenir y erradicar la conducta incumplidora (que ha sido calificada como violencia económica[74]) y obtener la tutela judicial oportuna del crédito alimentario.

Por un lado, se autoriza a disponer medidas cautelares típicas como el embargo. Buscan asegurar el pago a tiempo, inclusive sirven para los alimentos futuros[75]. Por otro, si el alimentante trabaja en relación de dependencia, el juez puede ordenar al empleador "retener" mensualmente del haber que debe abonarle, el importe correspondiente a la cuota de alimentos fijada, descontándolo del salario y depositándolo directamente en una cuenta del hijo o hija. No se trata de una sanción por mora o incumplimiento, toda vez que no constituye un embargo, sino solo una forma de facilitar y agilizar el pago de los alimentos fijados a favor de los hijos[76]. En caso de incumplimiento de la manda, extiende la responsabilidad al empleador[77].

También se reconoce que el incumplimiento de la prestación alimentaria genera intereses. Se aplica la tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso. La jurisprudencia ha precisado algunos criterios que pueden sintetizarse del siguiente modo: 1º) las cuotas devengadas durante el trámite del juicio antes de la sentencia devengan intereses[78], 2º) las devengadas con posterioridad a la sentencia e impagas generan intereses moratorios, aunque la sentencia no lo haya establecido expresamente, 3º) las cuotas suplementarias devengan intereses que corren desde el incumplimiento de cada obligación[79], y 4º) puede adicionarse otra tasa de interés según las circunstancias del caso (actos fraudulentos) o supuestos de violencia económica contra la mujer[80].

Finalmente, el artículo 553 Cód. Civ. y Com, que opera como norma de cierre, en tanto autoriza disponer medidas razonables para asegurar el cumplimiento de la sentencia que fija alimentos, ha dado fundamento a una multiplicidad de decisiones que van desde la inscripción en el registro de deudores alimentarios

74 Juzgado de Familia de Villa Constitución (Santa Fe), 04/12/2017, "F., B. c. C., J. s/aumento cuota alimentaria", *elDial.com* - AAA6A5.

75 CNCiv. Sala B, 27/02/19, "Incidente núm. 3 , B., M. P. C. S., D. H. s/Medidas precautorias familia", http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm (consulta 03/07/2020).

76 CNCiv. Sala F, 03/09/18. "I., T. G. c/ G., J. A. s/Alimentos: modificación", http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm, (consulta 03/07/2020).

77 Juzgado de Familia Quinta Nominación Córdoba, 21/09/16, "C., S. F. y Otro –solicita homologación, Expte. núm. 247625", *Eldial.express,* Año XVIII-núm. 4584. AA9A0.

78 Cámara de Apelaciones de Necochea, Buenos Aires; 11/09/18; "G. A., C. S. vs. G., P. s. Alimentos", *Rubinzal Online*, 11350 RC J 7922/18.

79 CNCiv. Sala D, 08/08/18. "M., M. F. y otros c/ R., V. P. s/Alimentos (expte. nº 39.401/2015/CA1 – J. núm. 88)", http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm

80 Juzgado de Familia núm. 3 de Rawson, Chubut, 01/09/17, "S. s/ violencia familiar (Expte. núm. 397/2014)", *Ley Online*, Cita Online: AR/JUR/60951/2017.

morosos[81], la aplicación de astreintes[82], la prohibición de salir del país, la imposición de tareas comunitarias[83], el arresto[84], la prohibición de ingresar a un club[85], etc.

VIII. BREVE CIERRE.

Cuando un juez dicta una sentencia de alimentos sabe muy bien que muchísimas veces su tarea no culmina cuando firma el fallo. Sabe que debe tomar todas las precauciones posibles para asegurar su cumplimiento, y sabe que el paso del tiempo nunca es neutral, cuando se trata de derechos fundamentales de las personas más vulnerables.

Afortunadamente, en la Argentina, los operadores jurídicos cuentan con un sistema normativo de gran realismo, que apuesta a generar y fortalecer la conciencia social de que es "más caro" y "más complicado" no pagar, que pagar la cuota de alimentos en tiempo y forma.

Ello en tanto las funciones parentales son, antes que nada, un compromiso con la sociedad, pues de ellas depende su futuro.

81 Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 03.07.15, "G M V c. G J M p/ej. de sentencias", www.jus.mendoza.gov.ar

82 Juzgado de Familia de Villa Constitución, Santa Fe, 04/12/2017 "F., B. c/ C., J. s/Aumento cuota alimentaria", *el Dial.com* - AAA6A5, Juzgado Nacional Civil núm. 92, 11/02/16, "21415/2009 - "N., J. E. c/ B., S. F. s/ ejecución de alimentos – incidente" - *elDial.com* - AA94B5.

83 Juzgado de Familia Nro. 2 de Mendoza, 17/02/16, "B. E. L. c/ C.C. D. G. s/ Ejecución alimentos", www.jus.mendoza.gov.ar (consulta 03/07/2020).

84 Juzgado de Familia núm. 3 de Rawson, Chubut, 04/10/2017, "T. c. J. s/ alimentos", *DFyP,* 2018 (junio), 158, con nota de Briozzo, S., AR/JUR/70824/2017; Juzgado de Familia núm. 5 de Cipolletti, Río Negro, 28/08/18, "CH. B. E. c. P. G. E. s/incidente aumento de cuota alimentaria", *La Ley Online*, AR/JUR/45460/2018.

85 Cámara Primera de Apelaciones de San Isidro. 11/09/18, "T. A. M c. P.M s/ Alimentos" Id SAIJ: FA18010013, http://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones (consulta 03/07/2020).

BIBLIOGRAFÍA

Belluscio, C.: "Alimentos debidos a los hijos menores y mayores de edad", elDial.com - DC204C, publicado el: 26/11/2015.

Bonzano, M.: "Filiación. Alimentos provisorios", en AA.VV.: *Manual de Derecho de las familias* (N. Lloveras), t. II., 2ª ed. actualizada y ampliada con jurisprudencia, Mediterránea, Córdoba, 2018.

Briozzo, S: "Comentario Sentencia Juzgado de Familia núm. 3 de Rawson, Chubut, 04/10/2017, T. c. J. s/alimentos, *DFyP*, 2018 (junio), 158 AR/JUR/70824/2017.

Fortuna, M.: "Derecho alimentario del hijo mayor de edad. Cuestiones sustanciales y formales respecto del contenido de la obligación en el Código Civil y Comercial", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, núm. 69, 2015, pp. 109-123.

Guahnon, S.: "Juicio de alimentos en el Código Civil y Comercial", LA LEY 25/03/2015, 1, cita Online: AR/DOC/757/2015.

Herrera, M.: "Comentario artículo 661 Cód. Civ. y Com.", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. R. Lorenzetti), t. IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015.

Herrera, M.: *Manual de derecho de las familias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

Imas, V.: "El mismo nivel de vida en ambos hogares: un desafío en materia de alimentos", *DFyP*, 2018 (noviembre), 09/11/2018, 59 AR/DOC/915/2018.

Jáuregui, R.: "G Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, 28/08/12, V. F. c. V. O. F. y otros s/ alimentos y litis expensas", *LLLitoral* 2013 (mayo), 377.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N. (dir.): *Tratado de derecho de familia*, t. V-B, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. (dir.): *Alimentos*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

Leonardi, J.M.: "El tiempo de la residencia del menor con los progenitores y los alimentos en supuestos de cuidado personal compartido," disponible en www.saij.gob.ar (fecha de consulta, 15/01/2020).

Loyarte, D.: "Incolumnidad de los alimentos. Actualización. Tasa de interés sobre cuotas en mora", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 2014, núm. 66, p. 257.

Massano, M.: "El derecho alimentario frente al cuidado personal compartido", *DFyP*, 2019 (mayo), 10/05/2019, 37, AR/DOC/854/2019.

Mizrahi, M.: "Código Civil y Comercial: Empleo de terminología confusa en el cuidado personal de los hijos", *DFyP*, 2017 (mayo), 3, cita Online: AR/DOC/983/2017.

Molina de Juan, M.: "Claves para entender las principales reformas del derecho alimentario de los hijos en el Código Civil y Comercial Argentino", *Revista de Derecho de Familia*, Legal Publishing-Thomson Reuters, Chile, vol. I, 2015, núm. 5, pp. 107-138.

Sidotti de Cousandier, M. E.: "Pautas para establecer la cuota alimentaria a favor de los hijos menores de edad. Régimen de comunicación compartido en la modalidad indistinta", AR/DOC/2655/2019, *LLLitoral* 2019 (octubre), 22/10/2019, 7, cita Online: AR/JUR/321/2019.

Vero, G.: "Mayoría de edad y responsabilidad alimentaria", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 2015-IV, pp. 163-177.

Yuba, G.: "Cuantificación de la prestación alimentaria. Valoración judicial", *LL Litoral*, 2013.

Zaicoscky, D.: "Cambio social y de género y la regulación de las familias. Apuntes para pensar la compensación económica en el Código Civil y Comercial", *RCCyC*, 2017 (marzo), 03/03/2017, 70.

INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y DERECHO A LA IDENTIDAD EN MÉXICO: CONTENIDO Y ALCANCES EN LAS RELACIONES PATERNO FILIALES

SUPERIOR INTEREST OF CHILDREN AND THE RIGHT TO IDENTITY IN MEXICO: CONTENT AND SCOPE IN THE PARENTAL RELATIONSHIPS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 552-577

Karla
CANTORAL
DOMÍNGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: En los juicios de reconocimiento de paternidad, se ha considerado la prueba genética como aquella que permite acreditar la filiación para establecer el nexo biológico, sin embargo, esta posición ha evolucionado frente al interés superior de la niñez y el derecho a la identidad, toda vez que además es posible reconocer la filiación conforme a la realidad social en que se encuentra el infante, esta situación es analizada en este texto, acorde a la forma de solución judicial que se ha dado en México a partir de un estudio de casos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la identidad; interés superior de la niñez; filiación; reconocimiento de paternidad.

ABSTRACT: *In the paternity recognition trials, the genetic test has been considered as that which allows accrediting the affiliation to establish the biological link, however, this position has evolved against the best interests of childhood and the right to identity, all the time that it is also possible to recognize the affiliation according to the social reality in which the infant is, this situation is analyzed in this text, according to the form of judicial solution that has been given in Mexico from a case study.*

KEY WORDS: *Right to identity; best interests of children, filiation; recognition of paternity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO JURÍDICO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN MÉXICO.- III. ELEMENTOS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.- IV. FILIACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD.- V. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE FILIACIÓN.- VI. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES: ESTUDIO DE CASOS JUDICIALES.- 1. Amparo directo en revisión 4686/2016.- 2. Amparo directo en revisión 6179/2015.- VII. ALCANCES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CUANDO SE TRATA DE INFANTES NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.- 1. Caso Tabasco.- 2. Caso Yucatán.- 3. Caso Ciudad de México.- VIII. RETOS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN MÉXICO: EL ORDEN DE LOS APELLIDOS.- IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El interés superior de la niñez en el sistema jurídico mexicano se tutela conforme a los principios que se establecen en el contexto internacional, como es a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo, encontramos situaciones en las que debe analizarse de forma particular cuando se trata de situaciones vinculadas al derecho a la identidad y a vivir dentro de un núcleo familiar. El derecho a la identidad es un derecho humano y fundamental, toda vez que su garantía hace posible la realización y el ejercicio de otros derechos, como la salud, educación, vivienda, entre otros.

En el presente trabajo, se valorará la evolución y reconocimiento que tiene el derecho a la identidad en México, para delimitar el contenido y alcance que ha tenido la garantía de este derecho en las relaciones paterno filiales, especialmente cuando se encuentra involucrado un infante, toda vez que la determinación de su filiación conforme a la verdad biológica o a la realidad social, es fundamental para asegurar su estabilidad física y emocional a través de las relaciones familiares.

De esta forma, se realiza un estudio de casos sobre juicios de reconocimiento de paternidad, en los que se analizan los elementos que permiten acreditar la filiación de un menor y a partir del derecho a la identidad se reconoce la posibilidad de que cuente con un nombre, una nacionalidad, un acta de nacimiento y la consolidación de un ambiente familiar.

• Karla Cantoral Domínguez
Profesora investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México
karlacantoral@gmail.com

II. MARCO JURÍDICO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN MÉXICO.

En México el interés superior de la niñez y el derecho a la identidad se encuentran reconocidos en el art. 4º de la Constitución Federal[1]. En el caso del interés superior se incorporó en el año 2011, en el caso del derecho a la identidad se adecuó al texto constitucional en 2014. Sin embargo, estos derechos se habían incorporado al ordenamiento jurídico a México desde 1990, al haber firmado la Convención sobre los Derechos del Niño[2]. Desde ese entonces en la República Mexicana se adquirió el compromiso del registro de nacimiento universal y oportuno, a través de la promoción, respeto y garantía del derecho a la identidad, de ahí que tuvieron que tomarse dos acciones: diseño de un marco normativo y elaboración de políticas públicas.

En 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que entre los derechos reconocidos a favor de la niñez, se encuentra el derecho a la identidad, el cual constituye un elemento inherente al ser humano, tanto en sus relaciones con el Estado como con la sociedad, y necesariamente comprende otros derechos correlacionados, como lo son el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad, entre otros[3].

En el caso Fornerón e Hija vs Argentina[4], la Corte Interamericana refiere que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. En este asunto, una niña creció desde su nacimiento en el año 2000 con otra familia, este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de la menor se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica.

En la sentencia, se valoró el hecho de que en varios años la niña no tuviera contacto o vínculos con su familia de origen, lo cual no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden, situación que afectó el

1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 6 de marzo de 2020.

2 Firmado el 20 de noviembre de 1989, la ratificación se dio el 21 de septiembre de 1990 y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

3 Corte IDH. Caso *Gelman vs Uruguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 123.

4 Corte IDH. Caso *Fornerón e hija vs Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo 122.

derecho a la identidad y a la protección familiar de la niña. La Corte Interamericana determinó que Argentina debía establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija, toda vez que, desde el nacimiento de la niña, el padre realizó diversos actos para reconocerla como su hija y tenerla bajo su custodia.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido algunos criterios relevantes en aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro[5].

El interés superior de la infancia exige responder si efectivamente existen derechos que directa o indirectamente se encuentren en juego en un juicio determinado, en donde el operador jurídico tiene la obligación de utilizar el parámetro constitucional, convencional y jurisprudencial.

En esta línea, la jurisprudencia desarrollada en México ha reconocido el interés superior de la niñez como un concepto triple, al ser: un derecho sustantivo; un principio jurídico interpretativo fundamental; y una norma de procedimiento. El interés superior del menor prescribe que se observe "en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño", lo que significa que, en "cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá", lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. Así, las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas –en esferas relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad, entre otras– deben evaluarse en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación, ya que la consideración del interés superior del niño como algo primordial requiere tomar conciencia de la importancia de sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate[6].

5 Amparo directo en revisión 4686/2016.

6 Tesis de jurisprudencia: 2a./J. 113/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, p. 2328.

El derecho a la identidad, consagrado en la Constitución y diversos tratados internacionales, tiene un ámbito especial en materia de menores, precisamente por la naturaleza prestacional derivada de las obligaciones de los padres como son las obligaciones alimentarias, de salud, educación, esparcimiento, desarrollo social, entre otros. La Primera Sala de la Corte estableció con claridad en la contradicción de tesis 430/2013[7], que el derecho a la identidad tiene un núcleo esencial de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares, todo lo cual va acompañado de la obligación del Estado de reconocerlos y garantizarlos.

El marco normativo para la protección de los infantes lo encontramos a nivel federal en la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes[8], por su parte, en cada uno de los 32 estados que integran la República Mexicana existe una ley especial al respecto. Uno de los derechos que se reconoce de forma enunciativa para los infantes es el de la identidad.

En la ley general, se prevé que niñas, niños y adolescentes, en términos de la legislación civil aplicable, desde su nacimiento, tienen derecho a[9]:

- Contar con nombre y los apellidos que les correspondan, así como a ser inscritos en el Registro Civil respectivo de forma inmediata y gratuita, y a que se les expida en forma ágil y sin costo la primera copia certificada del acta correspondiente, en los términos de las disposiciones aplicables;

- Contar con nacionalidad, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales;

- Conocer su filiación y su origen, en la medida de lo posible y siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez, y

- Preservar su identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad y su pertenencia cultural, así como sus relaciones familiares.

Por lo que hace al derecho a la identidad, podemos observar que para su tutela, deben considerarse los elementos que lo integran, es decir: nombre, nacionalidad, filiación y relaciones familiares.

Para hacer efectivo este derecho, existe el Registro Nacional de Población de la Secretaría de Gobernación, unidad administrativa encargada de registrar y

7 Resolución de veintiocho de mayo de dos mil catorce.

8 Ley General para los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, última reforma publicada el 17 de octubre de 2019.

9 *Vid.* Art. 19 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

acreditar la identidad de todas las personas residentes en México y nacionales que residen en el extranjero, a través de la asignación de la clave única de registro de población (CURP) y la expedición de la cédula de identidad, quien a su vez trabaja de forma coordinada con los gobiernos de las 32 entidades federativas a través de sus Registros Civiles para acreditar la identidad jurídica de las personas.

En el año 2015, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible[10], su objetivo 16 denominado "Paz, justicia e instituciones sólidas" en su apartado 16.9 establece "De aquí a 2030, proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos" para cumplir esta meta se hizo un análisis sobre la situación que existe en cada país en cuanto al registro de nacimientos, en donde se valoró en México las características geográficas, económicas, sociales y culturales de cada región del país para poder formular una estrategia que garantice el derecho a la identidad de todas las personas que residen en territorio mexicano.

Por tanto, para avanzar hacia el registro universal del nacimiento es fundamental conocer y analizar el comportamiento y la cobertura de los lugares, donde es posible llevar a cabo el registro de los nacimientos en México, con la finalidad de reducir las barreras geográficas que impiden que las personas puedan registrarse. El registro de nacimiento es el acto jurídico a través del cual el Estado cumple con la obligación de garantizar a todas las personas el derecho a la identidad, al nombre y a su filiación familiar, cultural y nacional. No obstante, es una realidad que de cada diez personas sin registro de nacimiento en México, seis son niñas, niños o adolescentes, concentrándose los mayores porcentajes en los estados del sur y centro del país[11].

En ese tenor, se busca alcanzar la cobertura del registro oportuno de nacimiento para lograr que la totalidad de infantes de México sean registrados lo más pronto posible y estén en posibilidad de ejercer sus derechos, incluyendo grupos vulnerables[12].

Uno de los temas pendientes para garantizar el derecho a la identidad en México es contar con una base de datos que vincule la identidad jurídica y biométrica de toda la población[13], lo que ha propiciado que se incremente el robo de identidad, fraude e inseguridad; esperemos que en el corto plazo se atienda

10 Al respecto https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/

11 UNICEF, Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía – UNICEF México, 2018, pp. 13-28.

12 Idem, pp. 39-55.

13 Wheatley Fernández, J. L.: Foro temático "Derecho a la identidad, la puerta de acceso a tus derechos" agosto 2019, disponible en: https://www.gob.mx/segob/renapo/acciones-y-programas/derecho-a-la-identidad-la-puerta-de-acceso-a-tus-derechos

esta necesidad a través de una política pública que haga compatible la protección de los datos personales.

Como refiere la profesora Pérez Fuentes[14], el nuevo paradigma del Derecho de Familia en México – entre los que se encuentran inmersos el interés superior de la niñez y el derecho a la identidad – se ha ido conformando desde el siglo XX y se ha consolidado a partir del trabajo jurisprudencial en la ponderación de los casos que llegan hasta la última instancia; ya que aun cuando no existe un modelo único de familia, lo que se considera definitivo es el objetivo de solidaridad y amor que significa este núcleo central de la sociedad para proteger la dignidad de la persona en su desarrollo integral. De ahí que la constitucionalización de las relaciones familiares se caracteriza en México por la protección que el art. 4º de la Constitución brinda a las personas que conforman una forma o tipo de familia.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.

El derecho a la identidad implica que toda persona, al nacer, tiene derecho a un nombre, apellido, nacionalidad y en la medida de lo posible, a ser cuidado por su familia, así como pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes religión, idioma o lengua y tradiciones[15]. Entonces los elementos que distinguen el derecho a la identidad de los infantes son: nombre, nacionalidad y ambiente familiar. Por ello, el derecho del niño a preservar su identidad debe ser respetado y tenido en cuenta al momento de evaluar su interés superior[16].

En virtud del derecho que tiene todo niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre, el Comité de Derechos Humanos[17] consideró que países como México tienen la obligación de inscribir a los niños después de su nacimiento, para reducir el peligro de que sean objeto de comercio, rapto y otros tratos incompatibles con los derechos humanos. Por otro lado, todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad, si bien esta disposición responde al objetivo de evitar que un niño reciba menos protección por parte de la Sociedad y del Estado, los Estados están obligados a implementar todas las medidas apropiadas para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento, evitando todo tipo de discriminación.

14 Pérez Fuentes, G. M.: "La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia en México" en *Revista Boliviana de Derecho*, número 25, enero 2018, pp. 144-173.

15 *Vid.* art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 y 24 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

16 ONU, Observación general 14. Sobre el derecho del niño a que interés superior sea una consideración primordial, 2013.

17 ONU, Observación general 17. Los derechos del niño (art. 24), Comité de Derechos Humanos, 1989.

En cuanto a la función que realizan los padres o tutores, consiste en ofrecer dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos. Los lactantes dependen totalmente de otros, pero no son receptores pasivos de atención, dirección y orientación, son agentes sociales activos que necesitan de otro para su supervivencia, crecimiento y bienestar. Los recién nacidos pueden reconocer a sus padres muy poco después del nacimiento, y participan activamente en una comunicación no verbal. En circunstancias normales, los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones, los niños construyen una identidad personal, adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente[18].

Por lo anterior, podemos afirmar que el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y dignidad de la persona; que cuenta con autonomía con elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares. De ahí que, como dice el Comité Jurídico Interamericano, el derecho a la identidad es un derecho humano fundamental erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana de Derechos Humanos[19].

IV. FILIACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD.

La filiación determina el vínculo que existe entre el hijo y sus progenitores, dando lugar con ello al reconocimiento de un nombre y de unos apellidos, así como al establecimiento de un status con relación a éstos, que le dará el derecho al reconocimiento de otros derechos, como el de alimentos, educación, al menos hasta alcanzar la mayoría de edad[20].

En el ámbito internacional, encontramos que el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra el derecho a conocer a sus padres en la medida de lo posible; además, el art. 8.1, prevé que los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, así como su nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.

En el sistema jurídico mexicano, la filiación resulta de las presunciones legales, del nacimiento, de la adopción o por virtud de una sentencia ejecutoriada que la declare. La filiación de los hijos de los cónyuges se prueba con la partida de

18 UNICEF, Observación General 7, realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005.

19 Comité Jurídico Interamericano, *Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad"*, 71º periodo ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, 2007, párrafos 11.2, 12 y 18.3.

20 Reyes López, M. J.: "La filiación" en De Verda y Beamonte, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV, Derecho de familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 273 – 292.

nacimiento de aquellos y con el acta de matrimonio de éstos. En cuanto a la filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges resulta con relación a la madre, por el solo hecho del nacimiento; con respecto al padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. La filiación de los hijos se puede acreditar a través de la prueba biológica molecular de ácido desoxirribonucleico (ADN) en el juicio contradictorio correspondiente[21]. Cabe destacar que en México existe un código civil y/o familiar por cada entidad federativa, es decir tenemos 32 códigos que regulan de forma similar el estado civil de las personas.

En el Código Civil de la Ciudad de México[22], se define la filiación como la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros; la forma de probar la filiación es a través del acta de nacimiento. En el caso de la capital del país, encontramos que el plazo otorgado al cónyuge varón para la impugnación de la paternidad es de sesenta días contados a partir de que tenga conocimiento del nacimiento[23].

Los juicios de reconocimiento de paternidad se tramitan en la vía ordinaria civil u oral familiar, acorde con las formalidades esenciales del procedimiento que se establecen en la ley sustantiva y adjetiva civil de cada entidad federativa.

El Poder Judicial de la Federación ha considerado que la filiación constituye un derecho del hijo y no una facultad de los padres a hacerlo posible, por lo que la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica; sin embargo, dicha coincidencia no siempre es posible, bien por la propia realidad del supuesto de hecho, o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros intereses que considera jurídicamente más relevantes. En el primer grupo de supuestos se encuentran, ejemplificativamente, la filiación adoptiva y las procreaciones asistidas por donación de gametos; en estos casos, la propia legislación establece la filiación sin que exista el vínculo genético. El segundo lo conforman, por ejemplo, algunas de las normas que se ocupan de la determinación extrajudicial de la filiación o que privilegian un estado de familia consolidado en el tiempo, dando preeminencia a la estabilidad de las relaciones familiares y a la seguridad jurídica en aras del propio interés superior del menor[24].

21 *Cfr.* art. 342, 346 y 347 del Código Civil de Tabasco, publicado en el periódico oficial el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

22 *Cfr.* art. 338 del Código Civil para el Distrito Federal, actual Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, última reforma publicada el 18 de julio de 2018.

23 Art. 330 del Código Civil para el Distrito Federal, actual Ciudad de México.

24 Tesis: 1a. CCCXXI/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 10, septiembre de 2014, tomo I, p. 577.

En el derecho comparado, refiere el profesor De Verda y Beamonte que en materia de filiación es comúnmente aceptada por la doctrina la distinción entre título constitutivo y título de determinación; entendiéndose por título constitutivo el que se refiere al hecho previo que crea la filiación ya sea por naturaleza o adoptiva; en cambio, el título de determinación es el modo legal de constatar la filiación, presupuesto el hecho de la generación, que tiene carácter declarativo, pues se basan en la idea de que la verdad legal que de ellos resulta coincide con la verdad biológica, como realidad previa determinada por la generación[25], posición con la que coincido, sin embargo, más adelante analizaremos la forma en que el Poder Judicial en México, realiza una ponderación entre la verdad biológica y la realidad social consolidada.

Una manifestación de la constitucionalización del derecho de familia, la encontramos en los juicios civiles cuya acción es sobre la rectificación o modificación del acta de nacimiento, en donde debe suplirse la deficiencia de la queja, toda vez que el nombre de las personas se encuentra reconocido como parte del derecho a la identidad en el art. 4º de la Constitución Federal, el cual garantiza a todas las personas la asignación de los componentes esenciales de identificación jurídica (nombre, apellidos, natalicio, sexo) mediante el registro inmediato del nacimiento, así como la posibilidad de modificar los elementos esenciales de identificación jurídica asentados en su atestado de nacimiento, cuando sea necesario para adecuarlos a su realidad social[26].

La Suprema Corte ha hecho énfasis en cuanto al papel que juega el derecho a la identidad en los juicios de desconocimiento de paternidad[27], considerado en principio, un derecho de los menores y no una facultad de los padres, por lo que aún cuando en esos procedimientos se cuestiona el origen biológico, en determinadas circunstancias no se tiene que agotar con tal elemento, pues también existen otros a considerar, como la preservación en beneficio del menor de vínculos familiares, ello cuando no hay coincidencia entre el origen biológico y la filiación jurídica. El derecho a la identidad se tiene que adaptar a las circunstancias del caso concreto ya que puede interactuar con otros derechos, como el de protección a la familia o el propio interés superior del menor, todos protegidos por el Estado.

25 De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11-31, como también, del mismo autor, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1/2018, pp. 301-340.

26 Tesis: XXXII.1 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 66, Mayo de 2019, Tomo III, p. 2724.

27 Tesis: 1a. LXXV/2018, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 55, Junio de 2018, Tomo II, p. 956.

V. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE FILIACIÓN.

Acorde con el trabajo jurisdiccional, en México se distinguen como principios rectores en materia de filiación, los siguientes[28]:

a) No discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio; implica la equiparación de las consecuencias jurídicas de la filiación matrimonial y la extramatrimonial, como lo dispone el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b) Verdad biológica; implica la posibilidad para una persona –mayor o menor de edad– de lograr un estado de familia que corresponda a su vínculo biológico, debiendo contar con acciones pertinentes que destruyan un vínculo que no tenga la concordancia debida. Ahora bien, aunque existe una tendencia a que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, la coincidencia no siempre es posible, sea ya por supuestos de hecho o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros intereses que considera jurídicamente más relevantes.

c) Incompatibilidad entre filiaciones contrapuestas, implica que, mientras el ordenamiento jurídico no permita la escisión del cúmulo de relaciones jurídicas provenientes de la filiación, existe la imposibilidad de coexistencia de filiaciones legales simultáneas.

d) Protección del interés del hijo, implica la necesidad de atender a las premisas fácticas que rodean al caso concreto en toda acción que implique desplazamiento filiatorio y resolver atendiendo a lo que se estime mejor para el caso del menor. En este sentido, reitera la Corte, paradójicamente la protección del interés del hijo conduce a prescindir en ocasiones de la verdad biológica[29].

VI. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES: ESTUDIO DE CASOS JUDICIALES.

Para identificar la realidad que acontece en el sistema jurídico mexicano, a continuación, se analizan dos casos en materia de derecho familiar, resueltos por el Poder Judicial de la Federación sobre el derecho a la identidad y sus implicaciones frente al interés superior de la niñez.

1. Amparo directo en revisión 4686/2016.

Este caso se origina con un juicio de desconocimiento de paternidad respecto a una menor que fue reconocida ante el Registro Civil de la Ciudad de México.

28 *Vid.* amparo directo en revisión 4686/2016

29 Tesis 1a. CCCXX/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 10, tomo I, septiembre de 2014, p. 578.

En la sentencia de primera instancia, el juez dictó que se había caducado el plazo previsto en la ley para el desconocimiento de la menor, además de que no acreditó el engaño al haberla reconocido legalmente.

La sentencia fue confirmada por el tribunal de alzada, aduciendo la naturaleza irrevocable del reconocimiento de paternidad. Inconforme, el actor presentó una demanda de amparo directo en contra de la resolución de la Sala.

El Tribunal Colegiado concedió el amparo para efectos de que la segunda instancia o tribunal de alzada, dejara insubsistente la sentencia reclamada y dictara otra en la que considerara la pretensión del demandante, mantuviera el hecho de que la prueba pericial en genética concluyó que no es el padre de la menor; estableciera la ausencia de obligación de proporcionar alimentos y derechos sucesorios ante la inexistencia del vínculo filial con la menor; y que se eliminaran las referencias a su paternidad en el acta de nacimiento. Contra esa resolución, la parte tercera interesada interpuso recurso de revisión.

En el caso, se analizó que el Código Civil para la Ciudad de México prevé la existencia de diversas acciones para impugnar o modificar estados filiatorios, como el desconocimiento de paternidad para el caso del cónyuge varón o la anulabilidad del reconocimiento de paternidad hecho por un menor, con sus respectivos plazos de caducidad. En este sentido, la Corte argumenta que tales plazos de caducidad, son congruentes con los criterios rectores en materia filiatoria, por tal motivo el legislador ha decidido establecer plazos fatales para el ejercicio de tales acciones, pasados los cuales, el ordenamiento privilegia la consolidación de las relaciones familiares preexistentes[30].

Lo anterior es congruente con una visión tutelar del derecho a la identidad que persigue proteger la conformación de la auto-percepción –como faceta identitaria– y no sólo de necesidades de carácter prestacional, entiéndase que está sujeto a la actuación concreta y directa del Estado. De ahí que el art. 4o. de la Constitución Federal no implique una facultad irrestricta a los sujetos involucrados en las relaciones familiares para que éstas sean modificadas en todo momento al amparo de la verdad biológica. Por el contrario, obliga al Estado mexicano a establecer mecanismos para la coincidencia de la verdad biológica y la filiación jurídica, pero al cobijo de plazos firmes que pretenden dotar de certeza a las relaciones familiares[31].

La decisión de la Corte fue devolver el expediente y ordenar al Tribunal Colegiado que emitiera una nueva resolución, en la que analizara en el caso

30 *Cfr.* Amparo directo en revisión 4686/2016 de 3 de mayo de 2017.

31 Tesis: 1a. XCVI/2018, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 57, Agosto de 2018, Tomo I, p. 1027.

concreto si el derecho a la identidad de la menor, debe o no ceder frente al principio de verdad biológica en los numerales pertinentes del Código Civil.

En el derecho comparado español, encontramos un criterio similar de un caso en la ciudad de Valencia, en la que se sostiene:

"El legislador asume la necesidad de establecer un límite a la acción del progenitor en aras de guardar un equilibrio entre los valores constitucionales y los intereses en presencia.

…De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador debía ponderar los valores constitucionales involucrados reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, pero guardando la necesaria proporcionalidad con la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. El legislador ha considerado que ese equilibrio se alcanza mediante la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción, algo que, como el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado, no supone *per se* una vulneración del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales"[32].

Como podemos observar, la promoción, respeto y garantía del derecho a la identidad, tanto en México como en España es acorde con los principios que marca la Convención sobre los Derechos del Niño y el derecho internacional, toda vez que en ambos países se considera que debe existir un plazo de caducidad en materia de filiación dentro de la normatividad correspondiente, para que en aras de garantizar el interés superior de la infancia se puedan consolidar las relaciones familiares existentes.

2. Amparo directo en revisión 6179/2015.

El antecedente de este juicio, se refiere a una mujer que reclama el reconocimiento de maternidad sobre su hija biológica, a la que dejó voluntariamente desde que estaba recién nacida al cuidado de una pareja, misma que la ha acogido como hija propia a lo largo de seis años[33].

En el año 2010 la mujer entregó a su hija a una pareja, quien registró a la niña como hija propia, de forma que se ostentaron como progenitores biológicos en el acta de nacimiento. La pareja presentó un documento privado mediante el cual la madre biológica manifestaba que se deslindaba de todos los derechos y

32 STS 3177/2019, 8 de octubre de 2019.

33 *Cfr.* Amparo directo en revisión 6179/2015 de 23 de noviembre de 2016.

responsabilidades que le corresponden de su bebé recién nacida, ya que la bebé se la daba en adopción a la pareja, para que ellos fueran los tutores de la bebé.

Cabe reiterar que este documento es insuficiente para acreditar una adopción, toda vez que en México el procedimiento para hacer la adopción debe ser conforme a las reglas que marca la legislación procesal civil y familiar de cada entidad federativa, mediante resolución judicial que determine su procedencia.

En la sentencia de primera instancia, el Juez declaró procedente el reconocimiento de maternidad de la madre biológica y nula el acta de nacimiento en la que la pareja se ostentaba como padres biológicos de la menor, cuando ya tenía 4 años 11 meses de nacida. En la segunda instancia se confirmó la resolución en virtud del derecho a la identidad.

En la demanda de amparo, la pareja argumentó que debía valorarse cuál era el ambiente más propicio para el desarrollo de la menor. El Tribunal Colegiado dictó sentencia cuando la niña tenía 5 años con cinco meses de edad; se interpretó que el interés superior del menor y el derecho a la identidad se respetó porque se atendió a la búsqueda de la verdad biológica, de ahí que el nexo biológico es lo único determinante al decidir sobre la filiación de un menor de edad.

El matrimonio promovió un recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que argumentaron que la guarda y custodia no puede otorgarse automáticamente por el mero nexo biológico como si la niña fuera una cosa, esto es, sin tomar en cuenta su realidad, por lo que consideraban que se había realizado una interpretación inconstitucional del Código Civil.

En una sentencia controvertida, a finales del año 2016, la Primera Sala de la Corte revoca dicho criterio y determina que la filiación de la niña corresponde a quienes le han dado cuidados y afecto como sus padres aunque no guarden un vínculo biológico con ella, toda vez que no se justifica causar un daño a la menor en aras de favorecer exclusivamente un nexo biológico.

La decisión de la Corte se justifica bajo la consideración de que si bien el interés superior del menor es el eje rector de todas las controversias que involucren derechos de los niños; este principio sólo puede ser superado cuando se demuestre que existirá un daño al menor en reconocer jurídicamente el nexo biológico, por lo que -dice la sentencia - debe atenderse a las circunstancias en las que ocurrió la separación entre madre e hijo, y la evaluación de la realidad familiar del menor, es decir, su realidad social consolidada. La Primera Sala de la Corte concluye que la filiación de la niña corresponde a quienes, derivado del abandono de su progenitora biológica, le han dado educación, cuidados y afecto como si fuera una hija propia.

Debe destacarse que, en la sentencia, la Corte justifica la situación jurídica de la menor con la figura de la posesión de estado de hijo, en virtud de la irregularidad con que fue expedida su acta de nacimiento. Ante tal circunstancia, se dejó insubsistente la resolución del Tribunal Colegiado y se ordenó que emitiera una nueva en la que establezca la filiación de la niña como hija de la pareja; anule el acta de nacimiento anterior y anote en ésta que refería un nexo biológico falso y ordene la expedición de un acta nueva donde conste la filiación de la niña como hija de la pareja en virtud de una determinación judicial; y finalmente, deje expedito el derecho a la identidad de la menor para indagar sus orígenes biológicos, cuando ella así lo considere.

En esta sentencia encontramos posiciones diversas, dado que uno de los ministros emitió un voto particular alejándose del criterio mayoritario, y tres ministros emitieron sus respectivos votos concurrentes, es decir que estuvieron de acuerdo con la decisión final, pero por motivos distintos. En el voto particular, se argumenta[34]:

"La resolución convalida una actuación irregular de los quejosos al registrar a la menor como hija propia, cuando los cauces legales correspondientes para establecer la filiación serían el juicio de pérdida de patria potestad y un posterior procedimiento de adopción. No pasa inadvertido que la sentencia da cuenta de esta circunstancia, pero concluye que al margen de la misma "existe una situación de hecho que merece ser evaluada" para evitar un mayor daño a la menor, a lo que propone este estándar a fin de ponderar si el reconocimiento del nexo biológico es acorde con el interés superior de la niña, atendiendo a la realidad contextual y familiar en el que se ha desarrollado. …Estimo que no era posible analizar el nuevo núcleo familiar de la menor para establecer su filiación independientemente de la forma en la que se configuró originalmente tal situación de hecho, esto es, un registro basado en hechos falsos y, por tanto, una conducta ilícita. En este sentido, considero que la legislación prevé instituciones específicas para el establecimiento de filiación que se pretende por los quejosos, por lo que es preocupante la creación de un precedente en el que, en aras del interés superior del menor, se regularice un estado de cosas que se originó al margen de la ley. …En ese contexto, me parece que tendrían que ponderarse los diversos derechos, valores e intereses en juego sin pretender el ocultamiento de la verdad o la anulación de alguno de ellos. Considero, entonces, que la premisa falsa de la sentencia es partir de la idea de que las relaciones familiares son un "todo o nada", cuando la complejidad de los vínculos sociales nos demuestra día con día que, a fin de respetar los derechos de todas las partes involucradas, ninguno puede ser anulado ni suprimido."

34 Voto particular emitido por el Ministro J. R. Cossío Díaz en relación con el amparo directo en revisión 6179/2015.

Se trata de una sentencia controversial, porque, por un lado, la Corte en lugar de aplicar el principio de economía procesal con base en el tiempo que lleva la niña bajo la tutela de la pareja, ordena al Tribunal Colegiado que emita una nueva resolución en donde tome en cuenta los lineamientos que fija; por otro lado, determina la filiación de la niña como hija de la pareja con base en su realidad social consolidada y en consecuencia ordena la expedición de una nueva acta de nacimiento, como si se tratara de una resolución judicial que deriva de un procedimiento de posesión de estado de hijo y/o de adopción plena, en donde por supuesto se obviaron las formalidades esenciales del procedimiento que tutela la Constitución Federal y la legislación civil.

Este caso es complejo y la sentencia que se dictó deja muchas interrogantes, porque evitó caer en responsabilidad al ordenarle al Colegiado, que sea la autoridad que dicte la sentencia de fondo, además al ser el máximo Tribunal de Justicia de México quien la emite, este criterio puede generar precedentes en cuanto a la forma de resolver otros asuntos de naturaleza similar.

Se destaca una sentencia dictada en un Tribunal Colegiado en septiembre de 2019, tres años después a la resolución que se analiza, en la que se afirma que la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrar la filiación.

Mediante interpretación judicial[35], se indica que en el caso del Código Civil para la Ciudad de México, la filiación se justifica con la posesión constante de estado de hijo, lograda con la aportación de pruebas que hagan evidente la relación de parentesco de un individuo, sus progenitores y a la familia a la que dice pertenecer, a partir de los elementos siguientes:

1. El nombre: que la persona haya usado de forma constante el apellido de quien pretende tener por padres, con la anuencia de éstos;

2. El trato: que los progenitores le hayan proporcionado el trato de hijo y él, a su vez, los haya tratado como tales;

3. La fama: que haya sido reconocido como hijo de esas personas ante la familia o la sociedad; y,

4. La capacidad jurídica: que los progenitores tengan la edad necesaria para contraer matrimonio civil y, por ende, para reconocer la filiación.

35 Tesis: I.3o.C.411 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 74, Enero de 2020, Tomo III, p. 2575, resolución de 4 de septiembre de 2019.

En caso de que no se colmen los elementos para constatar el estado de hijo, se reitera que la filiación se demuestra con los avances de la ciencia, en concreto, con la pericial en materia de genética molecular de ácido desoxirribonucleico (ADN).

VII. ALCANCES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CUANDO SE TRATA DE INFANTES NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

En México, han sido ya varios los casos judiciales que se conocen en donde se invoca la protección del derecho a la identidad, cuando se trata de niñas y niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, es el caso de la gestación por sustitución o maternidad subrogada.

1. Caso Tabasco.

En el Sureste de México, desde 1997 se incorporó en el Código Civil de Tabasco la figura de la gestación o maternidad sustituta y/o subrograda. Tabasco llegó a considerarse como un lugar de turismo reproductivo, toda vez que se firmaron contratos mediante los que se establecieron cláusulas que patrimonializaban a la persona, como si se tratara de un comercio, obviando principios como el de indisponibilidad del cuerpo humano, de ahí que se incrementó el uso de estas técnicas. En virtud de una reforma realizada en enero de 2016, donde se prohibía este tipo de técnicas para personas o parejas de origen extranjero, se promovieron diversos juicios de amparo para efectos de que se reconociera el derecho a la identidad de los bebés nacidos por dicha técnica y se ordenara el registro, así como la expedición de su correspondiente acta de nacimiento.

Uno de estos casos, es el de una menor, cuyo padre era de nacionalidad extranjera[36], en el que se negó el registro de nacimiento por parte del Registro Civil de Tabasco, bajo el argumento de la prohibición que establece el código civil en cuanto al uso de la gestación subrogada para personas o parejas de origen extranjero, en este sentido, mediante sentencia dictada el 17 de febrero de 2017, el Juez concedió el amparo y ordenó el registro de nacimiento de la menor, basándose en el interés superior de la niñez y el derecho a la identidad, porque la niña tiene que ser respetada en sus derechos con mayor intensidad al ser recién nacida, por lo que las autoridades no deben hacer distinción alguna con el pretexto de la posibilidad de una colisión de derechos, pues en todo caso existen procedimientos que la ley establece para la protección y solución jurídica de cualquier conflicto, sin embargo no se puede posponer el derecho a la menor de tener una identidad y vivir en familia.

36 Amparo indirecto 1935/2016.

2. Caso Yucatán.

En otro estado del Sur de México, en Yucatán, se dio otro caso de la negación del registro de nacimiento de un bebé nacido por gestación subrogada, en el que la pareja homosexual reclamaba su derecho a convertirse en padres a través de esta técnica de reproducción asistida, cabe destacar que en el Estado de Yucatán no existe legislación alguna que permita o prohiba la gestación subrogada. Entre los antecedentes, se encuentra que en marzo de 2016 el Registro Civil de Yucatán le negó a un matrimonio homosexual de varones la expedición del acta de nacimiento de su menor hijo nacido a través de este procedimiento médico, por lo que promovieron un juicio de amparo. Así también, se advierte que los quejosos suscribieron un acta compromiso con una mujer, para que ésta se sometiera a tratamiento médico de fertilización asistida (in vitro), resultante del esperma de uno de los cónyuges, y el óvulo de una donante anónima, de lo cual nació el 4 de febrero de 2016 el niño que el matrimonio homosexual presentó para su registro de nacimiento.

Al respecto, el Poder Judicial de la Federación determinó que para el caso de la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución, ante la ausencia de normatividad en el estado de Yucatán, conforme al art. 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior. En ese sentido, ante la realidad fáctica de un niño o una niña nacido bajo esta técnica, su derecho a la identidad y la protección a su interés superior exigen determinar la filiación que les corresponde, ya que tienen derecho a contar con todos los derechos derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo[37].

En el juicio de amparo en revisión 53/2017, resuelto el día 21 de noviembre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió el amparo para que el menor fuera registrado como hijo de los demandantes en el estado de Yucatán, para garantizar la vigencia del derecho del niño a tener una identidad, así como el derecho de los demandantes a su vida privada y procrear mediante las técnicas de reproducción asistida.

37 Tesis: 1a. LXXXVIII/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 71, Octubre de 2019, Tomo II, p. 1159.

3. Caso Ciudad de México.

En la Ciudad de México, se valoró el caso de un menor nacido bajo procedimiento de inseminación artificial heteróloga, en el que la madre demandó el desconocimiento de la paternidad, después de haberse divorciado de su esposo, cuando dentro del matrimonio se había dado el consentimiento para la práctica de esta técnica de reproducción asistida.

En la sentencia la Corte resolvió que en la inseminación artificial heteróloga, la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo ese tratamiento con el cónyuge o concubino varón y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno filial, es decir, para que el cónyuge varón asuma las responsabilidades derivadas de la filiación; voluntad que se protege bajo el amparo del art. 4° constitucional y que se obtiene de la interpretación funcional del Código Civil aplicable a esa entidad[38].

Además, reiteró la Corte que esta voluntad es el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo de quien es su madre; lo que impedirá que el cónyuge varón posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad, pues se considera que quien actúa así, contradice los parámetros de la buena fe objetiva, al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. En esa tesitura, al advertir que no se actaulizaba ninguna violación al derecho a la identidad del menor, se le negó a la madre la posibilidad de reclamar el desconocimiento de la paternidad.

VIII. RETOS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN MÉXICO: EL ORDEN DE LOS APELLIDOS.

Otro de los retos en cuanto al alcance del derecho a la identidad en México, lo encontramos cuando se trata de la posibilidad de registrar a un menor con distinto orden en cuanto a sus apellidos, toda vez que al no estar previsto en los códigos civiles esta prerrogativa, los padres tienen que promover en sede administrativa un juicio de amparo para efectos de que se valore el derecho a la identidad y el interés superior del menor y se ordene al Registro Civil competente la expedición del acta de nacimiento respectiva.

En el estado de Chihuahua, una pareja quería registrar a su recién nacida con los apellidos siguientes: primero el apellido paterno del padre y segundo el apellido materno de su madre. Sin embargo, el Registro Civil les indicó que no podría hacer el registro en esa forma dado que el Código Civil no se lo permitía.

38 Amparo directo en revisión 2766/2015

Los padres de la menor promovieron un juicio de amparo contra los actos del Registro Civil de Chihuahua[39], en la resolución el juez consideró que el derecho al nombre no es absoluto y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones, siempre que éstas no sean ilegales o arbitrarias. Se concluyó que el art. 60 del Código Civil del Estado de Chihuahua, no persigue una finalidad constitucionalmente válida al disponer que el nombre del hijo(a) se componga únicamente con los apellidos paternos de los progenitores, sin posibilidad de asentar los apellidos maternos de los mismos. Toda vez que, la obligatoriedad de transmitir a los hijos el apellido paterno refrenda una tradición que pretendía otorgar mayor estatus al hombre, pues se entendía que él era la cabeza de la familia y que su apellido era el que debía transmitirse de generación en generación; por lo que el privilegiar el apellido paterno en detrimento del materno persigue mantener concepciones y prácticas discriminatorias en contra de la mujer, por lo que tal objetivo es inaceptable desde el derecho a la igualdad de género.

De esta manera, el sistema de nombres es una institución a través de la cual se denomina y da identidad a los miembros de un grupo familiar. Así, la imposibilidad de registrar el apellido materno, implica el considerar que las mujeres tienen una posición secundaria frente a los padres de sus hijos. Tal concepción es contraria al derecho de igualdad en tanto las relaciones familiares deben darse en un plano de igualdad. Así, el sistema de nombres actualmente vigente reitera una tradición que tiene como fundamento una práctica discriminatoria, en la que se concebía a la mujer como un integrante de la familia del varón, pues era éste quien conservaba la propiedad y el apellido de la familia. Así, la imposibilidad de anteponer el apellido materno atenta contra el derecho a la igualdad y no discriminación de éstas debido a que implica reiterar la concepción de la mujer como miembro secundario de una familia encabezada por el hombre[40].

Finalmente se concedió el amparo a los padres de la niña y se ordenó al Registro Civil de Chihuahua que procediera al registro de la menor como lo solicitaban sus padres, anteponiendo como segundo apellido de la niña el segundo apellido de la madre (apellido materno).

En el estado de Veracruz, se promovió otro juicio de amparo[41] en donde los padres de una menor solicitaban al juez que les concediera que se le asignaran sus segundos apellidos, toda vez que el Registro Civil de Veracruz se los negó al no estar previsto en el Código Civil de esa entidad. En la sentencia se aplicó la constitucionalización del derecho al nombre como parte del derecho a la identidad y se ordenó expedir el acta de nacimiento de la menor con los apellidos

39 Juicio de amparo 1072/2019.

40 Tesis: 1a. CCIX/2017, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, p. 434.

41 Amparo 460/2019 y su acumulado 633/2019.

en la secuencia que solicitaron sus progenitores, sin que exista limitante u orden específico a seguir.

Como se puede observar, en los diversos estados de México, tanto en el norte como en el sur, para poder registrar a un menor con cambios en el orden de sus apellidos, debe agotarse un procedimiento administrativo que concluye en un juicio de amparo, que, en términos de una justicia pronta y expedita, se lleva por lo menos seis meses hasta obtener una sentencia favorable.

En la Ciudad de México, capital del país, a partir de una sentencia emitida en octubre de 2016, se declaró inconstitucional el art. 58 de su código civil, en virtud de que busca reiterar un prejuicio que discrimina y disminuye el rol de la mujer en el ámbito familiar, toda vez que reitera la concepción de que la mujer tiene un papel secundario en la familia en relación con el hombre, por ende, en ese juicio se determinó que las actas de nacimiento de los menores debían contener el orden de los apellidos elegido por los padres de común acuerdo[42].

Así, en octubre de 2017, la Ciudad de México reformó su Código Civil[43], para incorporar que el acta de nacimiento contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre o nombres propios y los apellidos de los progenitores en el orden de prelación que ellos convengan, de tal forma que el Juez del Registro Civil deberá especificar, de forma expresa, el orden que acuerden, con la salvedad de que el orden de los apellidos acordado se considerará para los demás hijos e hijas del mismo vínculo.

En el estado de Oaxaca, se determinó que el art. 68 fracción V de su Código Civil (vigente hasta el 14 de abril de 2017), al no permitir que los apellidos maternos de los progenitores pasen a formar parte del nombre del hijo, vulnera el derecho humano al nombre consagrado en el art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que no puede considerarse un fin constitucionalmente válido establecer un orden en el que se privilegia la posición del varón en la familia. De modo que, privilegiar el apellido paterno en detrimento del materno persigue mantener concepciones y prácticas discriminatorias en contra de la mujer, por lo que es inaceptable desde el derecho a la igualdad de género[44].

En el año 2018, se dictó una sentencia en la que se consideró que para evitar prácticas discriminatorias de género, los juzgadores deben dar vista y hacer del

42 Tesis: 1a. CCVII/2017, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, p. 433.

43 *Cfr.* Art. 58 del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México.

44 Tesis: (V Región)1o.1 CS, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 45, Agosto de 2017, Tomo IV, p. 2831.

conocimiento de la madre de un menor que tiene la posibilidad de elegir el orden de los apellidos de éste en el nuevo nombre a designar cuando reclame el reconocimiento de paternidad para que, en un plazo razonable, manifieste lo que considere pertinente, sin demérito del derecho del menor a participar en ese procedimiento que afecta su esfera jurídica y se valore la posibilidad de que participe activamente[45].

El derecho a la identidad debe garantizarse a través del sistema jurídico mexicano, especialmente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, uno de estos aspectos lo encontramos al momento de realizar el registro de nacimiento, en relación al nombre y los apellidos que deben asentarse para la respectiva expedición del acta de nacimiento, por eso es tan importante el diseño de una política pública que permita dar seguimiento en relación al trabajo que se realiza en los diversos Estados que conforman la República Mexicana, para evitar algún tipo de violación de derechos humanos en el momento que las personas acuden al Registro Civil con la intención de registrar a sus menores hijos.

IX. CONCLUSIONES.

En el sistema jurídico mexicano, el derecho a la identidad se reconoce como derecho humano y fundamental, tutelado en el art. 4º de la Constitución Federal, sin embargo, su contenido y alcance ha provocado cambios en el tradicional derecho de familia, es el caso de las relaciones paterno filiales.

El derecho a la identidad es inherente a los atributos y dignidad de la persona; garantiza a cada individuo la asignación de los componentes esenciales de identificación jurídica: nombre, apellidos, natalicio, sexo, mediante el registro inmediato del nacimiento a través de la expedición del acta de nacimiento correspondiente; que además permite el ejercicio de otros derechos, tales como el acceso a la educación, salud y sano esparcimiento.

Ante juicios de reconocimiento o desconocimiento de la paternidad, en donde se encuentra de por medio un menor, al aplicar la constitucionalización del derecho de familia, para garantizar el derecho a la identidad y el interés superior de la niñez, la filiación del infante se determina conforme a la verdad biológica o conforme a sus relaciones familiares existentes.

Para el ejercicio de las acciones de desconocimiento de paternidad, acorde con el contexto internacional sobre la protección de los derechos de la niñez y su interés superior, se establece un plazo de caducidad en materia de filiación dentro

45 Tesis: (IV Región)1o.6 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 56, Julio de 2018, Tomo II, p. 1589.

de la legislación civil correspondiente, para que se puedan consolidar las relaciones familiares existentes.

Los operadores jurídicos deben cuidar la forma de resolver cada juicio en materia familiar, utilizando técnicas de argumentación y ponderación que eviten causar daños a las personas involucradas en el juicio, en el que deben considerarse las siguientes variables: interés superior de la niñez, derecho a la dignidad; derecho a la identidad; derecho a la igualdad y no discriminación; así como perspectiva de género.

El derecho a la identidad en México se enfrenta a nuevos retos, es el caso de los menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en donde por falta de legislación o por contar con una legislación inadecuada, se ha negado el registro de nacimiento, lo que atenta contra el interés superior de la niñez y limita las políticas públicas en cuanto al objetivo de tener una cobertura del registro universal de nacimiento.

Finalmente, el cambio en el orden de los apellidos en México únicamente se obtiene a través de juicios de amparo que promueven los padres de los menores, situación que provoca un registro extemporáneo de nacimiento, toda vez que la duración de los procedimientos judiciales se tarda entre seis meses y un año. Solamente en el Código Civil de la Ciudad de México, se prevé esta prerrogativa desde 2017, por tanto, deberá diseñarse un lineamiento o política pública que, en atención al derecho a la identidad y el interés superior de la infancia, permita a los registros civiles del resto de las entidades federativas de México, la autorización de dicho registro de forma inmediata.

BIBLIOGRAFÍA

De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1/2018, pp. 301-340.

ONU, Observación general 14. Sobre el derecho del niño a que interés superior sea una consideración primordial, 2013.

ONU, Observación general 17. Los derechos del niño (artículo 24), Comité de Derechos Humanos, 1989.

Pérez Fuentes, G. M.: "La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia en México", *Revista Boliviana de Derecho*, número 25, enero 2018.

Reyes López, M. J.: "La filiación" en De Verda y Beamonte, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV, Derecho de familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

UNICEF, Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía – UNICEF México, 2018.

UNICEF, Observación General 7, realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005.

Wheatley Fernández, J. L.: Foro temático "Derecho a la identidad, la puerta de acceso a tus derechos" agosto 2019, disponible en: https://www.gob.mx/segob/renapo/acciones-y-programas/derecho-a-la-identidad-la-puerta-de-acceso-a-tus-derechos

LA IMPUGNACIÓN DE LOS RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA

CONTESTATION OF RECOGNITIONS BY COMPLACENCY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 578-617

María Amalia
BLANDINO
GARRIDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El presente trabajo contiene un estudio de los reconocimientos de la paternidad efectuados por complacencia y de la problemática que se suscita cuando el autor de la declaración, como consecuencia de las desavenencias con su esposa o pareja, a la sazón madre del reconocido, pretende deshacer la filiación por él mismo creada. Se analiza de forma crítica la postura mantenida por el Tribunal Supremo en sus sentencias más recientes, en las que sostiene la validez de estos reconocimientos y, al mismo tiempo, la legitimación de su autor para impugnar la filiación derivada de esta declaración mendaz. El análisis crítico de la doctrina jurisprudencial se acompaña de una exposición argumentada acerca del valor que, atendiendo a los principios constitucionales y a la normativa vigente, debe atribuirse a estos reconocimientos.

PALABRAS CLAVE: Reconocimiento de complacencia; paternidad; filiación no matrimonial; acción de impugnación; legitimación; nulidad de pleno derecho.

ABSTRACT: *This paper contains a study of recognition of paternity made by complacency and the problems that arise when the author of the declaration, as a result of disagreements with his wife or partner, tries to eliminate the filiation created by himself. The study contains a critical study of the thesis maintained by the Supreme Court in its most recent judgements. In these decisions, the recognitions are considered valid, while at the same time legitimation is granted to its author to contest the paternity. The critical analysis of jurisprudential doctrine is accompanied by an argumentative presentation of the value that, in accordance with constitutional principles and current legislation, should be attributed to these recognition of paternity.*

KEY WORDS: *Complacency recognition; paternity; non marriage filiation; action for annulment; legitimacy; absolute nullity.*

SUMARIO.- I. EL FUNDAMENTO DE LA FILIACIÓN NO ADOPTIVA: CRISIS Y CUESTIONAMIENTO.- II. EL RECONOCIMIENTO COMO FORMA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL.- III. LOS RECONOCIMIENTOS DE LA PATERNIDAD POR COMPLACENCIA.- 1. Caracterización.- 2. Distinción de los reconocimientos "de conveniencia".- IV. VALOR DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE SU VALIDEZ.- 1. Planteamiento jurisprudencial y registral inicial: la nulidad de los reconocimientos de complacencia.- 2. El inexplicable cambio de criterio jurisprudencial: la validez del reconocimiento de complacencia.- 3. Valoración crítica: el reconocimiento de complacencia constituye un acto nulo de pleno derecho.- V. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL RECONOCEDOR DE COMPLACENCIA PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO O LA PATERNIDAD DERIVADA DEL MISMO.- 1. Planteamiento.- 2. La impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento: inaplicación del art. 141 CC cuando se alega la ausencia de paternidad biológica.- 3. La criticable doctrina del Tribunal Supremo sobre la legitimación del autor de un reconocimiento de complacencia para impugnar la filiación.- 4. Criterio acorde con los postulados de nuestro ordenamiento: la ausencia de legitimación del reconocedor "de complacencia".- VI. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE UN RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA.- 1. Evolución jurisprudencial en torno al tipo de acción de impugnación que puede ejercitarse.- A) El debate jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 119 CC a los reconocimientos de complacencia.- B) La aplicación de los artículos 136 y 140 CC, respectivamente, en función de si la filiación es matrimonial o extramatrimonial.- 2. Tesis que se defiende: la acción declarativa de la nulidad del reconocimiento de complacencia.- A) La anulación del reconocimiento y de la filiación indebidamente determinada.- B) La legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad.- C) Imprescriptibilidad de la acción de nulidad.- VII. CONCLUSIONES.

I. EL FUNDAMENTO DE LA FILIACIÓN NO ADOPTIVA: CRISIS Y CUESTIONAMIENTO.

La más reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre los denominados reconocimientos "de complacencia" –aquellos realizados por su autor a sabiendas de que el hijo reconocido no lo es biológicamente- ha puesto en entredicho el fundamento de la filiación por naturaleza como institución jurídica y el propio sentido de la paternidad[1]. Y es que, si la filiación es la relación jurídica que media entre el progenitor y el hijo como consecuencia del hecho biológico de la generación, difícilmente puede mantenerse la validez de una paternidad fundada, desde su origen, en la mera voluntad de comportarse como padre, desligada de lazos biológicos, amén de admitir que esa misma libertad legitima al sujeto para

1 Al cuestionamiento de estos aspectos esenciales del Derecho de la filiación no adoptiva se refieren Barber, R., Quicios, S. y Verdera, R. (coord.): en la "Presentación" de la obra *Retos actuales de la filiación. Asociación de Profesores de Derecho Civil,* Tecnos, Madrid, 2018, p. 13.

• María Amalia Blandino Garrido
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil de la Universidad de Cádiz. Correo electrónico: amalia.blandino@uca.es

desvincularse a su antojo de ese vínculo paterno-filial que en su día quiso instaurar. Este planteamiento jurisprudencial implica dar entrada a una nueva concepción de la paternidad fundada en la voluntad (y no estamos hablando de la filiación adoptiva, ni de la procedente de las técnicas de fecundación asistida), junto a la derivada del hecho biológico, obviando nuestro sistema constitucional y legal de la filiación.

El régimen legal sobre la filiación de nuestro Código civil obedece, en lo sustancial, a la estructura sociológica de la España de 1978. Es evidente que nada tiene que ver el modelo familiar en el que se inspiró el legislador de 1981 para adaptar nuestro Código Civil a las exigencias constitucionales (arts. 14 y 39) con los sistemas convivenciales actualmente vigentes[2]. Sin embargo, por mucho que la sociedad haya evolucionado y que nuevas concepciones familiares se hayan normalizado, no es posible perder de vista que nuestro texto constitucional dio vía libre, en el art. 39.2, a la investigación de la paternidad, mandato del constituyente que -sin desconocer otros principios como el de la seguridad jurídica (art. 9.3) y la protección de la familia y del interés o beneficio de los hijos (art. 39 CE)- tiene por finalidad primordial, según la jurisprudencia constitucional, "la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)"[3].

Es este principio de veracidad o adecuación de la paternidad jurídico-formal a la biológica, cohonestado con la protección del *favor filii* y de la seguridad jurídica, los que guiaron al legislador de 2015 cuando reformó las acciones de filiación, único aspecto de fondo modificado en el régimen del Código Civil sobre la filiación no adoptiva[4]. Nuestro legislador daba, así, respuesta a las declaraciones de inconstitucionalidad recaídas respecto de los arts. 133 y 136 CC, intensificando los cauces que permiten que aflore la realidad biológica[5].

2 Fue la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la que acomodó nuestro Código Civil a las exigencias constitucionales, modificando el Título V del Libro I del Código Civil, que mantiene el título originario ("De la paternidad y filiación").

3 La expresión entrecomillada proviene de la STC 138/2005, de 26 mayo (RTC 2005, 138), Fundamento jurídico cuarto.

4 Se han producido otras reformas de menor calado, como la operada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (modifica el art. 108 CC), por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos (modifica el art. 109 CC), por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (deroga los arts. 127 a 130, el párrafo segundo del art. 134 y el art. 135 CC, trasladando el contenido material de tales preceptos a los arts. 764, 765, 767 y 768 LEC) y por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (reforma el art. 120 CC).

5 La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia modificó los arts. 133 y 136 CC. La regulación propuesta respondía a que el primer párrafo del artículo 133 había sido declarado inconstitucional, en cuanto impedía al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado [SSTC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273) y 52/2006, de 16 de febrero (RTC 2006, 52)]. En parecidos términos, había sido declarado inconstitucional el primer párrafo del artículo 136, en cuanto comportaba que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empezara a correr, aunque el marido ignorase no ser el progenitor biológico de quien había sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil [SSTC 138/2005,

Con la salvedad indicada, el sistema normativo instaurado en el Código Civil con la reforma de 1981 para la determinación de la filiación ha permanecido prácticamente intacto, proviniendo sus matizaciones de las elaboraciones interpretativas de la jurisprudencia que, sin embargo, no siempre han sido respetuosas con los criterios básicos de la regulación legal[6]. En concreto, en el ámbito de la determinación extrajudicial de la filiación efectuada por mera complacencia, nos encontramos con una jurisprudencia titubeante, que ha oscilado entre considerar que el reconocimiento es nulo de pleno derecho o plenamente válido e inscribible (criterio este último actualmente vigente); en ambos casos –y con escasas salvedades- se ha admitido la legitimación del reconocedor para impugnar la paternidad, resultando discutido el tipo de acción de impugnación que cabe ejercer respecto de la filiación que aparece en el Registro Civil[7].

A lo largo de este trabajo, intento sustentar con fundamentos constitucionales y legales, frente a la doctrina jurisprudencial indicada, que los reconocimientos de complacencia no pueden ser válidos y que quien ha reconocido faltando a la verdad, siendo consciente de que no es el padre biológico del hijo reconocido, no puede gozar de legitimación para la impugnación posterior de una filiación que él mismo, de forma ficticia, ha creado.

II. EL RECONOCIMIENTO COMO FORMA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL.

Como es sabido, la filiación se determina en nuestro ordenamiento de forma distinta si hay matrimonio que si no lo hay, aunque los efectos, una vez fijada, sean idénticos por imperativo constitucional (arts. 14 y 39 CE y 108 CC)[8]. La dualidad en la determinación extrajudicial de la filiación y, más concretamente, de la paternidad, según tenga carácter matrimonial o extramatrimonial, goza, conforme a la jurisprudencia constitucional, de una "justificación suficiente, objetiva y razonable"[9].

Partiendo de esta dualidad, el sistema instaurado en el Código Civil con la reforma de 1981, facilita la determinación y la reclamación de la filiación

de 26 de mayo (RTC 2005, 138) y 156/2005, de 9 de junio (RTC 2005, 156)]. Se completa el cuadro de reformas con las recogidas en los arts. 137, 138 y 140 CC.

6 Fernández Campos, J.A. y Verdera Server, R.: "Rectos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación", en AA.VV.: *Retos actuales de la filiación,* Tecnos, Madrid, 2018, p. 17.

7 Como señalara la STS 26 noviembre 2001 (RAJ 2001, 9527) respecto de los "reconocimientos de complacencia", "[n]i la doctrina, ni siquiera la jurisprudencia han interpretado pacíficamente los criterios de impugnación de estos reconocimientos".

8 Un análisis de esta distinción en Fernández Campos, J.A. y Verdera Server, R.: "Retos actuales de la determinación", cit., pp. 16-30.

9 Fundamento jurídico tercero de la STC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138) y cuarto de la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273).

matrimonial, dificultando su impugnación[10]. En la filiación extramatrimonial, en cambio, no cabe la determinación por medio de presunciones, ampliando los arts. 139 y 140 CC los supuestos de legitimación y concediendo plazos de caducidad más prolongados para las acciones de impugnación. Este régimen ha permanecido inmutable en nuestro Código, sin que el legislador haya apreciado la necesidad de recoger una presunción de paternidad no matrimonial derivada de la convivencia, pese al incremento del porcentaje de hijos nacidos de madres no casadas acaecido en los últimos cuarenta años[11].

Si bien las presunciones legales no entran en juego para la fijación de la filiación no matrimonial, el legislador ha otorgado un valor relevante a la voluntad individual en su determinación a través del acto de reconocimiento[12]. Nuestro ordenamiento considera el reconocimiento como una de las formas -en la práctica, la más habitual- de determinación de la filiación no matrimonial por naturaleza (art. 120.1º y 2º CC)[13]. En realidad, el padre no reconoce al sujeto como hijo no matrimonial, sino que reconoce la paternidad, lo reconoce como hijo suyo[14]. El carácter –matrimonial o no matrimonial- de la filiación es un "efecto automático que no requiere manifestación alguna de voluntad de los progenitores sin que tampoco la voluntad en contra de éstos tenga eficacia"[15]. La determinación de la paternidad no matrimonial derivada del reconocimiento puede tener lugar con carácter simultáneo o sucesivo al establecimiento de la maternidad (arts. 120, apartado 1º y 5º, CC)[16]; no obstante, como veremos, cuando estamos ante un reconocimiento de complacencia, la paternidad se reconoce de forma sucesiva a la fijación de la maternidad.

Constituye el reconocimiento un acto jurídico voluntario, en cuya virtud, el padre o la madre declaran que una persona es su hijo, al margen de que la relación sea más o menos afectiva y del grado concreto de implicación que se

10 Sobre la relevancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio en orden a su determinación legal, se manifestaba la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que dio lugar a la reforma de 1981.

11 Según datos del INE la proporción de nacidos de madres no casadas en nuestro país era en 1975 de 2,02, siendo en 2018 (último año publicado) de 47,28.

12 Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)", *ADC,* vol. 58, núm. 3, 2005, p. 1052, pone de manifiesto "el amplio espacio dejado a la voluntad individual en la determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial, la desproporción entre los pocos requisitos para determinar por ese procedimiento la filiación y los muchos y graves efectos que de ésta derivan".

13 Al margen del reconocimiento formal que regula el art. 120.1º del CC, en la filiación matrimonial caben también otros reconocimientos, como el expreso o tácito al que se refiere el art. 117 y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial que contempla el art. 118 CC [STS de 5 de julio de 2004 (RAJ 2004, 5454)].

14 Fernández Campos, J.A. y Verdera Server, R.: "Rectos actuales", cit., p. 20.

15 SAP Vizcaya (Sección 3ª), 16 diciembre 1999 (AC 1999, 7455).

16 La posibilidad de determinar la filiación no matrimonial paterna de forma simultánea a la de la madre aparece reconocida en el art. 120.1º CC, tras la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

pretenda asumir[17]. A través de este acto, su autor admite ser el progenitor del reconocido, lo que conlleva, si concurren las condiciones exigidas en cuanto a forma, autorizaciones y consentimientos, la determinación legal de la filiación. En el reconocimiento la voluntad juega en el momento de la emisión de la declaración, en la medida en que queda a la libertad del reconocedor realizar o no el acto. Una vez formulada la declaración, los efectos son los que establece la ley[18], sin que el reconocedor pueda variar o adaptar su alcance[19].

En cuanto a su contenido, considero, con la doctrina más asentada, que se trata de una "declaración de ciencia"[20], "una pura y simple afirmación de paternidad o maternidad biológica"[21], "cuyo contenido implícito o explícito es la declaración de que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el reconocimiento"[22]. Se trata, pues, de un acto que presupone la veracidad de la filiación reconocida, esto es, que quien reconoce es el padre biológico del hijo reconocido[23]. El problema, como ha sido destacado[24], es que nuestro ordenamiento no exige que se acredite la veracidad de la filiación afirmada.

El reconocimiento es caracterizado en la jurisprudencia por ser un acto unilateral, personalísimo, formal o solemne e irrevocable[25]. Dentro de los caracteres asociados al reconocimiento, a los efectos de este estudio, interesa destacar la

17 SAP Vizcaya (Sección 3ª), 16 diciembre 1999 (AC 1999, 7455) y SAP Sevilla (Sección 2ª), 17 septiembre 2002 (JUR 2003, 89330).

18 Para Gallego Domínguez, I.: "Comentario al Artículo segundo. Seis", en AA.VV.: *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,* Dykinson, Madrid, 2018, p. 486, la nueva literalidad del art. 138 del CC abona, con toda corrección la tesis del reconocimiento como acto jurídico -los efectos se producen "ex lege"- más que como negocio jurídico de familia, cuyos efectos se producen "ex voluntate".

19 Señala la STS 14 marzo 1994 (RAJ 1994, 1777) que "el acto del reconocimiento es una declaración de voluntad tendente a producir efectos jurídicos y no puede degradarse a la categoría de confesión extrajudicial, medio de prueba, una de las utilizables según el derecho para acreditar los hechos, los actos jurídicos y los contratos". La SAP Asturias, 20 septiembre 1994 (AC 1994, 1507) y la SAP Soria, 23 diciembre 2002 (JUR 2003, 44003) destacan que el reconocimiento "es un acto jurídico con efectos predeterminados por la Ley en el que el sujeto, como sucede con otras instituciones como el matrimonio, no puede regular su contenido por lo que el único campo en que opera la autonomía de la voluntad es en la emisión de la declaración pero no en la determinación de los efectos que de ella se derivan".

20 Lacruz Berdejo, J.L. (dir.): *Elementos de Derecho Civil,* t. IV, *Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, 4ª ed., p. 325.

21 Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil,* t. IV, *Derecho de Familia*, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2007, p. 222.

22 Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 235.

23 Berrocal Lanzarot, A.I.: "Reconocimiento de la filiación por complacencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010", *RCDI,* núm. 728, noviembre-diciembre 2011, p. 3422.

24 Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Prólogo", en Gallo Vélez, A. S.: *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 14 y 15.

25 STS 27 octubre 1993 (RAJ 1993, 7664). Las SAP Pontevedra (Sección 5ª), 31 enero 2002 (AC 2002, 445) y la SAP A Coruña (Sección 3ª), 23 febrero 2007 (JUR 2007, 138259) desarrollan cada uno de estos caracteres, en el sentido siguiente: "a) Se trata de un acto unilateral, al consistir en una declaración única y no recepticia del reconocedor, que no precisa de aceptación. b) Se trata de un acto personalísimo del reconocedor –que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuanto su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento–. c) Se trata de un acto formal y expreso. d) Se trata de un acto puro, no sometible a condición o término. e) e trata de un acto irrevocable –como cabe inferir del contenido del artículo 741 del Código Civil –, aunque susceptible de impugnación".

nota de la irrevocabilidad. El reconocimiento es un acto unilateral que, una vez formulado, no permite a su autor arrepentirse o retractarse de la declaración emitida, revocándola[26]. La irrevocabilidad del reconocimiento obedece a exigencias de seguridad y de permanencia del estado civil de filiación[27], así como a la aplicación de la doctrina que veda ir contra los propios actos[28]. El ordenamiento, así pues, no otorga valor a las decisiones del reconocedor contrarias a la declaración formulada, aunque cuenten con la conformidad de la madre del reconocido[29]. En este sentido, ni siquiera en el caso de que el reconocimiento se haya efectuado a través de un testamento –acto revocable por definición- la revocación del mismo no supondrá la del reconocimiento de los hijos no matrimoniales que pueda contener dicho documento (art. 741 del CC y 422-8.2 CC.Cat.).

Si bien el que reconoce una filiación extramatrimonial no puede retractarse posteriormente del reconocimiento, cabe que recurra a su impugnación, si acredita que su voluntad estaba viciada[30] o se demuestra, posteriormente, que el reconocido no es hijo del que le reconoció[31], siempre que -según la tesis que defiendo- esta circunstancia no fuese conocida por el reconocedor cuando efectuó el acto de reconocimiento[32].

26 *Vid.* SAP Vizcaya (Sección 3ª), 16 diciembre 1999 (AC 1999, 7455) y SAP Sevilla (Sección 2ª), 17 septiembre 2002 (JUR 2003, 89330).

27 La STS 20 enero 1967 (RAJ 1967, 383) establece que "el reconocimiento es, en principio, irrevocable por exigencias de la seguridad del estado civil de las personas, dado que el cambio de voluntad de reconocer es incompatible con las condiciones de permanencia de todo estado civil". En la misma línea, la RDGRN 14 marzo 1994 (RAJ 1994, 2296) señala que "en armonía con el consiguiente carácter de interés o de orden público que, en el plano jurídico, tiene todo estado civil, las cuestiones relativas al mismo están, en principio, sustraídas a la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 6, 1271 y 1814 CC), lo cual determina que no pueda darse relevancia a las decisiones de los interesados, fuera de los supuestos permitidos por las leyes". En el mismo sentido, SAP Guadalajara, 26 octubre 2002 (JUR 2002, 285419).

28 La RDGRN 14 marzo 1994 (RAJ 1994, 2296) apunta que "agotada la intervención que en la constitución del estado de hijo no matrimonial atribuye la ley al declarante, éste no puede después ni aun con el consentimiento de la madre, yendo, además, contra sus propios actos, ni renunciar en bloque a las consecuencias jurídicas que su acto jurídico comporta, ni tampoco arrepentirse o retractarse de su declaración, revocándola".

29 No cabe tampoco otorgar valor a la revocación del consentimiento prestado por la madre, pues, como dispuso la RDGRN 11 noviembre 1987 (RAJ 1987, 8734), "una vez obtenido el consentimiento del representante legal, éste no puede, yendo contra sus propios actos, desdecirse o retractarse de su declaración. Las mismas razones que inducen a configurar el reconocimiento como un acto irrevocable (cfr. sobre todo, art. 741 CC) juegan para el consentimiento complementario del reconocimiento y que dota a éste de plena eficacia. Por esto es aquí intrascendente que la madre, desde el principio conforme con la inscripción de la filiación paterna, haya alegado después en el recurso que no desea que el varón autor del reconocimiento figure como padre de la menor, porque no lo es y porque no quiere mantenerla. El reconocimiento ha quedado perfeccionado, es por ello inscribible y las alegaciones de la madre corresponden a otras instancias".

30 Como señala la STS 27 octubre 1993 (RAJ 1993, 7664), "resulta incuestionable el principio legal y jurisprudencial que atribuye al reconocimiento de paternidad los caracteres de acto unilateral, personalismo, formal y sobre todo irrevocable (arts. 120.1.º y 741 del Código Civil); perdiendo su fuerza legal únicamente si se acredita que se ha incurrido en un vicio de la voluntad".

31 SSTS 20 enero 1967 (RAJ 1967, 383) y 10 febrero 1997 (RAJ 1997, 937).

32 *Vid.*, este en este sentido, la SAP A Coruña (Sección 3ª), 23 febrero 2007 (JUR 2007, 138259).

III. LOS RECONOCIMIENTOS DE LA PATERNIDAD POR COMPLACENCIA.

1. Caracterización.

El supuesto fáctico que ha dado lugar a la jurisprudencia sobre los reconocimientos de complacencia ha consistido, con diferentes matices, en el siguiente: varón que, en el marco de una relación conyugal o de convivencia de hecho, decide reconocer al hijo que tuvo su compañera (esposa o conviviente) antes de iniciarse esta relación de pareja, sin paternidad determinada. Con posterioridad, normalmente al producirse la crisis conyugal o convivencial, el padre ejercita una acción de impugnación de la filiación respecto del hijo reconocido, con el fin de desentenderse de las obligaciones económicas paterno-filiales[33]. Caben reconocimientos de complacencia de la maternidad, si bien, en la práctica, las decisiones de nuestros tribunales han resuelto siempre los efectuados para la determinación de la paternidad, por lo que centraremos nuestro estudio en estos últimos.

Cuando se efectúa un reconocimiento de la paternidad de complacencia, su autor es plenamente consciente de que no es el padre del reconocido[34], aunque no lo explicite, "pues ello sería hasta contradictorio con su voluntad emitida"[35]. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 15 de julio de 2016[36], precisa que lo que caracteriza a estos reconocimientos "es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza". El declarante prescinde de la realidad biológica, siendo la misma totalmente ajena al contenido de la declaración y ello con pleno conocimiento de esta discrepancia. Difiere, lógicamente, este reconocimiento mendaz del efectuado por quien cree ser padre biológico del reconocido, aunque en la realidad no lo sea; no es lo mismo sufrir una equivocación al declarar la paternidad, emitiendo un reconocimiento

33 Así, en el caso resuelto por la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196), que fija la discutible doctrina jurisprudencial actualmente aplicable, el demandante había reconocido a la hija biológica de su esposa como hija suya, sabiendo que no lo era en realidad, con el expreso consentimiento de la madre de la menor, con la que había contraído matrimonio hacía dos años. Aproximadamente un año después del referido reconocimiento, cesó la convivencia conyugal, iniciando la esposa el procedimiento de divorcio. En el proceso del cual dimana el recurso de casación que da lugar a esta sentencia, el actor había interpuesto una demanda de impugnación del reconocimiento de filiación contra la madre de su hija, en la que solicitaba que se declarase que no era el padre de la menor.

34 Define García Vicente, J.R.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004", *CCJC,* núm. 67, enero-abril de 2005, pp. 437-438, los reconocimientos de complacencia como "aquellos en los que el marido o compañero estable de la madre decide reconocer al hijo de esta para complacerla (asume como propios hijos anteriores de su esposa o compañera) consciente de la falsedad biológica de la filiación que determina, empleando el «reconocimiento» (art. 120 CC) y no recurriendo, como sería lo más apropiado, a las normas que permiten la adopción de los hijos de su esposa o compañera (art. 176.2 CC)".

35 STS 12 julio 2004 (RAJ 2004, 5356).

36 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

meramente inexacto, que crear de manera artificial un estado civil basado en la mera voluntad del declarante. En ambos casos, la filiación jurídica derivada del reconocimiento no coincide con la realidad biológica, de manera que, aun naciendo como un acto formalmente válido, no es exacto en su contenido. Sin embargo, en los casos de los reconocimientos inexactos, cuando el reconocedor afirma o declara la propia paternidad cree en ella, por resultar verosímil o, al menos, creíble; el padre legal desconoce que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como su hijo. En los reconocimientos de complacencia, en cambio, el autor conoce que la verdad biológica no coincide con la que representa el reconocimiento de paternidad, creándose de forma consciente una relación jurídica de filiación entre quienes se sabe que no están unidos por vínculos biológicos[37]. Es por ello que, un denominador común a los recursos que han dado lugar a los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre los reconocimientos de complacencia es que no se cuestiona la realidad de que el demandante no es el progenitor biológico del reconocido, habiéndose reputado, en ocasiones, incluso innecesaria la práctica de la pertinente prueba pericial biológica[38], siendo el objeto de discusión la validez o nulidad del reconocimiento, la legitimación del reconocedor para la impugnación de la paternidad y el tipo de acción a ejercitar.

Como ya se ha apuntado, el reconocimiento de complacencia tiene lugar siempre con carácter sucesivo a la determinación de la maternidad. Cuando se efectúa el reconocimiento, la maternidad ha quedado legalmente determinada (normalmente, al amparo del art. 120.5º del CC, haciendo constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil). La paternidad se refiere al nacido de la esposa o pareja del reconocedor, cuya maternidad ya se encontraba establecida.

2. Distinción de los reconocimientos "de conveniencia".

Como se ha indicado, los reconocimientos denominados "de complacencia" se realizan con pleno conocimiento de la falta de vínculo biológico con la persona reconocida. El autor es consciente de que el hijo reconocido no fue engendrado por él, efectuando el reconocimiento como acto de complacencia (por ejemplo, por razones afectivas con la madre o con el propio hijo). El reconocedor desea, pues, instaurar la relación de filiación con el reconocido, es decir, quiere comportarse respecto al reconocido como si fuese hijo suyo. En esto se diferencian, según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, de los denominados reconocimientos "de conveniencia" o en fraude de ley, cuya finalidad es "crear una mera apariencia

37 Destaca esta distinción Berrocal Lanzarot, A.I.: "Reconocimiento de la filiación", cit., p. 3418.

38 Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196) en la contestación a la demanda se alegó que la madre nunca había negado que el actor no era el padre biológico de su hija, por lo que carecía de sentido someterla a la prueba biológica de paternidad, cuando, además, ello nada iba a aportar a la litis.

de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere"[39]. La distinción entre los reconocimientos "de complacencia" (en los que el autor desea establecer la relación de filiación) y los efectuados "por conveniencia" o en fraude de ley (a través de los cuales se pretende conseguir los beneficios de una norma que exige la filiación), aparece, en cambio, desdibujada en las resoluciones de la DGRN[40].

Los reconocimientos realizados en fraude de ley se contemplan en el apartado 4 del art. 235-27 CC.Cat., a cuyo tenor, "[e]l reconocimiento de la paternidad hecho en fraude de ley es nulo", añadiendo la norma que "[l]a acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el ministerio fiscal o por cualquier otra persona con un interés directo y legítimo". El TSJ de Cataluña ha negado que los reconocimientos de complacencia, en Cataluña, se encuentren insertos en este art. 235-27.4 CC.Cat., que regula los reconocimientos fraudulentos[41], es decir, aquellos que "no se encaminan a establecer vínculos de filiación sino que persiguen una finalidad ilegítima, contraria al ordenamiento jurídico"[42].

IV. VALOR DEL RECONOCIMIENTO "DE COMPLACENCIA": ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE SU VALIDEZ.

1. Planteamiento jurisprudencial y registral inicial: la nulidad de los reconocimientos de complacencia.

Tradicionalmente, nuestra jurisprudencia sostenía que cuando el reconocimiento no se correspondía con la verdad biológica, con plena consciencia de su autor, era radicalmente nulo, si bien ello no impedía que produjese sus efectos mientras no fuese impugnado, facultando al reconocedor para el ejercicio de la acción de impugnación con la consiguiente cesación de sus efectos. La doctrina de la nulidad del reconocimiento efectuado por quien sabe que no es el verdadero progenitor del reconocido se remonta a las sentencias de 20 de enero de 1967[43],

39 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196). Equipara, en cambio, los reconocimientos "de complacencia" a los de "conveniencia interesada", la STS 12 julio 2004 (RAJ 2004, 5356).

40 Así, por ejemplo, la RDGRN 4 septiembre 2015 (JUR 2016, 50291) considera reconocimiento de complacencia el efectuado por un ciudadano español 49 años después del nacimiento de la reconocida y unos meses antes de iniciar el hijo de la reconocida el expediente de opción a la nacionalidad española.

41 SSTSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), 1 julio (RAJ 2019, 4423) y 8 julio 2019 (JUR 2019, 261355).

42 STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), 8 julio 2019 (JUR 2019, 261355).

43 STS 20 enero 1967 (RAJ 1967, 383).

28 de marzo de 1994[44], 31 de octubre de 1997[45], 27 de mayo[46], 4 de junio[47] y 12 de julio de 2004[48]. Dos días después de dictarse la Sentencia de 12 de julio de 2004, la tesis de que el principio de veracidad biológica comporta la nulidad de los reconocimientos de complacencia quedó ya implícitamente rechazada por la Sentencia de 14 de julio de 2004[49], y desde entonces nunca ha vuelto a ser acogida por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

En concordancia con este criterio jurisprudencial y en aras del principio de la veracidad biológica, la DGRN había apreciado en numerosas ocasiones que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial era nulo de pleno derecho[50] y que no podía ser inscrito cuando hubiera en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se dedujera que tal reconocimiento no se ajustaba a la realidad[51].

2. El inexplicable cambio de criterio jurisprudencial: la validez del reconocimiento de complacencia.

En los últimos años, el Tribunal Supremo rompe con el criterio mantenido hasta entonces para fijar, como doctrina jurisprudencial, que "el reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia" y que "no cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica"[52]. Esta posición de la Sala Primera del Tribunal

44 STS 28 marzo 1994 (RAJ 1994, 2528).

45 STS 31 octubre 1997 (RAJ 1997, 8438).

46 STS 27 mayo 2004 (RAJ 2004, 4265).

47 STS 4 junio 2004 (RAJ 2004, 4418).

48 STS 12 julio 2004 (RAJ 2004, 5356). En esta sentencia, el Tribunal Supremo entendió que "pese a los desvíos de una conducta acorde con los modelos de asunción de lo antes querido, y su reprobación en los planos de la sociología al uso, dentro del campo del Derecho y de la legalidad imperante, sería una clamorosa irregularidad mantener un reconocimiento de filiación en contra de lo así sabido por los mismos interesados, evitando que de este modo se prolongue 'sin ne die' ese evidente estado civil pugnante con el personal designio de los afectados".

49 STS 14 julio 2004 (RAJ 2004, 4676).

50 La causa de la nulidad, según la RDGRN 6 noviembre 1993 (RAJ 1993, 9195), era el carácter simulado, por no haber en los mismos "una verdadera voluntad de establecer legalmente la relación jurídica entre padre e hijo".

51 RRDGRN 11 noviembre 2002 (RAJ 2003, 1100), 2 febrero 2004 (JUR 2004, 142408), 29 octubre 2012 (JUR 2013, 288885) o 4 septiembre 2015 (JUR 2016, 50291). La DGRN había dispuesto que "aunque las facultades calificadoras del Encargado no alcancen a la comprobación de la veracidad de la declaración [cfr. art. 27 LRC] y no quede por ello impedida totalmente la eficacia «prima facie» de los llamados reconocimientos de complacencia, es obvio que, en armonía con el principio de veracidad biológica, informador de la reforma del Código Civil en materia de filiación, habrá de ser rechazada la inscripción del reconocimiento cuando del título formal acompañado y, en su caso, de las diligencias comprobatorias oportunas (cfr. art. 28 LRC) se desprenda que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido" [RDGRN 8 septiembre 1992 (RAJ 1992, 7295)].

52 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

Supremo es avanzada en la sentencia de 14 de julio de 2004[53], queda fijada de manera expresa en la sentencia de 15 de julio de 2016[54] y confirmada en la de 28 de noviembre de 2016[55].

Las razones por las que el Tribunal Supremo fija esta doctrina jurisprudencial fueron desarrolladas en la sentencia del Pleno de 15 de julio de 2016[56]. Ninguno de los argumentos vertidos en esta resolución gozan, a mi juicio, de peso para contrarrestar el valor otorgado en nuestro sistema jurídico a la verdad biológica, ni para amparar la validez de un acto que, de modo consciente, contraviene este principio de prevalencia de la realidad natural[57]. El propio Tribunal Supremo, consciente de la vigencia de este principio en nuestro ordenamiento, tras fijar su doctrina, afirma, sin ambages, que "es oportuno aclarar que no consideramos (esta doctrina) impuesta por el principio constitucional de verdad biológica".

Expondré, seguidamente, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para fundamentar su doctrina y las razones que, en aplicación de principios constitucionales y del régimen legal sobre la filiación, impiden su mantenimiento.

1ª) Sostiene, en primer lugar, el Tribunal Supremo que "el Código Civil español no establece como requisito estructural para la validez del reconocimiento que éste se corresponda con la verdad biológica", que "no figura como tal requisito en los artículos 121 a 126 CC" y que "ningún otro artículo del mismo cuerpo legal contempla una acción de anulación del reconocimiento por falta de correspondencia con la verdad biológica"; es más –añade- "su artículo 138 parece excluir toda acción de anulación del reconocimiento, por falta de dicha correspondencia, que no sea la contemplada en el artículo 141 CC"[58]. Es cierto que el Código civil no exige de manera explícita que el reconocedor sea progenitor del reconocido, ni contempla expresamente la falta de veracidad como un motivo de impugnación del acto de reconocimiento, como sí hacen otros ordenamientos de nuestro entorno[59], pero es indudable que el legislador presume que existe la filiación que se declara[60]. Olvida el Tribunal Supremo que el régimen de la filiación

53 STS 14 julio 2004 (RAJ 2004, 4676).

54 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

55 STS 28 noviembre 2016 (RAJ 2016, 5636).

56 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196), de la que fue ponente el Excmo. Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto, durante los meses en que fue magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

57 Para un comentario favorable y sin críticas a la doctrina de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196), De la Iglesia Monje, Mª.I.: "Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 758, 2016, pp. 3341-3362.

58 Fundamento jurídico tercero, regla 1ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

59 El art. 263 del Codice civile, bajo el título de "Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", declara en su primer párrafo que "(i)l riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse".

60 Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1055, destaca que "el reconocimiento es un título de determinación de la filiación, de establecimiento legal de una filiación que el ordenamiento presume o supone que biológicamente existe, no una creación artificial a partir de una realidad inexistente".

no adoptiva se sustenta, en nuestro ordenamiento, en la filiación que tiene lugar "por naturaleza" (art. 108 CC), esto es, en la paternidad y maternidad verdaderas, de ahí que los medios de determinación de la filiación, incluido el reconocimiento, estén dirigidos a hacer coincidir la realidad biológica con la jurídica. En concreto, respecto del reconocimiento, el Código civil lo considera un acto que efectúa el "progenitor" (arts. 122 y 125 CC), "madre" o "padre" (art. 124.II CC) respecto del "hijo" (art. 123 CC). En el ámbito judicial, el éxito de las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad, que darán lugar a la determinación definitiva de la filiación, reside en la demostración de la paternidad biológica o la ausencia de este vínculo natural (art. 767 LEC). El reconocimiento ha de considerarse, por tanto, un título de determinación de una relación biológica, no un mecanismo para el establecimiento legal de un vínculo jurídico de filiación creado *ex novo* por el reconocedor[61].

2ª) En segundo lugar, entiende el Alto Tribunal que "ninguno de los requisitos de validez o eficacia del reconocimiento establecidos en los artículos 121 a 126 CC busca asegurar que aquél se corresponda con la verdad biológica"[62]. En efecto, estos requisitos no pretenden asegurar que el reconocimiento sea conforme con la realidad biológica, pues esta cualidad va de suyo en el reconocimiento como acto de determinación de la filiación "por naturaleza". Son otras las finalidades a las que atienden tales consentimientos, audiencias y aprobaciones o autorizaciones judiciales, contenidos en estos preceptos en atención a las especiales circunstancias del reconocedor o del reconocido; pero ello no permite concluir que queda excluida en estos casos la exigencia de la equivalencia entre lo declarado y la realidad. Para el Tribunal Supremo, "la falta de tal correspondencia no tiene por qué significar que el reconocimiento sea contrario al interés del menor o incapaz de cuyo reconocimiento se trate". Ciertamente, puede ocurrir que el reconocedor sea un buen padre para el reconocido, pero esta valoración –a diferencia de lo que acontece en la adopción que, en interés del menor, está sometida a un adecuado control administrativo y judicial- queda sujeta al criterio del propio reconocedor y, en su caso, al de la madre del reconocido.

Respecto a la exigencia de aprobación judicial, contenida en el artículo 121 CC, para el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad, el Tribunal Supremo nos ofrece su particular visión del art. 26.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, a pesar de la claridad de los términos en que se expresa el precepto legal indicado, en orden a que la relación de procreación es elemento estructural

61 En palabras de Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1055, "la filiación jurídica *por naturaleza* no es creada *ex novo,* sino constatada a efectos legales."

62 Fundamento jurídico tercero, regla 2ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

del reconocimiento[63]. Todo sea por desviar también la interpretación de esta Ley hacia el discutible planteamiento que constituye el hilo conductor de su doctrina, a saber, que el reconocimiento de la paternidad efectuado por complacencia es válido, siendo indiferente la certeza del reconocedor en que no se corresponde con la realidad.

3ª) En tercer lugar, manifiesta el Tribunal Supremo que "las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica (arts. 10.1 y 39.2 CE) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad (arts. 9.3, 39.3 y 39.4 CE)". Y, a tales efectos, cita la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo[64], extrayendo de la misma que nuestra Ley Fundamental no impone que en la filiación por naturaleza la verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica, sobre la determinación legal de esa clase filiación. Concluye este razonamiento el Tribunal Supremo afirmando que, de otro modo, habría que considerar inconstitucionales la totalidad de las limitaciones de la legitimación activa y los plazos de caducidad que resultan de la regulación «De las acciones de filiación» contenida en el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil[65].

En contra de este argumento, hemos de partir del texto constitucional (art. 39.2) y del régimen sobre la filiación instaurado nuestro Código Civil que, a diferencia del sistema anterior a la reforma de 1981, en la que predominaba el principio "formalista", sigue preferentemente el principio "realista"[66]. Esta supremacía del principio de la verdad biológica no es absoluta, sino que resulta atemperada por la necesidad de preservar la seguridad jurídica y la paz familiar, lo que justifica las

63 El citado apartado 1 del art. 26 de la Ley dispone que "[e]l Juez resolverá lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello [...] [a] la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma, y el interés del reconocido cuando sea menor o persona con capacidad modificada judicialmente". En relación a esta norma, la STS 15 julio 2016 (RJA 2016, 3196) afirma lo siguiente: "Es evidente que la norma transcrita en modo alguno establece que la correspondencia con la verdad biológica sea con carácter general un requisito de validez del reconocimiento. A lo más, cabría deducir de la misma que es un requisito de validez del reconocimiento contemplado en el artículo 121 CC (no, del que contempla el artículo 124 CC, al que hay que entender referido sólo el mandato al Juez de que atienda al «interés del reconocido»); pero parece que la interpretación más correcta del expresado artículo 26.1 no es entender que el Juez deberá negar la aprobación del reconocimiento que contempla el artículo 121 CC siempre que llegue a la convicción de que no se corresponde con la verdad biológica, sino que, en tal caso, el Juez habrá de asegurarse de que el incapaz o el que no puede contraer matrimonio por razón de edad conoce esa (probable) falta de correspondencia, y de si, pese a ello, mantiene su intención de reconocer, teniendo capacidad suficiente para entender y querer los efectos jurídicos de tal reconocimiento (de complacencia)".

64 STS 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138).

65 Fundamento jurídico tercero, regla 3ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

66 Señala Álvarez Alarcón, A.: *Ley de Enjuiciamiento Civil. Anotaciones, Concordancias, Apéndice Legislativo y Bibliografía* (coord. F. Gómez de Liaño), Forum, Oviedo, 2000, p. 883, que mientras el principio «realista» "persigue descubrir la verdadera filiación, la biológica, para que el contenido de la jurídica se despliegue sobre los progenitores e hijos naturales", el principio «formalista» "prefiere la protección de la «paz familiar» y la «seguridad jurídica», favoreciendo la fuerza de la voluntad unilateral y de las presunciones, dando pocas opciones a la averiguación de la filiación biológica".

limitaciones que se establecen a la legitimación para el ejercicio de las acciones, la exigencia del principio de prueba, los plazos de caducidad, etc. Pero, insistimos, el principio prevalente es el "realista"; de ahí que la legitimación del progenitor para impugnar y reclamar la filiación se haya extendido generosamente por la reforma de 2015 a supuestos no expresamente previstos en la redacción originaria del Código Civil. Es preciso tener en cuenta, además, que la legitimación activa y los plazos para impugnar la filiación no matrimonial, como es la derivada del reconocimiento, aparece mucho más extendida y, por tanto, facilitada, que en el régimen de impugnación de la filiación matrimonial[67].

En todo caso, la preservación de la paz familiar y la seguridad jurídica de la filiación, invocada por el Tribunal Supremo en pro de que en la filiación por naturaleza no siempre ha de prevalecer la verdad biológica sobre la realidad jurídica, no puede en modo alguno ser conseguida desde un mero formalismo, sustentado sobre una actuación conscientemente inexacta y como tal, contraria desde su origen a Derecho[68]. Es más, con su doctrina, el Tribunal Supremo conculca la seguridad del estado civil de las personas, del que forma parte la filiación, al hacer depender el reconocimiento de la exclusiva voluntad del reconocedor: primero, apreciando que cabe declarar la paternidad a sabiendas de que no hay relación biológica; y, segundo, al legitimar al declarante para eliminar o revocar a su antojo aquel reconocimiento por medio de la acción de impugnación de la filiación declarada e inscrita en el Registro civil[69]. En este sentido, nada resulta más opuesto a la proclamada protección integral de los hijos que "un reconocimiento quede al arbitrio de un reconocedor y de que mantenga las buenas relaciones con la madre de un hijo biológico de ella y reconocido por él"[70]. La protección del interés superior del menor resulta, además, contraria a esta inexactitud en la determinación de la paternidad, causante de la anomalía de atribuir la patria potestad a quien, no siendo el progenitor[71], decide saltarse los controles previstos en nuestro ordenamiento para la tramitación del expediente de adopción.

Por lo demás, resulta llamativa la cita que efectúa el Tribunal Supremo, para intentar fundamentar su endeble postura, a la sentencia del Tribunal Constitucional

67 STS 28 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10418).

68 *Vid.* la argumentación vertida por la STS 30 enero 1993 (RAJ 1993, 353), en relación a la impugnación de la paternidad matrimonial por el marido *ex* art. 136 CC.

69 Comenta Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., pp. 1056 y 1057 que "[l]a abierta posibilidad de los reconocimientos de complacencia [...] [c]rea también una no menos seria inseguridad jurídica en cuanto al estado de filiación del reconocido, ya que ese reconocimiento, aun formalmente irrevocable, en la práctica permite al reconocedor dejarlo sin efecto a voluntad (y no le resulta difícil, pues sabe que no es progenitor) dada la posibilidad, que los reconocedores de complacencia no desaprovechan, de impugnación de la filiación resultante en condiciones (acción, legitimación, plazos) mal definidas legalmente para este caso".

70 Fundamento jurídico cuarto del voto particular de D. Xavier O'Callaghan Muñoz a la STS 4 julio 2011 (RAJ 2011, 5965). Opina Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1059, que en los reconocimientos de complacencia la dignidad de la persona no sale bien parada, "en cuanto al hijo, casi objeto de tráfico".

71 STS 30 enero 1993 (RAJ 1993, 353).

de 26 de mayo de 2005[72], cuando precisamente el principio de veracidad biológica resultó reforzado por esta sentencia y por la posterior de 27 de octubre del mismo año[73], que declararon la inconstitucionalidad de los arts. 136.1 y 133.1 CC, respectivamente. Es más, en la referida STC de 26 de mayo de 2005[74], se afirma, como no podía ser de otra manera, que el reconocimiento de la paternidad "es un acto personalísimo puro (esto es, no sujeto a condición, término o modo) mediante el que declara que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el reconocimiento"[75].

4ª) Considera, en cuarto lugar, evidente nuestro Tribunal Supremo que "la tesis de que el reconocimiento de complacencia de la paternidad es nulo por falta de objeto presupone, sin base legal alguna, que el reconocimiento es, en el Derecho español, una confesión de la realidad o, al menos, de la convicción que el reconocedor tiene de que el reconocido es hijo biológico suyo"[76]. Prescindiendo de la discusión acerca de la naturaleza jurídica del reconocimiento[77], volvemos a insistir en que el Código civil lo configura como un título de determinación legal de la filiación no matrimonial por naturaleza, esto es, la que deriva de la procreación (art. 120.1º CC). En consecuencia, el objeto del acto del reconocimiento es la filiación, la relación biológica entre el reconocedor y el reconocido[78].

5ª) Se expone, en quinto lugar, en la Sentencia de 15 de julio de 2016[79], que "no cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre la base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido". La argumentación del Tribunal Supremo, en este pasaje, cae por su propio peso: no hay duda de que el reconocedor no pretende establecer

72 STS 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138).

73 SSTC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273).

74 STC 138/2005, de 26 mayo (RTC 2005, 138),

75 Fundamento jurídico tercero de la STC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138).

76 Fundamento jurídico tercero, regla 4ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

77 Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio de 2016 (496/2016). Reconocimiento de complacencia", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, (coord. M. Yzquierdo Tolsada), Madrid, Dykinson, vol. 8, 2016, pp. 352-353, de forma acertada, considera incorrectas las afirmaciones del TS, "ya que la filiación biológica es presupuesto institucional del reconocimiento, y de la filiación legalmente derivada del mismo, el reconocimiento se basa en la convicción del reconocedor de ser biológicamente padre del reconocido, y en este sentido se configura más como declaración de ciencia –de la convicción del reconocedor de ser biológicamente padre del reconocido- que de voluntad".

78 Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1067.

79 Fundamento jurídico tercero, regla 5ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

una filiación adoptiva con el reconocido; precisamente, con su actuación lo que busca es eludir las normas relativas a la adopción, que es la institución legalmente prevista para el establecimiento del vínculo de filiación cuando no existe relación biológica[80].

Añade el Tribunal Supremo que "no puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17[sic]/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes". En relación a este argumento, hemos de señalar que el régimen de la filiación derivada de una reproducción asistida no resulta equiparable al previsto para la filiación por naturaleza. En concreto, cuando se trata de inseminación artificial con contribución de donante, la paternidad del marido o del varón deriva del consentimiento, no es biológica[81]; de ahí que se prohíba la impugnación de la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación (art. 8.1 de la Ley 14/2006) y que, debido a que la herencia genética la proporciona el donante, se permita, si concurren circunstancias excepcionales, la revelación restringida de la identidad de los donantes (art. 5.5 de la misma Ley)[82].

Por último, tampoco se considera contraria a la moral, y ello, según el Alto Tribunal, porque "se constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente -cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura-, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos". Pero, ¿qué sucede cuando quiebra la convivencia con la madre biológica del reconocido? Es evidente que el vínculo paterno-filial no puede quedar condicionado a cómo funcione la relación de pareja entre el declarante y la progenitora.

Atendiendo al caso concreto objeto de la Sentencia de 15 de julio de 2016[83], el Tribunal Supremo manifiesta que el relato de hechos de la parte demandada

80 Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1057.

81 Rechaza este argumento del Tribunal Supremo Muñoz de Dios Sáez, L.F.: "El reconocimiento de complacencia ante notario", *Revista de Derecho Civil,* vol. IV, núm. 4 (octubre-diciembre, 2017), Ensayos, p. 246, señalando que "las excepciones a la regla del art. 108 Cc –el binomio filiación por naturaleza-filiación por adopción– en efecto se encuentran en nuestra legislación de reproducción asistida, precisamente porque debe ser el legislador y no los Tribunales quien cree nuevas fuentes de la filiación, otras excepciones a dicha regla".

82 Manifiesta, con acierto, Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1072, que "en las procreaciones asistidas con material genético de donante [...] la paternidad resultante es meramente formal, legal (civil), no la filiación por naturaleza que aquí consideramos".

83 El Tribunal Supremo recoge los términos de la contestación a la demanda de la progenitora, que alegó que: "[T]ras varios años de convivencia, dos de ellos casados, y una vez que el matrimonio decidió tener descendencia, el hoy actor planteó a mi presentada la conveniencia de reconocer antes a la hija para que todos los hijos tuvieran los mismos apellidos y no fuesen objeto de comentarios entre todos los compañeros una vez que se escolarizasen".

"parece creíble, se comprende humanamente, y todo pudo acabar bien" y añade que "cabe comprender también las reticencias de la gente común ante la solución alternativa de la adopción", concluyendo que "los reconocimientos de complacencia no son, pues, una práctica que el brazo armado del Derecho tenga que combatir". No se trata de combatir nada, simplemente de aplicar el ordenamiento jurídico, y apreciar la nulidad de los actos que contravengan sus disposiciones. Por otra parte, esas reticencias a la adopción, "comprendidas" por el Tribunal Supremo, desincentivan -sin fundamento alguno- el recurso a la institución procedente cuando no existe relación biológica de filiación, que además viene facilitada en nuestro ordenamiento cuando se trata de adoptar a los hijos del cónyuge o pareja (art. 176.2.2ª CC).

6ª) Recuerda, en sexto lugar, el Tribunal Supremo que "la nulidad de los referidos reconocimientos no encuentra tampoco soporte en la norma del artículo 6.4 CC (fraude objetivo de las normas sobre la adopción), porque la sanción que establece no es la nulidad, y obviamente el reconocimiento de complacencia no vale para establecer una filiación adoptiva entre el reconocedor y el reconocido; ni para determinar -como se confirmará más adelante- una filiación por naturaleza que no pueda impugnarse por falta de correspondencia entre el reconocimiento y la verdad biológica"[84]. Descarta, pues, el Tribunal Supremo que se produzca un fraude de ley en los reconocimientos de complacencia. En esta línea, en el Derecho civil catalán, cuyo art. 235-27.4 contiene una regulación de los reconocimientos efectuados en fraude de ley o "de conveniencia", es una convención la distinción de estos reconocimientos respecto de los efectuados por complacencia[85]. La tesis de que cuando se reconoce por complacencia se produce un fraude a las normas de la adopción ha sido articulada por un sector de nuestra doctrina[86]. A mi modo de ver, sin embargo, lo que se produce en estos casos es una contravención directa del sistema constitucional y legal sobre la filiación por naturaleza (art. 6.3 CC), al emitirse la declaración de paternidad por el reconocedor a sabiendas de la ausencia del presupuesto esencial del acto: el vínculo biológico con el reconocido.

7ª) Finalmente, el Tribunal Supremo considera inaceptables las consecuencias a las que abocaría la tesis de la nulidad del reconocimiento de complacencia de la paternidad en un Derecho como el español vigente: "la acción declarativa de su nulidad sería imprescriptible, y podría ser ejercida por cualquier persona con

84 Fundamento jurídico tercero, regla 6ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

85 *Vid.,* por todas, STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), 8 julio 2019 (JUR 2019, 261355).

86 La construcción más elaborada proviene de Gallo Vélez, A. S.: *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 182 y ss. Considera esta autora que los reconocimientos de complacencia deben ser calificados como actos jurídicos en fraude de ley desde dos vertientes: un primer fraude tiene lugar cuando se logra establecer una filiación no biológica, empleando un mecanismo propio de la filiación biológica, eludiendo así las reglas sobre la adopción; una vez establecida esta filiación, en la medida en que mediante el ejercicio de la acción de impugnación se logra un efecto en todo semejante a la revocación, identifica un segundo fraude a la regla de la irrevocabilidad de las filiaciones jurídicas no biológicas voluntarias, pero ahora en grave detrimento para el menor.

interés legítimo y directo, acaso incluso por el Ministerio Fiscal"[87]. Carece de justificación esta reticencia a aplicar el régimen de la nulidad de pleno derecho a un acto que, por contravenir principios y normas de nuestro ordenamiento, está afectado de una invalidez originaria.

Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta, el reconocimiento de la paternidad efectuado por quien sabe que no es el padre del reconocido, es válido, debiendo el notario otorgar el testamento u otro documento público y el encargado del Registro Civil inscribir el acto (art. 120.2º CC), aun cuando existan indicios evidentes de la falta de paternidad o incluso si el reconocedor manifiesta abiertamente no ser el progenitor del reconocido[88].

3. Valoración crítica: el reconocimiento de complacencia constituye un acto nulo de pleno derecho.

Como se ha venido reiterando, el autor del reconocimiento de complacencia goza de la convicción, al tiempo de efectuar el reconocimiento, de que no es el progenitor del reconocido. Efectúa, por tanto, una declaración de voluntad conscientemente falsa, que no se corresponde con la realidad biológica. El acto así realizado conculca el principio constitucional que propugna la prevalencia de la verdad material (art. 39.2 CE), mandato del constituyente que, no olvidemos, "guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona"[89]. Siendo el valor superior y prevalente de nuestro régimen de filiación el descubrimiento de la verdad material, no cabe sino concluir que los reconocimientos de complacencia son nulos porque se oponen al principio de la libre investigación de la paternidad, amparado en el art. 39.2 de la CE y en el régimen sobre la filiación contenido en el CC y en la LEC.

La contravención de nuestro sistema constitucional y legal sobre la filiación por naturaleza, ínsita en los reconocimientos de complacencia, conlleva, por tanto, la nulidad de pleno derecho del acto o título de determinación de la filiación

87 Fundamento jurídico tercero, regla 7ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

88 Ante la citada doctrina jurisprudencial, plantea Muñoz de Dios Sáez, L.F.: "El reconocimiento de complacencia ante notario", cit., pp. 237-240, qué ha de hacer un notario cuando el reconocedor confiesa no ser padre biológico del reconocido o cuando, no lo confiesa con franqueza, pero la relación biológica resulta imposible, por ejemplo, por ser de la misma edad reconocedor y reconocido o por ser el mismo sexo el reconocedor y el progenitor ya determinado. Concluye el autor que, si bien hasta la sentencia del Tribunal Supremo comentada el notario "podía y debía negarse a formalizar un reconocimiento que le constase indubitadamente como mentiroso", a primera vista de dicha sentencia, el notario -al igual que el encargado del Registro Civil- tampoco puede negarse a autorizar una escritura de reconocimiento de complacencia, "por más que le conste su carácter mendaz o la imposibilidad de la filiación reconocida".

89 La expresión entrecomillada proviene de la STC 138/2005, de 26 de mayo (RAJ 2005, 138), Fundamento jurídico cuarto.

(art. 6.3 CC)[90]. En cambio, el reconocimiento efectuado creyendo su autor que el reconocido es su hijo (reconocimiento objetivamente inexacto), no es nulo, pero podrá ser impugnado por el reconocedor o sus herederos por vicios del consentimiento (error), durante el plazo de un año, si se demuestra que esta creencia era inexacta (art. 141 CC)[91]. Asimismo, si llega a demostrarse que el reconocido no es hijo del autor del reconocimiento, la filiación será impugnable según las previsiones del art. 140 CC.

No es este, como se ha podido comprobar, el planteamiento de las últimas sentencias del Tribunal Supremo: lo impugnable, según esta jurisprudencia, no es el acto de reconocimiento (que se considera plenamente válido), sino la falta de coincidencia de la paternidad declarada con la verdad biológica[92]; y es la nulidad de la filiación la que trae consigo, como consecuencia indirecta, la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, tesis que no comparto.

A mi entender, no se trata de que la nulidad del reconocimiento no veraz sea una simple consecuencia sobrevenida de la declaración de no paternidad. Es el propio acto de reconocimiento deliberadamente inexacto el que, por ser contrario a Derecho, está afectado de nulidad absoluta[93], acarreando la ineficacia de la paternidad indebidamente declarada. Ello en la medida en que la situación paterno-filial creada por el reconocimiento resulta contraria, desde su origen, a los valores y principios de nuestro ordenamiento jurídico.

V. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL RECONOCEDOR DE COMPLACENCIA PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO O LA PATERNIDAD DERIVADA DEL MISMO.

1. Planteamiento.

El conflicto de los reconocimientos de complacencia se suscita cuando su autor, tiempo después, pretende deshacer el estado creado, impugnando la paternidad en su día declarada. En concreto, la reciente y discutible doctrina del

90 Considera Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1100, que el reconocimiento de complacencia es nulo de pleno derecho "como causa de fondo, por falta consciente del requisito objetivo de relación biológica en la declaración del reconocedor".

91 Distingue Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1067, entre el reconocimiento de complacencia, que es radicalmente nulo *ab initio* y el reconocimiento inexacto, que, según el autor "no es directamente nulo, sino impugnable (distinción sutil, pero legal)".

92 Previamente al dictado de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196), ya la STS 10 mayo 2012 (RAJ 2012, 6341) declaró que "[l]a restauración de la situación relativa a la coincidencia con la verdad biológica solo puede tener lugar mediante las correspondientes acciones de impugnación de la filiación, que deben ejercitarse en los plazos y condiciones previstos en la ley".

93 Como señalara la SAP Zaragoza (Sección 4ª), 13 enero 2003 (JUR 2003, 44640), "estamos ante un reconocimiento no veraz, en el que se no se da la correspondencia necesaria entre la realidad formal, registral, y la material, hecho biológico de la procreación, y por tanto viciado con nulidad absoluta por falta del requisito objetivo esencial de paternidad en el reconocedor".

Tribunal Supremo sobre los reconocimientos de la paternidad efectuados por complacencia aborda el supuesto de que sea el propio padre declarante, como sucede en la mayoría de las ocasiones, quien inste la impugnación judicial de la filiación declarada. Los motivos de este cambio de actitud pueden ser muy variados, pero lo más frecuente es que obedezca a un móvil económico[94].

2. La impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento: inaplicación del art. 141 CC cuando se alega la ausencia de paternidad biológica.

En ocasiones, las demandas interpuestas por quienes han efectuado un reconocimiento de complacencia se sustentan en la impugnación del reconocimiento, y no de la filiación declarada, por haber incurrido su autor en vicio de la voluntad al otorgarlo.

La jurisprudencia aprecia, atendiendo a lo establecido en el art. 138 CC, que tratándose de una filiación determinada por el reconocimiento (el formal, que regula el art. 120.1º CC, el expreso o tácito al que se refiere el art. 117 CC, y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial, que contempla el artículo 118 CC), cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad, mediante la llamada acción declarativa negativa que regulan los artículos 138 y 141 CC, y una impugnación por causas distintas, entre ellas la inexistencia de una realidad biológica (mediante una acción de impugnación en sentido estricto), que regulan el mismo art. 138 y, por remisión, las normas contenidas en la sección y capítulo terceros del título quinto del libro primero del Código Civil , entre otras, la del art. 136[95].

Para que resulte aplicable el art. 141 CC, y el reconocimiento pierda su fuerza legal, es necesario acreditar que se ha padecido vicio de la voluntad[96]. Sin embargo, el reconocimiento, por el mero hecho de ser de complacencia -lo que significa que el declarante sabe que reconoce a quien no es hijo suyo- no implica que la voluntad esté viciada (por el error, la violencia o la intimidación)[97]. En los

94 Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 14 julio 2004 (RAJ 2004, 4676) el demandante sólo reaccionó al cabo de más de seis años desde el reconocimiento y cuando los alimentos a su cargo se fijaron en cantidad superior a la propuesta por él mismo en su contestación a la demanda de separación conyugal.

95 STS 5 julio 2004 (RAJ 2004, 5454).

96 Explica Gallego Domínguez, I.: "Comentario al Artículo segundo. Seis", cit., p. 484, que con la acción del art. 141 CC no se discute si el reconocido es o no hijo del reconocedor, que esta acción basada en un vicio del consentimiento no es en sentido estricto una acción de impugnación de filiación –que se basa en la búsqueda de la verdad material–, pudiendo sólo calificarse de acción de impugnación de filiación «en sentido amplio», pues lo que se pretende es la impugnación del título del reconocimiento por vicio del consentimiento, lo que tendrá como consecuencia la pérdida de eficacia de la filiación determinada.

97 Señala Gallego Domínguez, I.: "Comentario al Artículo segundo. Seis", cit., p. 499, que "los auténticos reconocimientos de complacencia no pueden ser impugnados por vicio del consentimiento: no pueden serlo por error, pues por definición el reconocedor al hacer el reconocimiento es consciente de la disociación entre la filiación biológica y la declarada".

reconocimientos de complacencia, su autor, de modo consciente y libre, declara su paternidad respecto de quien no es su hijo desde el punto de vista biológico, sin que pueda apreciarse, por esta discordancia, vicio invalidante en su consentimiento que permita la impugnación al amparo del art. 141 CC[98]. Como precisó el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de mayo de 2004[99], el art. 141 CC "no afecta a la exactitud o inexactitud de la verdad biológica de la filiación". Efectivamente, este precepto no ampara los reconocimientos de complacencia, ya que el reconocedor no padece error: desea reconocer al sujeto reconocido[100].

3. La criticable doctrina del Tribunal Supremo sobre la legitimación del autor de un reconocimiento de complacencia para impugnar la filiación.

El Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 15 de julio de 2016[101], partiendo de que los reconocimientos, por razón de ser de complacencia, no son nulos de pleno derecho, aprecia que el reconocedor puede provocar la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, ejercitando una acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido[102]. El Alto Tribunal legitima al reconocedor para impugnar una filiación que no está de acuerdo con la realidad (y no el reconocimiento en sí, que se considera plenamente

98 La SAP Valencia (Sección 10ª), 23 octubre 2006 (JUR 2007, 76340) aprecia que el reconocimiento que se cuestiona, de los denominados de "complacencia"," fue otorgado con todas las garantías, libre, voluntariamente y con perfecto conocimiento de que el menor no era hijo suyo (...)" añadiendo que el actor "era perfectamente conocedor de que la menor a la que reconocía no era hija suya, por lo que mal puede ahora pretender engaño alguno".

99 STS 27 mayo 2004 (RAJ 2004, 4265).

100 SAP Zaragoza (Sección 2ª), 14 julio 2003 (JUR 2003, 195249). La SAP Asturias, 20 septiembre 1994 (AC 1994, 1507) precisa, a este respecto, que "no cabe pretender que puedan invocarse como vicios del consentimiento los motivos que llevaron al reconocedor a emitir esta declaración y puesto que está fuera de toda discusión que el actor conocía que la demandada no era hija biológica suya y que no fue presionado ni violentado para acudir ante el Encargado del Registro Civil a formalizarla no procede la declaración de nulidad interesada en base a lo establecido en el art. 141 del Código Civil, ya que no cabe sostener que exista error en las cualidades esenciales de la persona por la conducta afectiva que ésta demuestra posteriormente. Igualmente no existió ninguna reserva mental pues es evidente que la demandada aceptó de buen grado el reconocimiento y está defendiendo en el proceso que se mantenga esta filiación".

101 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196). La doctrina de la legitimación del reconocedor para provocar la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, ejercitando una acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser padre biológico del reconocido es reiterada en la STS 28 noviembre 2016 (RAJ 2016, 5636).

102 La doctrina inicial del Tribunal Supremo no admitía la legitimación del reconocedor para impugnar un reconocimiento realizado por complacencia. Así, la STS 27 octubre 1993 (RAJ 1993, 7664), confirmando la sentencia recurrida que había desestimado la acción de impugnación de la paternidad instada por el reconocedor frente a la madre de la menor reconocida, aprecia que no hubo error en el acto del reconocimiento y, por tanto, entiende "irrevocable y válido el reconocimiento de paternidad que se combate en este recurso".

válido)[103]. En caso de que la demanda de impugnación sea estimada, aprecia el Alto Tribunal que se producirá una ineficacia sobrevenida del reconocimiento[104].

La concesión de legitimación para impugnar la paternidad al autor del reconocimiento de complacencia se fundamenta por el Tribunal Supremo en una serie de argumentos, expuestos en la comentada sentencia de 15 de julio de 2016[105], y que expondré a continuación, junto a las consideraciones que, a mi juicio, conducen a apreciar el carácter refutable de todos ellos.

1º) Considera, en primer lugar, el Tribunal Supremo que privar al autor del reconocimiento de complacencia de la acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido carece de base legal en las normas sobre filiación. A tales efectos, indica que el art. 136 CC no priva de dicha acción al marido que, en los casos que respectivamente contemplan los arts. 117 y 118 CC, haya reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o consentido la inscripción de la filiación como matrimonial, sabiendo o estando convencido de no ser el padre biológico del hijo de su cónyuge. Y que el art. 140 CC no priva de legitimación activa al reconocedor por el hecho de que haya reconocido sabiendo o teniendo la convicción de no ser el padre biológico del reconocido[106]. De nuevo, el Tribunal Supremo parte en esta sentencia de un presupuesto equivocado. En los reconocimientos tácitos o informales de los arts. 117 y 118 CC la determinación de la paternidad se produce *ope legis*, de manera que si el marido, consciente de su no paternidad biológica, da a entender con sus actos y manifestaciones que es padre, lo impugnable será la filiación, pero no el reconocimiento, pues no ha sido éste el título de determinación de la filiación matrimonial[107]. En cuanto al art. 140 CC, ni priva ni concede legitimación al reconocedor de complacencia, tratándose de una norma que regula la legitimación y plazos para la impugnación de la filiación (y no del acto de reconocimiento).

2ª) La apreciación anterior no justifica, para el Tribunal Supremo, "dirigir a los mencionados artículos reproche constitucional alguno, puesto que el legislador ha atendido las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones

103 La jurisprudencia emanada del TSJ de Cataluña interpreta las normas sobre la filiación contenidas en el Código civil catalán de manera coincidente con la exégesis alcanzada por el Tribunal Supremo. En este sentido, la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), 8 julio 2019 (JUR 2019, 261355) declara que "la solución de que, aun siendo reconocedores de complacencia, puedan tener la posibilidad de impugnar la paternidad durante los breves plazos de caducidad establecidos con carácter general en el art. 235-26 del CC.Cat. parece pues una solución moderada, que conjuga adecuadamente los intereses en juego".

104 La STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196) manifiesta que "cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz". Este criterio ya había sido adoptado en la STS 4 julio 2011 (RAJ 2011, 5965).

105 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

106 Fundamento jurídico cuarto, regla 1ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

107 Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1060.

familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, especialmente en interés del reconocido, estableciendo los respectivos plazos de caducidad de un año (art. 136 CC) y cuatro años (art. 140.II CC), se trate o no de un reconocimiento de complacencia"[108]. En efecto, la falta de concordancia entre la filiación biológica y la filiación jurídica permiten el ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad, sometida a un plazo de caducidad (más breve cuando la filiación es matrimonial que cuando no lo es) que conduce indefectiblemente al mantenimiento de la paternidad fijada, aun no existiendo esta coincidencia, cuando la acción se ejercita más allá del plazo legalmente fijado. En estos casos, la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones paterno-filiales se imponen a la búsqueda de la verdad biológica. Pero no es igual esta situación que la ocasionada por un reconocimiento de la paternidad sustentando en el engaño, en la mentira del reconocedor sobre su paternidad; en estos casos, el reconocimiento es nulo, si bien, no puede admitirse la legitimación del causante de esta nulidad.

3ª) Entiende el Alto Tribunal que "[d]ado que no se trata de un reconocimiento 'de conveniencia' o en fraude de ley, la regla nemo *audiatur propriam turpitudinem allegans* no puede valer para impedir al reconocedor de complacencia el ejercicio de la expresada acción de impugnación de la paternidad"[109]. Puede estarse de acuerdo en que el reconocimiento de complacencia no es un acto en fraude de ley; ahora bien, siendo un acto *contra legem* y, por ende, nulo radicalmente, no cabe legitimar al causante de esa nulidad para impugnar este acto porque ello implicaría ir contra sus propios actos.

4ª) En contra del criterio del Tribunal Supremo en orden a que "tampoco cabe invocar a dicho efecto lo que dispone el artículo 7.1 CC (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814 CC)"[110], considero que, efectivamente, la filiación es una institución cuyo régimen jurídico está impregnado de la indisponibilidad, siendo limitado el juego de la autonomía de la voluntad, por lo que no puede admitirse al reconocedor el poder de disposición sobre la filiación, ni para declararla de forma ficticia (de ahí que el acto sea nulo), ni a fin de hacerla desaparecer cuando ya no se quiere seguir ejerciendo de padre. Por tanto, es indudable que, quien ha reconocido por mera complacencia, va contra sus propios actos si pretende luego impugnar el acto de reconocimiento precisamente por su falta de paternidad[111].

108 Fundamento jurídico cuarto, regla 2ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

109 Fundamento jurídico cuarto, regla 3ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

110 Fundamento jurídico cuarto, regla 4ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

111 La STS 28 noviembre 1992 (RAJ 1992, 9449), indica que la aplicación del principio general de derecho de que "nadie puede ir contra sus propios actos", "requiere que los actos propios contradictorios provengan de una misma persona actuando con la misma representación, por lo que esta doctrina resulta inaplicable cuando los actos se ejecutaron con distinta personalidad y representación". En los reconocimientos de complacencia, el autor de la declaración es el mismo que pretende luego impugnar el reconocimiento en su día emitido.

5ª) Añade, seguidamente, el Tribunal Supremo que el carácter irrevocable del reconocimiento (arts. 737 y 741 CC), "significa que el reconocedor no puede hacerlo ineficaz mediante una declaración de retractación", y que es "incorrecto calificar de revocación la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, sea o no de complacencia, a consecuencia de haber prosperado la acción de impugnación de la paternidad por no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido"[112]. De nuevo, la perspectiva de análisis resulta errónea: por un lado, el reconocimiento de complacencia no resulta ineficaz de forma sobrevenida, sino que es nulo desde su origen, al haberse emitido de forma consciente una declaración de paternidad faltando a la verdad; por otra parte, aun cuando no quepa confundir la impugnación (sea del acto de reconocimiento o de la paternidad) con la revocación del acto (prohibida legalmente)[113], el efecto que se consigue es el mismo (el reconocedor dejará de constar como padre legal del reconocido)[114].

6ª) Entiende el Tribunal Supremo que, siendo cierto que el art. 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, prohíbe impugnar su paternidad al marido que haya prestado consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación de su mujer con contribución de donante o donantes, sin embargo, "la diferencia entre ese tipo de casos y los reconocimientos de complacencia de la paternidad es clara y decisiva: el reconocedor de complacencia es ajeno a la decisión de la madre de engendrar al que será reconocido por aquél" [115]. Resulta cuanto menos curioso que, si bien a la hora de defender la validez de los reconocimientos de complacencia, el Alto Tribunal recurre a la hipótesis de la reproducción asistida con donación de gametos como un argumento a favor de que la filiación no tiene por qué ser biológica, cuando trata de la legitimación para la impugnación -como es sabido, prohibida cuando el hijo nace mediante las citadas técnicas reproductivas- la argumentación gira en torno a las diferencias entre ambas situaciones. A mi modo de ver, en ambos casos, el varón que prestó su consentimiento a la fecundación de su mujer con material de donante anónimo o a la determinación de la filiación respecto del hijo de su pareja, no puede impugnar su paternidad alegando la ausencia de relación biológica.

7ª) Añade, finalmente, el Tribunal Supremo que "no parece justa una visión general de los reconocedores de complacencia como personas frívolas o inconstantes, cuyos caprichosos cambios de opinión no pueda el Derecho tolerar

112 Fundamento jurídico cuarto, regla 5ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

113 Como indica Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1085, mientras la revocación "es un *actus contrarius*; acto unilateral que pretende dejar sin efecto otro anterior, y sólo posible respecto de un acto válido, y en los casos en que la ley lo permite", la impugnación del reconocimiento "[…] no es sino el ejercicio de un acto lícito (art. 24 CE) que pretende dejar sin efecto el reconocimiento […]".

114 Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Comentario de la sentencia", cit., p. 358.

115 Fundamento jurídico cuarto, regla 6ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

[…]"[116]. No negamos que el reconocedor de complacencia normalmente actuará guiado por buenas intenciones al instaurar una relación de filiación con el hijo de su esposa o pareja. Sin embargo, ese noble empeño no justifica la contravención del ordenamiento jurídico[117], máxime cuando, según vemos por las decisiones de nuestros tribunales, lo más probable es que, terminada la relación con la madre biológica del reconocido, deseará desdecirse de la condición de padre a fin de evitar la carga económica que la misma lleva aparejada.

4. Criterio acorde con los postulados de nuestro ordenamiento: la ausencia de legitimación del reconocedor "de complacencia".

Como se ha expuesto, a pesar de la validez atribuida al reconocimiento efectuado por quien sabe a ciencia cierta que no es el padre, la jurisprudencia legitima al padre legal para impugnar la paternidad -cuando convenga a sus exclusivos intereses- con fundamento precisamente en que la misma no se corresponde con la realidad biológica. Utiliza el Tribunal Supremo el subterfugio de legitimar al reconocedor para impugnar la filiación, y no el propio acto de reconocimiento que, salvo que concurra error, se estima por esta jurisprudencia plenamente válido.

A mi modo de ver, en cambio, quien declara su paternidad por mera complacencia, siendo consciente de la falta de relación biológica, carece de legitimación tanto para impugnar la validez del acto como para hacer caer la filiación que, por su voluntad, ha sido determinada[118]. Como he defendido, los reconocimientos efectuados por quien sabe que no es padre del reconocido, por razón precisamente de ser de complacencia y no ajustarse a la verdad biológica, son nulos de pleno derecho. No pueden considerarse válidos, dado que conculcan la esencia de su contenido. El propio mecanismo utilizado para la determinación de la filiación es nulo. Pero quien se ha erigido en padre de una persona, faltando a la realidad biológica, carece de legitimación para impugnar el acto y la paternidad ficticia por él mismo creada.

116 Fundamento jurídico cuarto, regla 7ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

117 A este respecto, como declara Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1059, "las buenas intenciones no bastan en el ámbito del Derecho, y para darles curso (por ejemplo, un padre legal al niño que no lo tiene) hay otros caminos más rectos ética y jurídicamente, menos onerosos para el hijo y para el Derecho, mejor acomodados a principios y a la sensibilidad social actuales".

118 Considera Quicios Molina, S.: *Determinación e impugnación de la filiación,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 167, que, si el reconocedor quería figurar como padre del reconocido, es muy discutible que esté legitimado para dejar de serlo cuando en un momento posterior cambia de parecer. En contra de que el reconocedor "de mala fe" esté legitimado para impugnar la filiación, Díaz Alabart, S.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2011 (5546/2011). Impugnación de filiación no matrimonial determinada por un reconocimiento de complacencia", AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), Madrid, Dykinson, vol. 5, 2011-2012, p. 333.

En primer lugar, en cuanto a la impugnación del título (el reconocimiento), considero que, si bien concurre una causa de ineficacia desde el momento del nacimiento del acto, el reconocedor no está legitimado para desvincularse de su declaración, del acto de reconocimiento, alegando que está afectado de nulidad de pleno derecho, debido a que él ha sido el causante de esta nulidad. Sólo si hubiera efectuado el reconocimiento desconociendo la falta de veracidad, podría impugnar el acto arguyendo haber padecido error (art. 141 CC). En segundo lugar, en aplicación de la doctrina que veda ir contra los propios actos[119], no puede concederse al declarante o reconocedor legitimación para impugnar el reconocimiento ni la filiación dimanante de su declaración, por un mero cambio de voluntad, al conculcar su retractación el principio de la indisponibilidad del estado civil, la seguridad jurídica y los derechos de terceros, en especial, del hijo reconocido[120].

El reconocimiento de complacencia debe considerarse, por tanto, un acto nulo de pleno derecho, si bien, el autor del mismo, causante de esta nulidad -en la medida en que decidió fijar un estado civil a sabiendas de su inexactitud- carece de legitimación para destruir su declaración de voluntad impugnando el acto o título de determinación de la filiación, ni tampoco la paternidad legalmente determinada, pues ello supondría conculcar la doctrina de los propios actos.

VI. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE UN RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA.

1. Evolución jurisprudencial en torno al tipo de acción de impugnación que puede ejercitarse.

En congruencia con la criticable equiparación entre el reconocimiento de complacencia y el efectuado por quien cree ser padre biológico del reconocido, la doctrina jurisprudencial ha estimado, en general, que es posible ejercitar una acción de impugnación fundada en el hecho de no ser el reconocedor el padre

119 La doctrina de los actos propios, tal y como aparece en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo [por todas, STS 25 octubre 2000 (RAJ 2000, 8813)] explica que "la regla '*nemine licet adversus sua facta venire*' tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce, han de ser por ende tales actos vinculantes, causantes de estado y definidoras de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminadas a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad".

120 Comenta Rodríguez Cachón, T.: "Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia", AA.VV.: *Derecho de familia, nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo* (coord. A. Acedo Penco y A. Silva Sánchez, A., dir. M. Peralta Carrasco), Dykinson, Madrid, 2016, p. 321, que "admitir la impugnación de los reconocimientos de complacencia supondría una conculcación de la doctrina de los actos propios" y que "no se debe permitir que un padre haga uso de la discordancia entre la realidad material y la formal que conocía desde el inicio para impugnar judicialmente su reconocimiento y destruir así el estado civil del menor que reconoció, contraviniendo su primera declaración de voluntad, cuando la causa real de la impugnación de la filiación no es la discordancia entre realidad biológica y legal –aunque a ella se aferre– sino simplemente un cambio de voluntad".

biológico del reconocido. Cabe apreciar, sin embargo, cierta evolución en orden a la concreción del tipo de acción de impugnación de la filiación procedente en estos casos.

A) El debate jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 119 CC a los reconocimientos de complacencia.

Hemos de partir de que toda filiación por naturaleza es matrimonial o no matrimonial, si bien, cabe que la filiación inicialmente no matrimonial -derivada, por ejemplo, de un reconocimiento de la paternidad- adquiera el carácter de matrimonial tras el enlace de los progenitores (art. 119 CC). El cambio de carácter de la filiación -de extramatrimonial a matrimonial- tiene su relevancia de cara al ejercicio de una posible acción de impugnación, al establecerse plazos de ejercicio y un alcance de la legitimación distintos (más amplios en el primer caso que en el segundo). Así, por el matrimonio de los padres, el estado de filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen, en cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 119 CC, y con ello las normas de la impugnación de la filiación (ya determinada) que, después del vínculo conyugal de los padres, son las propias de la filiación matrimonial[121].

Para que la filiación, en origen no matrimonial, como es la derivada del reconocimiento, se convierta en matrimonial exige el art. 119 CC que el "matrimonio de los progenitores" (…) "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" (destinada a la determinación de la filiación no matrimonial)[122]. Durante varios años, no hubo un criterio uniforme en torno a si esta norma resultaba o no aplicable a los reconocimientos de complacencia. El debate provenía de que el art. 119 CC se refiere literalmente al matrimonio de "los progenitores", suscitándose la duda de si se refería a padre y madre reales que se casan con posterioridad al nacimiento del hijo o de los hijos o también resultaba aplicable cuando el padre formal no es el biológico.

Diversas sentencias apreciaron que, ante un reconocimiento de complacencia, aunque el reconocedor y la madre contrajesen matrimonio, la filiación sería siempre no matrimonial, ya se produjese el enlace antes o después del reconocimiento, de

121 *Vid.*, al respecto, STS 28 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10418).

122 Como han precisado Fernández Campos, J.A. y Verdera Server, R.: "Rectos actuales", cit., p. 22, "la clave del art. 119 CC estriba en el carácter posterior del matrimonio respecto al nacimiento del hijo, sin preocuparse del momento en que se ha fijado la filiación". A este respecto, la RDGRN 22 enero 1988 (RAJ 1988, 216), ante un supuesto en que el interesado había nacido el 1 de febrero de 1922 y sus presuntos padres contrajeron matrimonio el mes de noviembre siguiente, sin que constase la existencia de un reconocimiento expreso y solemne de los padres ni que se hubiese seguido el expediente para determinar la filiación, declara que "su filiación por definición no es, pues, matrimonial y, si bien es cierto que podría adquirir este carácter automáticamente y por consecuencia del matrimonio, para este resultado es imprescindible, conforme al artículo 119 del Código Civil, que haya quedado determinada legalmente la filiación no matrimonial, lo cual no consta tampoco en modo alguno en el expediente".

tal manera que la vía impugnatoria de la filiación derivada de estos actos era la prevista en el art. 140.II CC, con plazo de caducidad de cuatro años[123]. Otras resoluciones, por el contrario, consideraron que la aplicación del art. 119 CC tiene lugar con independencia de la existencia o no de una relación biológica del padre reconocedor con el reconocido, entendiendo que se trata de un efecto legal del reconocimiento, unido al matrimonio de los padres. Algunas sentencias atribuyeron a la filiación reconocida el carácter de matrimonial cuando el reconocimiento se efectuaba constante matrimonio, supuesto éste, de filiación determinada después del matrimonio del reconocedor y la madre biológica, para el que ya la sentencia de 28 de noviembre de 2002, si bien en un razonamiento *obiter dictum,* había declarado aplicable el art. 119 CC, lo que excluía la aplicación del art. 140 CC[124]. Y antes, la sentencia de 26 de noviembre de 2001[125], había decidido en igual sentido en un caso en el que el reconocimiento se realizó el mismo día de la celebración del matrimonio.

Posteriormente, en concordancia con la tendencia a equiparar los reconocimientos de complacencia a los efectuados por el presunto padre biológico, el Tribunal Supremo valora que, aún efectuándose el reconocimiento a sabiendas de la falta de paternidad, si se ha celebrado el matrimonio del declarante con la madre, se aplica el art. 119 CC, incluso si el reconocimiento fuese previo al enlace matrimonial, puesto que el matrimonio de los padres produce el cambio del régimen de filiación. La primera vez que el Tribunal Supremo sienta este criterio fue en su sentencia del Pleno de 4 de julio de 2011[126]. El mismo razonamiento

123 La STS 27 mayo 2004 (RAJ 2004, 4265), en un caso de reconocimiento de complacencia subsiguiente al matrimonio de los progenitores, apreció que cuando el art. 119 CC determina que la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, da a entender que se trata de "padre y madre reales" y que cuando el art. 140 CC se refiere a la filiación no matrimonial se está proyectando no sólo a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, sino también a los nacidos antes del matrimonio y que no resultan hijos biológicos, no obstante el matrimonio de la madre progenitora y padre no progenitor. En el mismo sentido, aunque no de forma tan explícita, se pronunciaron las SSTS 12 julio 2004 (RAJ 2004, 5356), 14 julio 2004 (RAJ 2004, 4676), 29 octubre 2008 (RAJ 2008, 5802), 5 diciembre 2008 (RAJ 2009, 147) y 29 noviembre 2010 (RJ 2011, 1545).

124 La STS 28 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10418), ante el ejercicio de una acción de impugnación de un reconocimiento de complacencia, estando el padre reconocedor y la madre del menor casados, declara que "la impugnación de la filiación (ya determinada), después del matrimonio de los padres es el de la filiación matrimonial" y que "por el matrimonio de los padres, el estado de filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen y se cumple la prevención del artículo 119 de que el hecho de la filiación quede determinado legalmente con el hecho del subsiguiente reconocimiento". No obstante, como la demandante, hija biológica del reconocedor, había decidido su legitimación al amparo del art. 140 CC, que hace referencia a la filiación no matrimonial, la sentencia resuelve la pretensión de impugnación de la filiación aceptando la aplicación de este precepto, en su segundo párrafo, por lo que declara que la acción había caducado.

125 STS 26 noviembre 2001 (RAJ 2001, 9527).

126 STS 4 julio 2011 (RAJ 2011, 5965). Esta sentencia contempló un caso en el que la filiación paterna que determinó legalmente el reconocimiento de complacencia era no matrimonial. Por esa razón, declaró que la acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor podía ejercitar era la regulada en el artículo 140.II CC, sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años. La resolución se acompaña de un voto particular formulado por D. Xavier O'Callaghan Muñoz en el que se cuestiona la doctrina favorable a la aplicación de la acción de impugnación del art. 140 CC pese a que la filiación extramatrimonial haya sido determinada por un reconocimiento voluntario y consciente, no viciado, llamado "de complacencia".

es asumido, más tarde, en la STS de 10 de mayo de 2012[127], curiosamente con cita expresa de la STS de 27 de mayo de 2004[128], que había acogido el criterio totalmente opuesto, en orden a considerar inaplicable en estos casos el art. 119 CC. Este planteamiento es el que ratifica la STS de 15 de julio de 2016[129], en la cual se concluye que, en aplicación del art. 119 CC, el matrimonio del reconocedor con la madre del reconocido conlleva el cambio de régimen de la filiación, "asumiendo que no requiere que el reconocedor sea el padre biológico del reconocido". El criterio jurisprudencial actualmente aplicable es, por tanto, el de que la filiación derivada del reconocimiento de complacencia tiene el carácter de matrimonial no solo cuando éste se efectúe con posterioridad al matrimonio del reconocedor con la madre del hijo reconocido, sino también cuando el enlace tiene lugar tras el acto de determinación de la filiación.

B) La aplicación de los artículos 136 y 140 CC, respectivamente, en función de si la filiación es matrimonial o extramatrimonial

Partiendo de la consideración de que la filiación derivada de un reconocimiento de complacencia puede ser, en aplicación del art. 119 CC, matrimonial o no matrimonial, la STS de 15 de julio 2016[130], corroborando el criterio adoptado por vez primera en la sentencia de 4 de julio de 2011[131], fija como doctrina, de una manera contundente, que "[l]a acción procedente será la regulada en el art. 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción". Conforme a la doctrina jurisprudencial citada, cuando el reconocedor y la madre del hijo reconocido están casados, la acción de impugnación deberá fundarse en el art. 136 CC, con independencia de que el reconocimiento haya tenido lugar antes o tras la celebración del matrimonio; a no ser que, en el primer supuesto, la acción que regula el art. 140.II CC hubiera caducado antes del enlace, en cuyo caso se considera que el matrimonio no abre un nuevo plazo de un año a favor del reconocedor. En cuanto al plazo de caducidad de un año del art. 136 CC, aprecia el Tribunal Supremo que "si el reconocimiento es posterior al matrimonio, el dies a quo [...] será el día de la perfección del reconocimiento. Si el matrimonio es posterior, el día de su celebración". Si el reconocedor no contrajo matrimonio con la madre del reconocido, se permite al autor la impugnación de la paternidad,

127 La STS 10 mayo 2012 (RAJ 2012, 6341) pareció limitar la aplicación del art. 136 CC al supuesto de reconocimiento posterior al matrimonio.

128 STS 27 mayo 2004 (RAJ 2004, 4265).

129 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

130 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

131 STS 4 julio 2011 (RAJ 2011, 5965).

al amparo del art. 140.II CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento[132].

Las razones que vierte el Tribunal Supremo para fijar dicha doctrina jurisprudencial sobre la impugnación de la filiación en los reconocimientos de complacencia, son diversas, si bien, a mi entender, ninguna resulta atendible.

Así, para aplicar el art. 119 CC a los reconocimientos de complacencia aduce que la finalidad de este precepto es robustecer la protección jurídica de la familia que se ha convertido en matrimonial y que implica hacer más difícil la impugnación de la filiación[133]. Esta afirmación es correcta en lo relativo a las restricciones previstas legalmente para la destrucción de la presunción de paternidad matrimonial, pero no cambia nada respecto a la valoración de los reconocimientos de complacencia, de tal manera que cuando el reconocedor, sabedor de que no es el padre del reconocido, contrae matrimonio con la madre, desaparecen las razones para dificultar la impugnación de un acto nulo de pleno derecho. Entiende el Alto Tribuna que no se compadece con esa finalidad de proteger a la familia matrimonial "entender que la aplicación del artículo 119 requiere que «los progenitores» a los que se refiere sean el padre y la madre biológicos" [134]. De nuevo, la sentencia fuerza la interpretación de un precepto a fin de adaptarla a la discutible teoría que se intenta defender.

Dispone, asimismo, en favor de su tesis, el Tribunal Supremo que en el Código civil común no existe una disposición semejante el art. 235-7 del Código Civil de Catalunya, norma que, si bien considera matrimoniales los hijos comunes nacidos antes del matrimonio del padre y de la madre, desde la fecha de celebración de éste, dispone que la impugnación de la filiación se rige por las reglas de la filiación no matrimonial[135]. Concluye su argumentación el Tribunal Supremo apreciando que no se le alcanza razón alguna para que la regla del art. 119 CC "no deba valer igual porque sea de complacencia el reconocimiento que determine legalmente la paternidad del hijo de la cónyuge del reconocedor" [136].

Conforme a la doctrina jurisprudencial, así pues, la falta de concordancia con la realidad biológica ínsita en los reconocimientos de complacencia deberá ser objeto de impugnación al amparo del régimen general de las acciones de filiación,

132 La STS 28 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10418) aplica el art. 140.II CC a una demanda de impugnación de un reconocimiento de complacencia, lo que le lleva a apreciar que esa acción había caducado por el transcurso de los cuatro años que el precepto señala, caducidad que, aparte de ser apreciable de oficio, había sido también alegada en la contestación a la demanda.

133 Fundamento jurídico quinto, regla 1ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

134 Fundamento jurídico quinto, regla 2ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

135 Fundamento jurídico quinto, regla 3ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

136 Fundamento jurídico quinto, reglas 4ª y 5ª, de la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

en concreto, distinguiendo en función de si la filiación determinada se puede considerar matrimonial o no matrimonial[137].

A mi modo de ver, carece de fundamento establecer regímenes diferentes para la impugnación de la filiación derivada de un reconocimiento de complacencia en función de si el autor del mismo ha contraído o no matrimonio con la madre del hijo reconocido. Y ello en la medida en que lo que se impugna no es la filiación, sino el acto de reconocimiento, por estar afectado de nulidad de pleno derecho[138].

2. Tesis que se defiende: la acción declarativa de la nulidad del reconocimiento de complacencia.

A) La anulación del reconocimiento y de la filiación indebidamente determinada.

Con fundamento en el art. 138 CC, cabe distinguir entre la acción de impugnación de la paternidad determinada por el reconocimiento y la acción de impugnación del título mismo (del acto de reconocimiento)[139]. La anulación del reconocimiento en sí (y de esos otros actos jurídicos dirigidos a la determinación de la paternidad matrimonial), combate directamente la validez de estos actos como títulos de determinación legal de la filiación paterna.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 15 de julio de 2016[140], aprecia que, en los reconocimientos de complacencia, las acciones de impugnación de la paternidad legalmente determinada mediante el reconocimiento se basan en no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido y, de prosperar, provocarán la ineficacia sobrevenida del reconocimiento. Según la jurisprudencia, el acto del reconocimiento tan sólo es impugnable porque exista falta de capacidad o vicios en el consentimiento prestado y no por la ausencia consciente de vínculo biológico entre el progenitor y el hijo o hija[141]. Conforme a esta doctrina, el que reconoce al hijo de su pareja o esposa como como suyo, siendo consciente de que no es el padre biológico y sin que medie error, violencia o intimidación a la hora de llevar a cabo tal reconocimiento, ha realizado un acto válido y no va contra sus

137 En el caso resuelto por la STS 15 julio 2016 (2016, 3196), el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda de impugnación de la paternidad instada por el reconocedor de complacencia, que estaba casado con la madre de la hija reconocida, por haber transcurrido el plazo de un año del art. 136 CC.

138 Manifiesta Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1092 que "[e]s contrario a toda lógica someter a distinto régimen de impugnación un mismo reconocimiento según determine una filiación u otra (y esto por algo ajeno a él), ya que en este caso se trata de impugnación del título o acto jurídico (acción declarativa negativa), no de impugnación de la filiación *stricto sensu*".

139 Diferencian ambos tipos de acciones las SSTS 26 noviembre 2001 (RAJ 2001, 9527), 5 julio 2004 (RAJ 2004, 5454), 29 octubre 2008 (RAJ 2008, 5802), 5 diciembre 2008 (RAJ 2009, 147) y 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

140 STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196), Fundamento jurídico segundo.

141 Por todas, STS 29 octubre 2008 (RAJ 2008, 5802). La STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), 8 julio 2019 (JUR 2019, 261355) infiere este planteamiento del contenido de los arts. 235-26 y 235-27 del CCCat.

propios actos si pretende luego, atendiendo a sus intereses personales, impugnar la paternidad que quedó fijada en virtud de ese acto. Este planteamiento carece, a todas luces, de fundamento legal y de propia lógica argumentativa: si, según entiende el Tribunal Supremo, la inexistencia de relación biológica no se considera un defecto del acto de reconocimiento, ¿qué sentido tiene apreciar la nulidad de la paternidad, con carácter sobrevenido, justamente por este motivo? O el acto, y la paternidad que del mismo deriva, eran nulos *ab initio* porque no se correspondían con la verdad biológica o, si se estima que el acto de reconocimiento fue válido, no existirá motivo en el que fundar la impugnación *a posteriori.* Menos sentido aún tiene apreciar que la falta de paternidad constituye un defecto causado de forma sobrevenida: ya existía -y además era conocido- cuando el acto de declaración se efectuó.

A mi modo de ver, cuando esa falta de correspondencia entre la verdad material y lo declarado es fruto del engaño, con grave infracción de normas de *ius cogens*, estaremos ante un reconocimiento afectado de invalidez desde el origen. Entre los defectos del título, conducentes a la nulidad, se encuentra, pues, la declaración emitida a sabiendas de la falta de paternidad biológica. Lo que resulta atacable, en estos casos, es el título de determinación de la filiación, y no -como sucede en el caso del reconocimiento objetivamente inexacto- la falta de relación biológica[142]. De ahí que no resulte aplicable a los reconocimientos de complacencia el régimen restrictivo de impugnación previsto para las acciones de filiación, pues no es objeto de discusión la veracidad de la filiación, al resultar incontrovertido que el reconocido no es hijo biológico del declarante. La acción judicial a ejercitar para impugnar el reconocimiento de complacencia ha de ser, por tanto, la declarativa de la invalidez de pleno derecho del acto jurídico o título de fijación de la filiación[143].

B) La legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad.

Como se expuso anteriormente, el autor de un reconocimiento de complacencia, que por su propia esencia es contrario al ordenamiento jurídico y, por ende, nulo, no puede gozar de legitimación para impugnar la paternidad con fundamento en que no es el verdadero padre, en aplicación de la doctrina de los actos propios, que le impide ir contra su anterior conducta. Ahora bien, ante el ejercicio de la acción de nulidad del reconocimiento por otros sujetos interesados, el reconocedor –así como el hijo, si no ha sido el actor- deberá ser siempre demandado (art. 766 LEC).

142 Indica Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1058, que la falta de norma específica sobre la impugnación de estos reconocimientos "obliga en la mayor parte de los casos a los interesados, para asegurar el éxito de la acción, a llevar la impugnación no ya al título de determinación (como procedería, por su invalidez) sino al terreno de la relación biológica, como en el reconocimiento meramente inexacto (discusión sobre la verdadera filiación)".

143 Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1102.

Considero que tampoco goza de legitimación la madre biológica del sujeto que ha sido reconocido por complacencia, si prestó su consentimiento expreso, al amparo del art. 124 CC, al acto de determinación de la filiación[144]; esta será la situación habitual en los reconocimientos de complacencia (dado que normalmente se efectúan "para complacer" a la madre), siendo excepcionales los casos en los que la declaración se formaliza sin contar con este consentimiento de la progenitora[145]. El reconocimiento, aun siendo un acto unilateral del reconocedor, requiere el consentimiento de la madre como *conditio iuris* de su eficacia[146], por lo que los mismos argumentos vertidos para negar la legitimación del reconocedor, resultan aplicables respecto de la progenitora.

Con las citadas excepciones del reconocedor y de la progenitora del reconocido, la legitimación para impugnar este reconocimiento intencionadamente inveraz corresponde a cualquier persona interesada en hacer coincidir la realidad biológica con la meramente formal. Se encuentra legitimado el reconocido, principal interesado en que, declarada la nulidad del reconocimiento, aflore la realidad biológica de su filiación. Tan sólo perdería la legitimación quien consta registralmente como hijo en el caso de que, siendo mayor de edad cuando se efectuó el acto de reconocimiento mendaz (supuesto no frecuente en la práctica), prestase su consentimiento a este acto de determinación de la filiación, en aplicación del art. 123 CC, con plena consciencia de la ausencia de relación biológica con el reconocedor. Si el reconocido es menor de edad, el Tribunal Supremo ha apreciado, en la sentencia de 30 de junio de 2016[147], la falta de legitimación de la madre, como representante legal de la hija y en interés de la misma, para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial y de impugnación de la matrimonial derivada de un reconocimiento de complacencia, partiendo de la contradicción de intereses entre la hija menor de edad y la madre.

144 Niega la legitimación de la madre del reconocido para impugnar la filiación, Gallo Vélez, A. S.: *Los reconocimientos,* cit., pp. 361 y ss.

145 En el caso resuelto por la SAP Zaragoza (Sección 4ª), 13 enero 2003 (JUR 2003, 44640), la madre impugna la paternidad derivada de un reconocimiento de complacencia efectuado sin que la misma prestase su consentimiento expreso a la declaración del demandado para la inscripción del nacimiento de la niña en el Registro Civil de la Embajada de España de Kinshasa (Zaire, antiguo Congo Belga), ni la aprobación judicial. La actora, nacida en Ruanda, en la guerra de su país sobre septiembre de 1.994, soltera, embarazada de su hija, pasó a la República de Zaire como refugiada, a un campo regido por la Agencia de Cooperación de las Naciones Unidas para las Refugiadas (ACNUR), cerca de la localidad Goma, en el que conoció al demandado, cooperante de la O.N.G. "Médicos del Mundo". Esta situación excepcional parece que dio lugar a que el demandado inscribiese a la niña como hija de ambos, sin contar con el consentimiento expreso de la progenitora. La acción de impugnación, fundada en la no veracidad biológica de la paternidad reconocida, es desestimada por haber transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años del art. 140.II del CC.

146 Berrocal Lanzarot, A.I.: "Reconocimiento de la filiación", cit., p. 3423.

147 STS 30 junio 2016 (RAJ 2016, 2859). Un comentario de esta sentencia en Barber Cárcamo, R.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2016 (441/2016). El conflicto entre la verdad biológica y el interés del hijo menor en las acciones de filiación", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, vol. 8, 2016, pp. 347-362.

Gozan también legitimados los interesados a quienes perjudique la filiación indebidamente declarada (por ejemplo, otros hijos del reconocedor[148], parientes con derechos a la herencia del reconocedor o del reconocido[149], etc.). Ante un reconocimiento de complacencia, además del ejercicio de la acción declarativa de la nulidad del acto, cabe también que el verdadero padre del reconocido ejercite una acción de reclamación de la filiación (sea matrimonial o no matrimonial), pretensión que conlleva la impugnación del reconocimiento (art. 134 CC).

C) Imprescriptibilidad de la acción de nulidad.

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, para la doctrina del Tribunal Supremo, los reconocimientos de complacencia no son nulos de pleno derecho, sino que pueden ser impugnados atacando o combatiendo la filiación derivada de ese título, que no se correspondería con la biológica, pero hallándose sometidos a los plazos de caducidad de las acciones de impugnación de la filiación establecidos en la ley en favor de la seguridad jurídica y estabilidad en la filiación de los menores de edad.

La tesis que defiendo, con fundamento en los argumentos expuestos a lo largo de este estudio, es la de que el reconocimiento efectuado por quien no es progenitor, faltando a la verdad, es un acto radicalmente nulo, no estando sujeta la acción declarativa de la nulidad de la apariencia creada a plazo de prescripción ni de caducidad. A esta nulidad radical e insubsanable no le resultan, pues, aplicables los plazos de caducidad de uno a cuatro años previstos en los arts. 136, 140 y 141 CC para los reconocimientos meramente inexactos.

VIII. CONCLUSIONES.

A la hora de efectuar cualquier análisis sobre la filiación no adoptiva, el punto de partida no puede ser otro que el principio constitucional de la libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), lo que implica otorgar preeminencia a la realidad biológica por encima de la verdad presunta o declarada. Es por ello que, desde la reforma del Código civil de 1981, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal

148 En el caso resuelto por la STS 28 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10418), la demandante, hija matrimonial del codemandado, formula demanda en la que solicita la declaración de nulidad radical del reconocimiento efectuado por su padre, tras divorciarse de su madre, del hijo extramatrimonial de su nueva esposa, acto que tuvo lugar al día siguiente de haber contraído nuevo matrimonio. La sentencia dictada en primera instancia estimó la falta de legitimación activa de la demandante, sin pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto de la cuestión debatida, siendo confirmada esta decisión en grado de apelación. El Tribunal Supremo, entrando en el fondo del asunto, acepta que la actora estaba legitimada *ex* art. 140 del CC para la acción de impugnación como heredera forzosa de su padre, si bien, desestima la demanda al apreciar que la acción había caducado por el transcurso de los cuatro años.

149 La STS 29 octubre 2008 (RAJ 2008, 5802) confirma la sentencia recurrida, que había estimado la demanda de impugnación de la filiación no matrimonial determinada por un reconocimiento de complacencia instada por los padres del reconocedor.

Supremo ha dado prioridad en la resolución de los conflictos sobre la filiación a la verdad material. En materia de reconocimientos de complacencia, sin embargo, la jurisprudencia más reciente ha generado una brecha en este planteamiento, abriendo paso a una nueva concepción de la paternidad fundada en la voluntad, junto a la derivada del hecho biológico.

Como he intentado argumentar a lo largo de estas páginas, el acto de reconocimiento efectuado por complacencia -siendo su autor plenamente conocedor de que no se corresponde con la verdad biológica- es nulo de pleno derecho, en cuanto fija de forma voluntaria una filiación opuesta a la verdad biológica. Partiendo de la nulidad que afecta al acto de reconocimiento por ser "de complacencia", carece de legitimación su autor para impugnar la paternidad indebidamente declarada en virtud de un acto cuya nulidad ha sido causada, precisamente, por su declaración no acorde con la realidad biológica. Son los interesados en esta declaración de nulidad, en especial, el hijo ilegalmente reconocido, quienes gozan de legitimación para hacer valer la nulidad del acto de reconocimiento, siendo la acción imprescriptible.

La doctrina jurisprudencial que propugna la validez de los actos de reconocimientos efectuados por mera complacencia y que, al mismo tiempo, concede legitimación al autor de esta declaración para impugnar la filiación determinada a través de este acto, al amparo de las acciones de impugnación de la paternidad, conculca los principios en que se fundamenta nuestro sistema de la filiación. Esta doctrina propicia los reconocimientos del hijo o hijos habidos por la esposa o pareja antes del inicio de la relación con el reconocedor (normalmente, antes incluso de conocer al mismo), garantizando al padre registral que, producida la crisis matrimonial o convivencial, podrá desligarse de los deberes que derivan de la patria potestad y, en general, de la filiación, mediante el ejercicio de la correspondiente acción de impugnación. Todo un despropósito que esperemos la Sala Primera del Tribunal Supremo reconduzca, regresando a los postulados de su doctrina inicial fundados en la nulidad de estos reconocimientos falaces.

BIBLIOGRAFÍA:

Álvarez Alarcón, A.: "De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Disposiciones generales", en AA.VV.: *Ley de Enjuiciamiento Civil. Anotaciones, Concordancias, Apéndice Legislativo y Bibliografía,* (coord. F. Gómez de Liaño), Forum, Oviedo, 2000, pp. 857-866.

Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil,* t. IV, "Derecho de Familia", 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2007.

Barber, R., Quicios, S. y Verdera, R. (coord.): "Presentación", en AA.VV.: *Retos actuales de la filiación. Asociación de Profesores de Derecho Civil,* Tecnos, Madrid, 2018, pp. 13-14.

Barber Cárcamo, R.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2016 (441/2016). El conflicto entre la verdad biológica y el interés del hijo menor en las acciones de filiación", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, vol. 8, 2016, pp. 347-362.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "Reconocimiento de la filiación por complacencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario,* núm. 728, 2011, pp. 3415-3451.

Díaz Alabart, S.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2011 (5546/2011). Impugnación de filiación no matrimonial determinada por un reconocimiento de complacencia", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), Madrid, Dykinson, vol. 5, 2011-2012, pp. 327-338.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

De la Iglesia Monje, Mª.I.: "Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 758, 2016, pp. 3341-3362.

Fernández Campos, J.A. y Verdera Server, R.: "Rectos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación", en AA.VV.: *Retos actuales de la filiación,* Tecnos, Madrid, 2018, pp. 15-68.

Gallego Domínguez, I.: "Comentario al Artículo segundo. Seis", en AA.VV.: *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,* Dykinson, Madrid, 2018, pp. 481-502.

Gallo Vélez, A. S.: *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, Madrid, 2017.

García Vicente J.R.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004: Impugnación de la paternidad matrimonial determinada en virtud de reconocimiento de complacencia", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 67, enero-abril de 2005, pp. 433-448.

Lacruz Berdejo, J.L. (dir.): *Elementos de Derecho Civil,* t. IV, *Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, 4ª edición.

Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio de 2016 (496/2016). Reconocimiento de complacencia", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, vol. 8, 2016, pp. 347-362.

Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Prólogo", en Gallo Vélez, A. S.: *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 13-16.

Muñoz de Dios Sáez, L.F.: "El reconocimiento de complacencia ante notario", *Revista de Derecho Civil,* vol. IV, núm. 4 (octubre-diciembre, 2017), Ensayos, pp. 237-264.

Quicios Molina, S.: *Determinación e impugnación de la filiación,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 58, núm. 3, 2005, pp. 1049-1113.

Rodríguez Cachón, T.: "Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia", en AA.VV.: *Derecho de familia, nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo* (coord. A. Acedo Penco y A. Silva Sánchez, A., dir. M. Peralta Carrasco), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 317-325.

ADOPCIÓN INTERNACIONAL, GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO MEXICANO

INTERCOUNTRY ADOPTION, SURROGATE MOTHERHOOD AND THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN MEXICAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 618-645

Nuria
GONZÁLEZ
MARTÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: En el presente texto se analiza la correlación que existe entre adopción internacional, gestación por sustitución y el interés superior del menor, aterrizado en la forma en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México se ha pronunciado a favor del menor y de qué manera se ha implementado en las leyes mexicanas.

PALABRAS CLAVE: Adopción internacional; gestación por sustitución; interés superior del menor.

ABSTRACT: *This article analyzes the correlation that exists between intercountry adoption, surrogate motherhood and the best interest of the child, grounded in the way in which the Supreme Court of Justice of the Nation in Mexico has ruled in favor of the child and of what manner has been implemented in mexican laws.*

KEY WORDS: *Intercountry adoption; surrogate motherhood; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PLANTEAMIENTO INICIAL.- III. ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿VINCULADAS?.- IV. CONTEXTO MEXICANO.- V. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- VI. APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR CON RESPECTO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA Y LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.- 1. Gestación por sustitución.- 2.- Adopción internacional.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el siglo XXI, podemos extraer una serie de consideraciones con relación al desarrollo del derecho de familia[1]. Especialmente, resulta acertado considerar una clara evolución en el concepto de familia y en la forma tradicional de concebirla[2]. Es un hecho que las familias hoy en día no tienen la misma estructura que tenían hace veinte años, por temporalizar de alguna manera, y por ende es normal que las problemáticas derivadas de las relaciones familiares no sean las mismas de antaño. A todo ello, debemos añadir el impacto de las nuevas tecnologías, en todas las esferas de la persona, en las que afecta directamente los temas de salud reproductiva y métodos reproductivos[3]. En esta vertiente, se exponen algunas particularidades que presenta el derecho de familia y el creciente desarrollo de figuras como la gestación por sustitución[4] y la adopción internacional[5], poniéndolo en conexión con el interés superior del menor en el contexto mexicano.

1 Una versión preliminar fue publicada en González Martín, N.: "Capítulo quinto. Gestación por sustitución, adopción internacional y el interés superior del menor en el contexto mexicano", en AA. VV.: *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior del niño. Perspectivas de derecho comparado* (coord. por N. González Martín), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Ciudad de México, 2020.

2 González Martín, N.: "Globalización familiar: Nuevas estructuras para su estudio" en AA. VV.: *Libro Homenaje al Profesor E. Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019, pp. 649 y ss.

3 Dreyzin de Klor, A.: *El derecho internacional de familia en la postmodernidad. Familia internacional. Sustracción internacional de niños. Subrogación materna y sus efectos internacionales,* Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2012, pp. 41 y ss.

4 La asunción de una cierta terminología tiene siempre su fundamento. Algo al respecto hemos escrito en torno a la preferencia, desde el derecho internacional privado, del concepto de menores en lugar de niñas, niños y adolescentes; pues bien, de nuevo aparece aspectos de idoneidad con respecto a la gestación por sustitución, para ello, *vid.* Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres,* Colección de Bioética, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 24 y ss.

5 González Martín, N.: "Adopción internacional en México: luces y sombras", en AA. VV.: *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI* (coord. por E. García Flores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México, 2013, p. 296.

• Nuria González Martín
Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: nuria.gonzalez68@gmail.com

En el presente texto se analiza la correlación que existe entre adopción internacional, gestación por sustitución y el interés superior de la minoridad aterrizada en la forma en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México se ha pronunciado a favor del menor y de qué manera se ha implementado en las leyes mexicanas, para concluir, como era de esperarse, que no hay -ni debe haber- un concepto unívoco de lo que es el interés superior del menor, y en donde en materia internacional se nota un progreso continuo en la mejora de los procedimientos jurídicos, con la finalidad de que prevalezca éste interés.

II. PLANTEAMIENTO INICIAL.

Cuando una pareja decide ampliar la familia y hay un impedimento natural o médico para procrear o gestar, las únicas dos vías por las que pueden optar es la gestación por sustitución y la adopción. Cuando esa pareja visualiza o enfrenta otro impedimento, en esta ocasión administrativo, traducido por ejemplo en ineficiencia o anomia, y buscan a los hijos fuera de sus fronteras nacionales, la figura jurídica se transforma en una gestación por sustitución transfronteriza (GST) o una adopción internacional (AI).

Desde el derecho internacional privado y desde la protección internacional debida a los menores que se encuentran inmersos en estas prácticas o supuestos, hay un mandato indubitado e imperioso, el cual se traduce en la búsqueda primigenia de su interés superior[6] como parte más vulnerable del grupo familiar.

Sin lugar a dudas, ambas figuras, la GST y la AI, transitan por rutas diferentes, pero al mismo tiempo conectados ante soluciones de mucha actualidad, en donde ante la desprotección del hijo/a concebido/a a través de un acuerdo de gestación por sustitución o subrogada, se opta por la inscripción del mismo como adopción. Veamos el ejemplo español, en donde la gestación por sustitución está prohibida, y en donde el Tribunal Supremo apuntó que existen diversas posibilidades en el ordenamiento jurídico español para formalizar jurídicamente la relación entre los comitentes y el niño los cuales formaban una unidad familiar de hecho que convivía en España, citándose expresamente la adopción y el acogimiento familiar[7].

6 González Martín, N. y Albornoz, M. M.: "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Ciudad de México, 2016, pp. 159-187; Sales Pallarés, L., "La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 326-347.

7 TS, Sala Primera, de lo Civil, Recurso 245/2012, Resolución 835/2013, 6 de febrero de 2014, http://supremo.vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606. FJ 5º, apartado 11º. González Martín, N.: "Capítulo Octavo. Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución" en AA. VV.: *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado* (ed. M. M. Albornoz), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, Ciudad de México, 2020, p. 269; Quicios Molina, S.: "Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2019, pp. 3-41; Salazar Benítez, O.: "La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos", *Revista de Derecho Político,* UNED, núm. 99, mayo-agosto 2017, pp. 79-120.

En el mismo contexto español, según datos proporcionados por el Ministerio de Asuntos Exteriores del gobierno de España, entre 2010 y 2016 se habrían registrado, al menos, novecientos setenta y nueve nacimientos por gestación subrogada en oficinas consulares y misiones diplomáticas de doce países distintos donde esta práctica está legalizada y a los que acuden las parejas españolas. Y así se reafirma que "esta cifra no contempla, sin embargo, aquellos casos cuyos trámites se hayan iniciado en los países de origen, pero cuyas inscripciones se hayan practicado posteriormente en España y no en las embajadas. La cifra también es incompleta porque hay algunos casos que llegan al Registro Civil por vía de adopción internacional, pero en realidad encubren casos de gestación subrogada"[8].

Francia, por su parte, el tribunal de apelación de París confirmó la decisión del *Tribunal de Grande Instance* de 2016, reconociendo la adopción plena por parte de un hombre de los gemelos genéticamente relacionados de su marido, nacido a través de la gestación subrogada en Canadá. Esta es la primera vez que un Tribunal de Apelación ha emitido una decisión sobre la adopción plena, la única reconocida para una adopción internacional, de niños nacidos por subrogación por parte del padre intencional no relacionado genéticamente[9].

En el año 2018, la Relatora especial sobre la venta y explotación sexual de niños expresó sus preocupaciones ante la Asamblea General de las Naciones Unidas[10], con relación al aumento en el número de contratos internacionales sobre gestación subrogada ante la falta de normas internacionales, en donde se observó que aspirantes a ser padres de países desarrollados celebran contratos comerciales internacionales con mujeres de países en desarrollo, lo que ha generado prácticas abusivas que atentan contra la dignidad de la persona en la era de los derechos humanos. Así la relatora recomienda a todos los países que se promulgue legislación amplia y clara en virtud de la cual se prohíba la venta de niños, tal como se define en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en el contexto de la gestación por sustitución. Se recomendó en el contexto internacional que se vigile toda regulación elaborada en relación con la gestación por sustitución o con el reconocimiento jurídico de la patria potestad en

8 Emakunde: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe Final, abril de 2018, emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORMECOMPLETO21042018.pdf, p. 6. *Vid.* González Martín, N.: "Maternidad subrogada y adopción internacional", en AA.VV.: *Reproducción asistida* (coord. por I. Brena Sesma), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Ciudad de México, 2012, pp. 163-194 y González Martín, N.: "Capítulo Octavo", cit., p. 203.

9 Libération, "GPA à l'étranger : la justice reconnait pour la première fois une adoption par le deuxième père", 19 de septiembre de 2018, www.liberation.fr/france/2018/09/19/gpa-a-l-etranger-la-justice-reconnaît-pour-la-premiere-fois-un-adoption-par-le-deuxieme-pere_1679812. González Martín, N.: "Capítulo Octavo", cit., p. 209.

10 ONU, *Informe de la relatora especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/G1800774.pdf

los contratos internacionales de gestación subrogada, que se centre a la vez en el derecho internacional privado y en el derecho internacional público, en particular disponiendo la protección de los derechos del niño, de las madres gestantes y de los aspirantes a progenitor.

Por otro lado, en un caso resuelto por el Tribunal Supremo de Alemania, mediante sentencia del 20 de marzo de 2019[11], se negó reconocimiento a la maternidad de la madre intencional alemana, residente en Alemania, con respecto a un niño nacido en Ucrania en el contexto de un acuerdo de gestación por sustitución transfronteriza celebrado por la mujer alemana y su esposo --padres de intención-- con una mujer gestante ucraniana, residente en Ucrania[12]. Ambos padres intencionales tenían vínculo genético con el niño. En el acta de nacimiento expedida en Ucrania, quienes figuraban como progenitores eran los cónyuges alemanes, residentes en Alemania. El tribunal entendió que la residencia habitual del niño estaba en Alemania y que, en virtud del art. 19.1 del Código Civil alemán, correspondía aplicar la ley alemana. En consecuencia, la madre es, según el máximo tribunal alemán, la mujer ucraniana y la maternidad de la alemana sólo puede lograrse recurriendo a un procedimiento de adopción. Esta solución llama la atención, dado que sugiere la adopción del niño por parte de la mujer cuyo óvulo fue fertilizado para que ese niño pudiera existir. Asimismo, es preciso tener presente que, en este caso, la filiación establecida en el extranjero sólo constaba en un certificado de nacimiento y no en una sentencia -lo que sí sucedía en un caso resuelto en 2014, donde había una sentencia californiana acerca de la filiación-[13].

La ley alemana no sólo prohíbe, sino que también sanciona[14] la utilización abusiva de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y establece pena de privación de libertad de hasta tres años; igualmente, prevé sanciones para el personal médico que las realice. En el caso alemán, el art. 1° de la Ley sobre Protección del Embrión del año 1990 determina que el convenio de gestación por sustitución es contrario a las buenas costumbres y nulo por violar el orden público. También la regulación del fenómeno de la adopción incluye entre sus disposiciones la prohibición de la gestación por sustitución; en ese sentido, la legislación alemana contempla la pena de prisión y multa para todas aquellas personas que incumplan

11 Tribunal Supremo de Alemania, XII ZB 530/17, http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f4027fae57536f17d8f735bad9823b50&nr=94770&pos=0&anz=4

12 Para el caso Ucrania/España, *vid.* asimismo Jiménez Blanco, P.: "La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario a las instrucciones de la DRRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm. 37, 2019, pp. 24-31.

13 Álvarez Rodríguez, A. y Carrizo Aguado, D.: "Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres…?", *La Notaria,* núm. 2, 2014, p. 59-75, en González Martín, N.: "Capítulo Octavo", cit., p. 213.

14 El art. 1° de la Ley de protección del embrión, número 745/90 del 13 de diciembre de 1990 establece que: "1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; […]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento".

sus disposiciones. Sin embargo, únicamente se sanciona penalmente a aquellas personas que intervengan en cualquiera de las operaciones necesarias para llevar a cabo la gestación, como puede ser la fecundación y extracción de óvulos; no se sanciona ni a los comitentes ni a la mujer subrogada[15].

El tema está servido y, como vemos, no está falto de incógnitas e incertidumbres y así en los supuestos internacionales de gestación por sustitución, tal y como expresa literalmente Albornoz[16], "la cuestión más delicada es la de la continuidad transfronteriza del estado de hijo: ¿será posible que la relación filial establecida en un Estado produzca efectos en otro? Se trata de determinar si es factible que la filiación establecida en el extranjero entre el niño y los padres intencionales sea reconocida en el Estado de destino donde reside o residirá la familia. En la reciente opinión consultiva, a propósito del caso *Mennesson*[17], el pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) entendió que, en casos de gestación por sustitución transfronteriza en los cuales el padre intencional está genéticamente vinculado con el niño nacido en el extranjero y la madre intencional no, el derecho al respeto de la vida privada del niño y la consideración de su interés superior requieren que el derecho del Estado de recibimiento ofrezca la posibilidad de reconocer la relación de filiación entre el niño y la madre intencional designada en el acta de nacimiento extranjera como madre legal[18]. Pero en cuanto a la manera de llevar a cabo dicho reconocimiento, indicó que aquel Estado no está obligado a transcribir el acta de nacimiento extranjera en su registro civil, sino que también puede emplear otros procedimientos, incluyendo la adopción, asegurando que su implementación sea pronta y efectiva"[19].

En definitiva, tanto a través de GSI o de la AI se llega al mismo fin, es decir, se integra o incorpora un menor o menores a la familia con carácter de hijo de los padres –padres intencionales o padres adoptivos[20]- en donde la ficción de la figura adoptiva se puede dar para proteger al menor que quedó en el limbo jurídico ante la falta de regulación adecuada, pero en donde también se puede dar, y de hecho sí sucede, que ambas figuras pueden quedar ligadas al tráfico internacional

15 González Martín, N.: "Capítulo Octavo", cit., pp. 211-212.

16 Albornoz, M. M.: "Capítulo Cuarto. Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella", en AA.VV.: *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado (*coord. M. M. Albornoz), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, Ciudad de México, 2020, p. 136.

17 TEDH, Gran Sala, "Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001)", http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383.

18 *Idem*.

19 *Idem*.

20 Albornoz, M. M.: "Capítulo Cuarto", cit., pp. 136 y ss.

de menores[21], un tema delicado y que prolifera ante la posibilidad de un lucro importante ante una transacción de un acuerdo de GSI o una AI.

III. ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿VINCULADAS?

La adopción internacional tiene como fin encontrar una familia a un menor que carece de ella y que en su interés superior, a través del principio de subsidiariedad[22], en defecto de su familia biológica o una familia adoptiva nacional, se perfila, en última instancia, la adopción en el contexto transfronterizo. El crecimiento en un seno familiar es el mejor escenario para el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, en un ambiente sano y protector.

Si bien es cierto todo lo anterior, no hay que dejar de señalar que la consecución de este fin no es algo que resulte sencillo; así, por un lado, y siguiendo de nuevo a Albornoz, "los procesos de adopción internacional suelen dilatarse en el tiempo, lo que, sumado al mencionado principio de subsidiariedad, contribuye a que el número de niños internacionalmente adoptables no sea elevado. A ello puede sumarse otro factor que aún persiste en algunos países, aunque en general va en retroceso: la prohibición de que parejas de personas de un mismo sexo adopten en conjunto a un niño. Todos estos elementos pueden incidir para que las familias que buscan ampliarse se inclinen por la opción de la gestación por sustitución" [23].

Así las cosas, el debate fundamental de la gestación por sustitución, se ubica en si esta práctica ¿se debe prohibir o permitir? en donde la variedad de opiniones transitan desde una postura opresiva, incluso con una tendencia hacia la criminalización de la misma, hasta posiciones en donde estimamos que la prohibición no es una respuesta y sí lo es el respeto hacia quienes deciden involucrarse, de una u otra manera, en dicha práctica; en donde hay que contar con candados pertinentes que fundamentalmente protejan al sector más vulnerable involucrado en dicha práctica, nos referimos a los hijos nacidos fruto de la gestación subrogada.

21 González Martín, N.: "Maternidad subrogada", cit., p. 178.
La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (México, 18 de marzo de 1994, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm), el 2º párrafo del art. 2 define el tráfico internacional de menores como "la substracción, el traslado o la retención, o la tentativa de substracción, traslado o retención, de un menor[,] con propósitos o medios ilícitos" y entre los medios ilícitos incluye "consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor".

22 González Martín, N.: "Adopción internacional en México", cit., p. 320.

23 Albornoz, M. M.: "Capítulo Cuarto", cit., pp. 136 y ss. En torno al tema de las dificultades por las que transitan el colectivo LGTBI, recomendamos AA.VV.: "El laberinto de las adopciones de solicitantes LGTBI", pp. 9-10 en *Adoptantis*, El periódico de la adopción, Año XV, núm. 196, diciembre 2019. www.adoptantis.org

La gestación por sustitución ¿debe ser remunerada o gratuita? constituyéndose éste como el elemento más controversial. Hay quienes estiman que el hecho de que una mujer reciba una compensación económica se torna en un problema de fondo que puede cruzar la tenue frontera del tráfico y, hay quienes pensamos que debe reconocerse, y así protegerse, la voluntad de las mujeres de prestar su útero a cambio de una remuneración, es decir, no prohibir el pago sino regularlo dando certeza jurídica a todas las partes.

¿Acceso a la práctica?, es decir, quién debe tener acceso a este tipo de acuerdo o contrato, qué edad deben tener las mujeres gestantes, condiciones de salud, de vivienda, consideración de requisitos igualmente para los padres intencionales y en donde, una vez más, se debe poner el acento en evitar, no permitir, cualquier requisito que implique alguna discriminación. Ni que decir tiene que estamos pensando en el debate del acceso, a dicha práctica, a personas del mismo sexo o el tema de solicitar una nacionalidad en lugar de una residencia habitual, en el contexto mexicano. Nuestra inclinación deriva, indubitadamente, hacia la protección por parte del Estado, los diversos Estados, de aquellos que desean ser progenitores, mujeres que optan por gestar para otras familias y aquellas niñas y niños que nacen por este tipo de acuerdos, es decir, una verdadera, real e integral protección de los derechos humanos de todos aquellos interlocutores que participan en el acto. Este tema con un gran impacto en la legislación aplicable, problemas de anomías y antinomias, difícil de resolver.

Definitivamente, estamos ante dos figuras jurídicas con intenciones diferentes, en donde la convergencia pareciera ser un tanto "imposta o impuesta" para resolver ciertas situaciones que ciertas prácticas necesitan, cuando lo deseable sería que cada una siguiera un proceso, con un marco jurídico internacional, y de ahí sus efectos independientes siempre en el interés superior de la minoridad. La realidad es que son numerosos los casos en los que se hace uso y abuso del Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional (Convenio de La Haya de 1993)[24], emitiendo sentencias de adopción internacional cuando se trata, en realidad, de casos de gestación por sustitución[25]. Tenemos, entonces, que la adopción de un menor, fruto de un acuerdo de gestación por sustitución transfronteriza, puede realizarse en el Estado de nacimiento o emisión o en el Estado de recepción y de ahí la internacionalización de la misma, siempre y cuando adoptante/s y adoptado/s tengan su residencia habitual en países diferentes.

Una vez más el dilema aparece y aquí invocamos el caso mexicano de Tabasco, y así, cuando la gestante sea "madre subrogada" --entendiendo por tal a aquélla

24 https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69

25 González Martín, N.: "Maternidad subrogada", cit., pp. 191-192.

que aporta su gameto--, "deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena" (art. 92, Código Civil de Tabasco). El art. 92 establece una distinción con respecto a la "madre gestante sustituta" --que no aporta el componente genético-- indicando que en ese supuesto "se presumirá la maternidad de la madre contratante" –es decir, la madre intencional–. Allí parecería bastar con la suscripción del instrumento jurídico ante notario público y su posterior aprobación en un procedimiento judicial no contencioso (art. 380 bis 5, 3er párrafo). No obstante, otros numerales del mismo Código Civil parecerían diluir la distinción introducida en el art. 92, al disponer que "El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena" (art. 380 bis 6, 2° párrafo) y que, para que tenga lugar la adopción plena, se requiere "Que el menor a adoptar (…) sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción" (art. 399, III)[26]. Tenemos, entonces, siguiendo a Cantoral que el Código Civil de Tabasco prácticamente "equipara [la maternidad subrogada] a la adopción plena"[27].

No hay la menor duda de que soluciones como las planteadas ayudan a resolver algunos casos, pero no todos, en donde ante el nacimiento de un hijo, vía contrato de gestación por sustitución, se le concede la filiación a través de la adopción de quien es padre o madre legalmente.

La voluntad procreacional es una forma de reconocer el consentimiento informado de las personas que deciden usar las técnicas de reproducción asistida, como la gestación por sustitución, para el efecto de que se acredite y permanezca su intención de ser padres, sin embargo, la experiencia nacional e internacional ha demostrado que la celebración de un acuerdo de voluntades en estos casos no ha sido la solución, todo lo contrario se han suscitado múltiples problemas tanto para el menor que nace como para la persona o pareja que desea ejercer su libertad reproductiva[28].

Si bien, en materia de adopción internacional hemos avanzado y se han obtenido muchos logros, los desafíos persisten; de ahí que para darle actualidad a las convenciones tradicionales, como la referida a la adopción internacional, se realicen comisiones especiales y se formen grupos de expertos que perfilan conclusiones y recomendaciones, así como protocolos, entre otros, que permiten detectar y, por tanto, y lo más deseable, desactivar ciertas prácticas que detonen, en definitiva, en la protección integral de la minoridad involucrada. Desafíos que

26 Albornoz, M. M.: "Capítulo Cuarto", cit., pp. 136 y ss.

27 Cantoral Domínguez, K.: "Maternidad subrogada en el derecho comparado", en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K., *et. al: La maternidad subrogada*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 121.

28 Cantoral Domínguez, K.: "Gestación subrogada en México: su proyección en las relaciones privadas internacionales", *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 25, 2019, pp. 163-177.

trabajan en temas como: 1. la implementación, de hecho y de derecho, del principio de subsidiariedad; 2. establecimiento de garantías para proteger a los niños de la sustracción, la venta y el tráfico, comenzando por reconocer el problema y así eliminar factores que conducen a un ambiente propicio para dichas prácticas ilícitas o con reglamentos efectivos; 3. estableciendo sistemas de cooperación, entre autoridades centrales o autoridades administrativas/judiciales, es decir, sistemas de confianza; 4. Reconocimiento automático de las adopciones internacionales, a través del reconocimiento de las decisiones, entre otros[29].

IV. CONTEXTO MEXICANO.

En México, de las 32 entidades federativas, tan solo cuatro de ellas se refieren a la maternidad por sustitución; dos de ellas prohibiéndola –Coahuila y Querétaro- y dos de ellas permitiéndola –Tabasco y Sinaloa-[30]. Además, en la Ciudad de México existe actualmente una propuesta de ley centrada en asegurar el derecho de filiación de los padres intencionales, la ya denominada: "la ley que no fué"[31].

El estado de Tabasco puede dividir su trayectoria en la materia en dos etapas. Una primera etapa, digamos, con la introducción de la figura en su Código Civil en 1997, en donde se previó la gestación o maternidad subrogada y se reconoció la filiación para este tipo de acuerdos, sin hacer referencia a elementos del contrato. A partir de 2016, se constituye una segunda etapa, en donde a raíz de una iniciativa presentada por el Ejecutivo del Estado de Tabasco, se reformó su Código Civil con una regulación problemática desde el punto de vista tanto de competencias como de requisitos para este tipo de contratos. En consecuencia, surgieron diversas implicaciones tanto de las reformas de 1997 como las de 2016, debido a la falta de sistematicidad o la discriminación que sigue permeando dicha normativa y que lo han puesto en el punto de mira no solo nacional sino internacional. Para lograr

29 *Vid.* en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, www.hcch.net a modo de ejemplo, las seis reuniones del grupo de expertos en paternidad/subrogación –la última del 29 de octubre al 1 de noviembre de 2019-, o el grupo de trabajo sobre prevención y tratamiento de prácticas ilícitas en la adopción internacional –la última reunión realizada del 21 al 23 de mayo de 2019-; las comisiones especiales que se realizan a los convenios en la materia así como los instrumentos, muy propios del *Soft Law*, como son las guías de buenas prácticas. Los trabajos de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, se avocan a perfilar que un convenio multilateral entre estados que cree puentes entre ellos a los efectos de evitar los inconvenientes que la gestación por sustitución genera. Igualmente, el Comité de los Derechos del Niño, viene instando a los estados a definir claramente su postura acerca de esta situación y a tomar medidas para la protección de los menores nacidos a través de esta práctica tratando de evitar el tráfico de niños como consecuencia de la misma.

30 Esteinou, R.: "Capítulo 5. Tecnologías de reproducción asistida: su extensión y regulación legal en México" en AA. VV.: *La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos,* (coord. por Steinou, R.), CIESAS, Ciudad de México, 2012, pp. 162 y ss; Álvarez, N.: *La Maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios,* actualizado el 30 de agosto de 2019, consultado en https://www.babygest.es/mexico/

31 Vargas Baca, R. E.: "Capítulo Undécimo. Regulación especial de la gestación por sustitución en el sistema jurídico mexicao" en AA. VV.: *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado* (coord. por M. M. Albornoz), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, Ciudad de México, 2020, p. 281.

una protección jurídica necesaria en el uso de estas técnicas de reproducción asistida, deben tomarse en cuenta: circunstancias económicas, políticas, sociales y culturales; orden público nacional e internacional; el interés superior del menor; dignidad de la persona y derechos humanos; margen de apreciación de cada país, estándares de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado, así como la experiencia en el derecho comparado[32].

En el Estado de Tabasco, esta figura se encuentra regulada en el capítulo VI bis "De la gestación asistida y subrogada", en el cual se establece que, "[e]n el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado por la adopción plena"[33]. Además, señala que, "se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Cuando una segunda mujer participa en el proceso reproductivo, la madre contratante se presume como la madre legal, tanto si proporciona el óvulo como si no"[34]. De la ley, podemos extraer dos puntos fundamentales; en primer lugar, cuando la gestante tenga una vinculación genética con el nacido, entonces será reconocida como madre legal y en dicho caso, la gestante deberá renunciar a la maternidad en favor de la madre intencional, quien deberá adoptarlo. En segundo lugar, cuando no exista una vinculación genética, la madre intencional será reconocida como madre legal del nacido, sin importar que el ovulo sea de la madre intencional o de una tercera donante[35].

En el caso de Sinaloa, "[l]a maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación de su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento"[36]. Por lo que, en el caso de Sinaloa, la práctica se encuentra limitada al caso en que la madre no pueda gestar por sí misma, por imposibilidad física o contraindicación médica.

32 González Martin, N.: "Prólogo", en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K., *et. al.*: *La maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, pp. 11-17.

33 Código Civil de Tabasco, art. 92.

34 *Idem.*

35 Álvarez, N.: *La Maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*, actualizado el 30 de agosto de 2019, consultado en https://www.babygest.es/mexico/

36 Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida del Estado de Sinaloa, art. 283.

El Código Civil del Distrito Federal establece en su art. 293, "El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida…".[37] De la definición anterior podemos destacar que en nuestro derecho mexicano existen dos clasificaciones de parentesco; parentesco por afinidad y parentesco por consanguinidad. Sin bien sabemos que, el parentesco por afinidad es aquél que se adquiere por el matrimonio o concubinato entre cónyuges, el parentesco por consanguinidad se crea por medio de un vínculo biológico o jurídico. En el caso de que una pareja se someta a una técnica de reproducción asistida, en este caso específicamente a una gestación por sustitución; para los efectos jurídicos en el territorio de la Ciudad de México se creará un parentesco por consanguinidad entre madre y el padre hacía con el hijo, producto de éste método de reproducción asistida.

Consideramos que urge el establecimiento de elementos mínimos para la gestación subrogada, que sea compatible con los derechos humanos: elementos que puedan proteger a la mujer gestante, salud, consentimiento, que no haya requisitos discriminatorios en relación al acceso, conflictos de intereses con personas que dan servicios de diferente tipo desde asesoría jurídica imparcial, pensando en aquella que pagan los padres intencionales.

Con todo ello, en el derecho mexicano, a pesar de la falta de regulación en la materia, una reciente jurisprudencia emitida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituye un parteaguas en la determinación de la filiación en casos de gestación por sustitución, la cual establece:

Filiación de un menor de edad nacido bajo la técnica de maternidad subrogada. Es deber del juez establecerla, aun ante la ausencia de regulación específica.

"La ausencia de regulación expresa o específica sobre cómo establecer la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, y particularmente de la llamada maternidad subrogada o útero subrogado, no debe erigirse en impedimento para que el Juez se pronuncie al respecto, no sólo porque el silencio de la ley no lo autoriza a dejar de resolver alguna controversia, sino porque en términos del art. 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones

37 Código Civil para el Distrito Federal, con sus reformas de 2003 en http://www.aldf.gob.mx/archivo-2fd95a-8c6ed782165d78dc80b1242d2f.pdf

que la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior. En ese sentido, ante la realidad fáctica de un niño o una niña nacido bajo esta técnica, su derecho a la identidad y la protección a su interés superior exigen determinar la filiación que les corresponde, ya que tienen derecho a contar con todos los derechos derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo. Al respecto, debe determinarse si entre las reglas aplicables en materia de filiación y registro de nacimiento hay algunas que permitan atribuir la filiación, como lo serían la presunción de paternidad o el reconocimiento de hijos. Asimismo, debe tenerse presente que la demostración de un vínculo biológico no es un requisito indispensable para establecer la filiación sobre un hijo, como sucede en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en las que opera al respecto la voluntad para concebirlo o voluntad procreacional y en el caso de la maternidad subrogada, es necesaria también la concurrencia de la voluntad libre de vicios de la madre gestante, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio"[38].

De esta jurisprudencia podemos extraer varias ideas; en primer lugar, tenemos un intento de cubrir el vacío legal propiciado por falta de regulación en la materia, al establecer la obligación de los jueces de determinar la filiación bajo el art. 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); en segundo lugar, el reconocimiento del derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior[39]; en tercer lugar, la Suprema Corte hace mención expresa a la posibilidad de determinar la filiación más allá del vínculo biológico, reconociendo que no es un requisito indispensable para establecer la filiación sobre un hijo y abriendo paso a la aplicación de técnicas de reproducción asistida y a la gestación por sustitución[40].

Asimismo, podemos observar cómo en el derecho mexicano, la necesidad de reconocer la filiación, aún en casos de reproducción asistida, encuentra su base en el derecho a la identidad del menor. Y así se expresa, a través de la jurisprudencia:

38 Tesis: 1a. LXXXVIII/2019, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Libro 71, octubre de 2019, Tomo II, p. 1159.

39 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza,* Dykinson, Madrid, 20017, pp. 181 y ss. Con un tema más general, pero sin lugar a dudas, de interés para el lector interesado en el derecho a la identidad, *vid.* Rubio Chávez, B.: *Derecho a la identidad. Un estudio sobre el registro de nacimiento de niños y niñas, hijos e hijas de extranjeros en situación irregular,* Instituto de la Judicatura Federal, México, 2019.

40 *Vid.* Grupo de Información en Reproducción Elegida, GIRE, su informe *Gestación subrogada en México: resultados de una mala regulación*, GIRE, México, 2017, *gestacion-subrogada.gire.org.mx*. Tamés, R.: "La reproducción asistida está en el limbo", *Revista del mundo del abogado,* núm. 212, diciembre 2106. http://vlex.com/vid/regina-tames-reproduccion-asistida-655926849

Derecho a la identidad de un menor. Elementos que se deben tomar en cuenta cuando el niño o la niña nació por consecuencia de un tratamiento de inseminación artificial heteróloga.

"El derecho a la identidad de un menor, contemplado en el art. 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se empleó un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, se dota de contenido bajo una doble connotación: en primer lugar, respecto de las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos; y en segundo lugar, en relación con el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas. Así, al estar en presencia de un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, como técnica a través de la cual las personas tanto en lo individual como en pareja pueden ejercer su derecho a formar una familia, lo primero que habrá que verificar es en cuál de esas dimensiones (la individual o en pareja) se realizó el tratamiento; después de ello, resultará necesario determinar si existió o no consentimiento de la persona que no aportó material genético, pues ello constituirá uno de los elementos para integrar la filiación de un hijo nacido bajo esa técnica de reproducción asistida. Hecho lo anterior, el operador jurídico tendrá elementos para fijar las consecuencias jurídicas del acto, las cuales deberán ser asumidas, precisamente, bajo la doble connotación mencionada y tomando en cuenta que la mejor decisión será aquella que atienda al interés superior del menor"[41].

Sin lugar a dudas, es importante considerar que las dos jurisprudencias mencionadas en líneas anteriores, encuentran su aplicación en directa relación con el interés superior del menor, el cual debe ser atendido de manera prioritaria al momento de determinación de la relación paterno-filial en nacimientos derivados a gestación por sustitución.

Por otro lado, la adopción internacional se aplica dentro del mismo criterio considerado para el reconocimiento de la maternidad en casos de gestación por sustitución, en el sentido que la Suprema Corte también reconoce que los lazos biológicos no constituyen el elemento predominante en las reglas de adopción.

Adopción. El mantenimiento de los lazos biológicos no constituye una regla a seguir en aquella institución.

"La adopción es una institución que busca la protección y garantía de los derechos de menores que no están integrados a una familia, con el afán de incorporarlos a un hogar donde pueden proporcionarles afecto, cuidados, educación y condiciones adecuadas para su desarrollo; de suerte que la intervención del Estado en esa

41 Tesis: 1a. LXXVII/2018, *Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, Primera Sala, Libro 55, junio de 2018, Tomo II, p. 955.

institución responde al principio de la integración familiar para encontrar un ambiente familiar que sea idóneo para el normal desarrollo del infante. Ahora bien, de acuerdo con la legislación internacional, un principio que debe regir la actuación judicial en relación con el derecho a una familia de los infantes, es el de reinserción en el núcleo familiar biológico; sin embargo, ello no implica que sea una regla a seguir en todos los casos de adopción, pues por el significado y alcance del interés superior del menor, habrá casos en los que lo más conveniente sea integrar al menor a un núcleo familiar distinto a aquel en el que se mantengan lazos biológicos, pues el Estado tiene la obligación de buscar la familia idónea para su desarrollo, por lo que no en todos los casos convendrá preservar las uniones biológicas, sino verificar la que le resulte más favorable''[42].

En definitiva y derivado de la jurisprudencia citada tenemos que, tal y como ya se mencionó, se subraya el criterio de preponderancia entre las relaciones biológicas, negando la regla de que las mismas tengan prioridad por encima de relaciones por consecuencias distintas. Igualmente, los extractos de jurisprudencia citados tienen todos como base el interés superior del menor, un tema de por sí extenso, complejo y necesario que pergeñamos a continuación, al vincularlo con su aplicación directa al caso de la gestación por sustitución y la adopción internacional.

V. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El interés superior del menor es un concepto que no nos es ajeno al haber incursionado en reiteradas ocasiones en contribuciones con este tema estelar[43]. Debemos destacar algunos elementos fundamentales: como *iusprivatista*, tenemos claro que las normas de derecho internacional privado en torno a la minoridad están construidas bajo el principio del ''interés del menor'' y su interpretación va de la mano, igualmente, con arreglo a dicho principio[44].

Si al siglo XXI se le ha denominado el siglo del *puerocentrismo* es porque actualmente el vértice lo constituye, en una relación paterno/filial, el hijo; siéndo éste la pieza más vulnerable en toda relación familiar[45], hablamos de una protección integral, jurídica y social, nacional e internacional. Con todo ello, reforzamos la idea en torno a la asunción, como prinicipio toral o primigenio, de dicho interés

42 Tesis: 1a. XXIV/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Libro 14, enero de 2015, Tomo I, p. 747.

43 González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S.: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Ciudad de México, 2011, pp. 20 y ss.

44 Calvo Caravaca, A. L. *et al.: Derecho de familia internacional,* 4ª ed., Colex, A Coruña, 2008, p. 326.

45 Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la intervención por parte de Costa Rica. www.iin.oea.org

superior del menor, el cual se torna en un complejo término, considerándose como un concepto jurídico indeterminado, que no debe, ni puede, ser conceptualizado porque el mismo varía según el caso específico con el que estemos, interactuando en el tiempo y en el espacio[46].

En este sentido, el principio del "interés superior del menor" implica que en todas las medias 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 entenderá será el interés superior del menor[47]. De esta manera, dentro del derecho mexicano encontramos la siguiente jurisprudencia:

Interés superior del niño. Su concepto.

"En términos de los art. 4º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991); y 3o., 4o., 6o., y 7o., de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño'… implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"[48].

En este sentido, en el contexto de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre Condición Jurídica y Derechos del Niño, encontramos que, "el interés del niño, [debe ser] entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez

46 Incluso se habla de una relatividad de soluciones. Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores,* Comares, Granada, 1998, p. 7., así como Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado,* Lex Nova, Madrid, 2004, pp. 56 y ss., entre otros.

47 Calvento Solari, U.: *Conferencia Regional sobre Adopción Internacional, documento para guía de discusiones, Conferencia Inter-Gubernamental sobre Adopción Internacional,* Chile, 1999, p. 6.
Vid. en ese sentido qué dice la Carta Magna de la minoridad, es decir, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, en sus art. 3, de manera general, y 21 cuando se refiere a la adopción internacional.

48 Tesis: 1a./J. 25/2012, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Primera Sala, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo I, p. 334.

y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños"[49].

En otras palabras, "el concepto del interés del menor estriba, en fin, en la mayor suma de ventajas de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en protección de futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal"[50].

De nueva cuenta, la Opinión Consultiva OC-17/2002 también señala lo siguiente:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño… A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida de lo posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que éste requiere "cuidados especiales", y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño"[51].

Finalmente, podemos observar la siguiente jurisprudencia que de manera resumida ayuda a conceptualizar el orden de prioridad que rige sobre el principio del interés superior del menor y el criterio de aplicación en el derecho mexicano, indicando lo siguiente:

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultado en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf

50 Durán Ayago, A: *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, A Coruña, 2004, p. 92.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultado en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf

Derechos de las niñas, niños y adolescentes. El interés superior del menor se erige como la consideración primordial que debe de atenderse en cualquier decisión que les afecte.

"El art. 2, segundo párrafo, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes prevé que el "interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes"; de ahí que cuando se tome una decisión que les afecte en lo individual o colectivo, "se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales". Al respecto, debe destacarse que el interés superior del menor es un concepto triple, al ser: (I) un derecho sustantivo; (II) un principio jurídico interpretativo fundamental; y (III) una norma de procedimiento. El derecho del interés superior del menor prescribe que se observe "en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño", lo que significa que, en "cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá", lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas"[52].

Sin embargo, más allá de la claridad en la prioridad de aplicación del interés superior del menor, es importante tener en consideración que en la actualidad sigue existiendo una relatividad y dificultad al momento de aplicarlo por una gran cantidad de variantes legales y culturales. Por ejemplo, se ha señalado que "las diferencias entre las concepciones occidentales y otras culturas (fundamentalmente de tradición islámica) sobre la familia y la sociedad conllevan inevitablemente que la misma noción de interés del menor cubra valores diferentes en unas y otras"[53]. Tan es así que, como veremos a continuación, a pesar de existir una clara línea de aplicación del principio del interés superior del menor en términos de gestación por sustitución y adopción internacional, aún quedan diversas cuestiones sujetas a las circunstancias del caso, ya sea por la naturaleza del problema que conlleva a una gran diversidad de variantes – respecto a los sujetos intervinientes, los métodos, las nacionalidades, conflictos de leyes, etcétera- o por la libertad de los juzgadores a determinar y preponderar las variantes bajo la propia interpretación de los mejores intereses del menor.

52 Tesis de jurisprudencia: 2a./J. 113/2019, *Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, Segunda Sala, Libro 69, agosto de 2019, Tomo III, p. 2328.

53 García Cano, S.: "La Obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor", R*evista de la facultad de derecho de la Universidad de Granada,* España, 3ª época, núm. 7, 2004, p. 537.

VI. APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR CON RESPECTO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

Como venimos expresando, la ejecución práctica de la gestación por sustitución transfronteriza y la adopción internacional se encuentra en una intrínseca relación al principio del interés superior del menor. No obstante, la aplicación de dicho principio encuentra su base en una serie de ordenamientos constitucionales e internacionales que han sido utilizados por los juzgadores a fin de determinar los criterios de aplicación de dicho principio, los cuales deben ser abordados de manera separada para la gestación por sustitución y la adopción internacional.

1. Gestación por sustitución.

En primer lugar, bajo la perspectiva de la gestación por sustitución podemos extraer de apartados anteriores la relación de dicho acto jurídico con una disyuntiva al momento de determinar la relación paterno filial y la aplicación del derecho a la identidad como principio rector. En segundo lugar, si bien tiene una especial relevancia en el tema los derechos reproductivos de los padres, no puede pasarse por alto que en la actualidad existe una evidente consideración por los derechos de los niños con prioridad sobre los derechos de las personas adultas, el mencionado *puerocentrismo* que planteamos.

Es interesante la posición de la profesora Pérez Fuentes, cuando afirma que la gestación subrogada es un hecho jurídico complejo que debe ampararse por el derecho a través de un acto jurídico normativo y no por cualquier manifestación contractual, en donde se establezcan las condiciones que determinen la modalidad de estos actos y su licitud, de forma que no queden al libre albedrío de las partes[54]. Es innegable que los derechos humanos se resuelven también desde una posición ética y no solo a través de una regulación adecuada y sólida, por eso debemos reconocer que son temas complejos teóricos, pero que se quedan vacíos si no consideramos que se enmarcan en una realidad social y no solo jurídica. El derecho no ha dado soluciones racionales a la ciencia del siglo XXI, por ello se debe tener el cuidado debido ante un turismo reproductivo y cuestiones, no tan idóneas, a la hora de determinar la filiación, cuando las circunstancias apuran, a través de la adopción.

Por un lado, podemos considerar que el art. 4º de la Constitución Federal, reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, y prevé el "derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de

54 Pérez Fuentes, G. M.: "Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo", en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K., *et. al.*: *La maternidad subrogada,* Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, pp. 129-183.

sus hijos". Por lo tanto, tal ordenamiento conlleva la posibilidad de utilización de distintos medios de reproducción asistida. Por otro lado, este numeral también regula el reconocimiento jurídico de la relación paterno filial al establecer que, "toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos". Como veremos a continuación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha basado su interpretación a la aplicación del interés superior del menor bajo los criterios de dicho texto normativo. Para mayor claridad se adjunta a continuación:

Derecho a la reproducción asistida. Forma parte del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, previsto en el art. 4o. de la constitución política de los estados unidos mexicanos.

"Tanto hombres como mujeres tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. De acuerdo con lo anterior, la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona"[55].

Adicionalmente, como expresamos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció de manera acertada, la posibilidad de establecer la relación paterno-filial más allá del vínculo biológico. Como tal, la Corte resolvió:

Interés superior del menor. La aplicación de este principio en los juicios que involucren relaciones paterno-filiales, no depende de la existencia de un vínculo biológico.

"La obligación de considerar el interés superior del menor en algún proceso concreto no tiene como premisa fundamental la existencia de un vínculo biológico en las relaciones paterno-filiales, sino que basta la existencia de algún derecho de un niño o una niña que se encuentre en juego para su actualización. Lo anterior no implica evidentemente que el juzgador esté obligado a resolver favorablemente frente a las pretensiones del menor, pero sí lo compromete a que su decisión tenga un tamiz más elevado en su análisis y una motivación reforzada que evidencie que durante el proceso decisorio ha actuado también como garante último de los derechos de la infancia que estén involucrados"[56].

De la jurisprudencia anteriormente citada, resulta conveniente resaltar la tarea de la corte en vislumbrar la aplicación del interés superior del menor en casos de

55 Tesis: 1a. LXXVI/2018, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Libro 55, junio de 2018, Tomo II, p. 957.

56 Tesis: 1a. XCVII/2018, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Libro 57, agosto de 2018, Tomo I, p. 1026.

relaciones paterno-filiales, en donde la Corte buscó guiar al juzgador indicando la premisa de basar su criterio en consideraciones más allá de las relaciones biológicas y considerar más variantes al momento de decidir. Jurisprudencia que puede ser relevante al momento de resolver una problemática de titularidad en casos de gestación por sustitución y que puede ayudar a considerar la intención y el lazo entre los padres intencionales y el menor nacido. Tan es así que dicho criterio ha sido confirmado por la misma Corte en distinta resolución que citamos a continuación:

Interés superior del menor y derecho a la identidad. La ausencia de vínculo biológico en la relación paterno-filial no es suficiente para sustentar la impugnación de paternidad.

"Al establecer el contenido y alcances del art. 4o. de la Constitución Federal, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que aunque existe una tendencia a que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, la coincidencia no siempre es posible, sea ya por supuestos tales como la filiación adoptiva o procreaciones asistidas por donación de gametos, por ejemplo, o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros valores o intereses que considera más relevantes. Así, la verdad biológica no es el único principio rector de los procesos filiatorios. En este sentido, la ausencia de vínculo biológico en las relaciones paterno-filiales no resulta suficiente per se para sustentar la impugnación de paternidad, en tanto resulta acorde con la Constitución Federal que exista un plazo para el ejercicio de esa acción, superado el cual se privilegie un estado de familia consolidado en el tiempo"[57].

Por lo anterior, podemos concluir que, en México, el criterio predominante es que bajo el interés superior del menor y el derecho a la identidad, el juzgador deberá tomar en consideración las distintas variantes circunstanciales para resolver conflictos en torno a la gestación por sustitución, dejando en claro que los vínculos biológicos no constituyen un criterio predominante para determinar las relaciones paterno-filiales.

2. Adopción internacional.

En segundo lugar, en materia de adopción internacional podemos notar cómo bajo el Convenio de La Haya de 1993, en su art. 1, establece como su objeto;

a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respecto de los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;

57 Tesis: 1a. XCVI/2018, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Libro 57, agosto de 2018, Tomo I, Registro 2017755.

b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; y

c) Asegurar el reconocimiento en los Estados Contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el convenio.

También podemos considerar como parteaguas el interés superior del menor al momento de decidir cuestiones relativas a ella. Si bien, históricamente la filiación biológica era la esencia de las relaciones jurídicas entre padres e hijos; la adopción se contemplaba como algo residual, extremo; se percibía como una figura que proporcionaba formas de perpetuar líneas sucesorias y bienes familiares, con escasas ventajas para el adoptado[58]. En la actualidad, la adopción nacional e internacional se han convertido en realidades con un pronunciamiento inequívoco en favor del interés superior del menor[59]. Por lo anterior, podemos considerar que su aplicación va en la misma línea de la jurisprudencia de la Corte, citada en apartados anteriores, considerando dentro de la evolución de la adopción internacional la necesidad de tomar en cuenta las distintas variantes de los hechos, para determinar el mejor interés del menor y decidir en este sentido, sin que esto conlleve al juzgador a tomar en consideración de manera predominante los vínculos biológicos que pudieran existir en conflicto con los vínculos generados por la adopción de un menor.

El objetivo del interés superior del menor, en materia de adopción internacional es ubicar al menor dentro de una familia internacional, cuando el menor no se pueda quedar con su familia biológica o una familia nacional. Es decir, este es el ducto por el que se conduce el interés superior del menor a través del principio de subsidiariedad cuando de la adopción internacional hablamos[60].

VII. CONCLUSIONES.

En definitiva, podemos afirmar que no hay respuestas simples para temas complejos como el presente.

En primer lugar, resulta evidente que la gestación por sustitución en México sigue encontrándose dentro de un limbo legal lo cual trae aparejado una serie de retos que los juzgadores y académicos deberán sortear a fin de determinar los límites

58 González Martín, N. y Rodríguez, S.: "*El Interés superior del menor. Contexto Conceptual",* en AA. VV.: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico* internacional. Contexto M*exicano* (N. González Martín y S. Rodríguez), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011, p. 55. *Vid.* también González Martín, N.: "Adopción internacional", *Enciclopedia Jurídica Mexicana,* UNAM-Porrúa, México, 2005, pp. 9-14.

59 *Idem.*

60 González Martín, N.: "Adopción internacional en México", cit., p. 294.

de su aplicación. Además, debemos considerar que el primer intento de legislar la figura en el Estado de Tabasco creó una situación conocida como un "paraíso" en el sentido de que propició el turismo con fines de gestación por sustitución y una situación riesgosa para muchas mujeres en dicho Estado propiciando el tráfico de personas. Sin embargo, consideramos positivo el pronunciamiento por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el cual ordena a los jueces resolver aún con falta de legislación concreta en la materia delimitando, o más bien ampliando, el criterio de los jueces y respetando la posibilidad de establecer relaciones paterno-filiales más allá del simple vínculo genético. Con todo y ello, debemos recordar que, derivado de la amplitud de posibilidades genéticas en una reproducción asistida, dicho criterio resulta insuficiente para poder obtener una certeza jurídica al momento de decidir la tutela sobre el bebé nacido bajo esta modalidad en caso de conflicto entre los intervinientes.

Por otro lado, atendiendo a la realidad y a la evolución de la forma en la que las familias se constituyen en la actualidad, pudimos observar la relevancia de la aplicación del interés superior del menor en casos de adopción internacional, sin embargo, nos volvimos a topar con la misma problemática que en los casos de gestación por sustitución, ya que aún y cuando la adopción internacional se encuentra regulada de una manera más concreta, tanto en el derecho nacional como en el internacional, también es cierto que la realidad rebasa la concepción del legislador y del juez, y la obligación de resolver bajo el interés superior del menor puede resultar bastante abstracta para el juzgador. En definitiva, se exigen respuestas judiciales que se centren en el interés superior del menor y no en el propósito, por ejemplo, de sancionar a sus padres o desalentar las prácticas de gestación por sustitución.

Tal y como expresamos, tanto en casos de gestación por sustitución como en adopción internacional, intervienen una serie de variantes fácticas y culturales que impiden una conceptualización general de los preceptos que pudieran regir y permite una amplía interpretación de los jueces en el tema. Razón por la cual resulta prioritario considerar las directrices que la Suprema Corte ha intentado marcar y decidir más allá de las concepciones tradicionales del derecho de familia.

Si desde el inicio planteamos la duda entre caminos de encuentro o caminos divergentes cuando ante los obstáculos que plantea la gestación por sustitución transfronteriza, en torno a la determinación de la filiación, aparecen soluciones con forma de adopción internacional pero que no son las idóneas o más propicias, de ahí que reiteremos la imposibilidad de soluciones sencillas a supuestos jurídicos de máximo interés y no menos complejidad.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBORNOZ, M. M.: "Capítulo Cuarto. Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella", en AA.VV.: *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado* (coord. M. M. ALBORNOZ), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, México.

ÁLVAREZ N.: *La Maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios,* actualizado al 30 de agosto de 2019, consultado en https://www.babygest.es/mexico/

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D.: "Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres…?", *La Notaria,* núm. 2, 2014.

CALVENTO SOLARI, U.: *Conferencia Regional sobre Adopción Internacional, documento para guía de discusiones, Conferencia Inter-Gubernamental sobre Adopción Internacional,* Chile, 1999.

CALVO CARAVACA, A. L. *et al.: Derecho de familia internacional,* 4ª ed., Colex, A Coruña, 2008.

CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: "Maternidad subrogada en el derecho comparado", en PÉREZ FUENTES, G. M., CANTORAL DOMÍNGUEZ, K. et. al.: *La maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, México, 2017.

CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: "Gestación subrogada en México: su proyección en las relaciones privadas internacionales", *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 25, 2019.

DREYZIN DE KLOR, A.: *El derecho internacional de familia en la postmodernidad. Familia internacional. Sustracción internacional de niños. Subrogación materna y sus efectos internacionale*s, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2012.

DURÁN AYAGO, A.: *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, A Coruña, 2004.

EMAKUNDE*:* ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe Final, España, 2018, emakunde.blog.euskadi.eus/wpcontent/uploads/2018/07/INFORMECOMPLETO21042018.pdf

ESTEINOU, R.: "Capítulo 5. Tecnologías de reproducción asistida: su extensión y regulación legal en México", en AA.VV.: *La nueva generación social de familias.*

Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos, (coord. R. Steinou), CIESAS, México, 2012.

García Cano, S.: "La Obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor*", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, España, 3ª época, núm. 7, 2004.

Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza,* Dykinson, Madrid, 2017.

González Martín, N. y Albornoz, M. M., "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Ciudad de México, 2016.

González Martín, N.: "Capítulo Octavo. Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución", en AA. VV.: *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado* (ed. M. M. Albornoz), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, Ciudad de México, 2020.

González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011.

González Martín, N.: "Adopción internacional en México: luces y sombras", en AA. VV.: *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI* (coord. E. García Flores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013.

González Martín, N.: "Adopción internacional", *Enciclopedia Jurídica Mexicana* UNAM-Porrúa, México, 2005.

González Martín, N.: "Maternidad subrogada y adopción internacional", en AA.VV.: *Reproducción asistida* (coord. I. Brena Sesma), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2012.

González Martín, N.: *Globalización familiar: Nuevas estructuras para su estudio en Libro Homenaje al Profesor E. Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

González Martín, N.: "Prólogo", en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K., *et. al.*: *La maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, México, 2017.

González Martín, N.: "Capítulo quinto. Gestación por sustitución, adopción internacional y el interés superior del menor en el contexto mexicano", en AA. VV.: *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior del niño. Perspectivas de derecho comparado* (coord. N. González Martín), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Ciudad de México, 2020.

Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado,* Lex Nova, Madrid, 2004.

Jiménez Blanco, P.: "La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario a las instrucciones de la DRRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* España, núm. 37, 2019.

Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Colección de Bioética*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013.

Liberation : "GPA à l'étranger : la justice reconnait pour la première fois une adoption par le deuxième père", Francia, 2018, www.liberation.fr/france/2018/09/19/gpa-a-l-etranger-la-justice-reconnaît-pour-la-premiere-fois-un-adoption-par-le-deuxieme-pere_1679812.

Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores,* Comares, Granada, 1998.

Pérez Fuentes, G. M.: "Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo", en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K., *et. al.*: *La maternidad subrogada,* Tirant lo Blanch, México, 2017.

Quicios Molina, S.: "Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2019.

Rubio Chávez, B.: *Derecho a la identidad. Un estudio sobre el registro de nacimiento de niños y niñas, hijos e hijas de extranjeros en situación irregular,* Instituto de la Judicatura Federal, México, 2019.

Salazar Benítez, O.: "La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos", *Revista de Derecho Político,* UNED, Madrid, núm. 99, mayo-agosto 2017.

Sales Pallarés, L.: "La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, España, vol. 11, núm. 2, 2019.

TAMÉS, R.: "La reproducción asistida está en el limbo", *Revista del mundo del abogado,* México, núm. 212, diciembre 2016.

VARGAS BACA, R. E.: "Capítulo Undécimo. Regulación especial de la gestación por sustitución en el sistema jurídico mexicano", en AA.VV.: *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado* (coord. M. M. ALBORNOZ), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, México, 2020.

ADOZIONI E POLIGENITORIALITÀ

ADOPTIONS AND POLY-PARENTING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 646-681

Marco RIZZUTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Il saggio prende spunto dai recenti sviluppi che hanno visto il superamento di alcuni postulati connessi alla cosiddetta imitatio naturae nelle adozioni, ad esempio con riferimento al genere dei soggetti coinvolti, per valutare come un'evoluzione comparabile potrebbe riguardare anche il profilo attinente al numero dei genitori.

PALABRAS CLAVE: Adozioni; poligenitorialità; ordine pubblico; famiglie di fatto.

ABSTRACT: *The paper takes into consideration how the recent developments of adoptions law overcame the principle of "imitatio naturae" with regard to the parents' gender, in order to evaluate if and how a similar development could impact on the parents' number.*

KEY WORDS: *Adoptions; poly-parenting; public policy; de facto families.*

SUMARIO.- I. ADOZIONI E IMITATIO NATURAE. – II. LE IPOTESI DELLA POLIGENITORIALITÀ. – III. POLIGENITORIALITÀ E ORDINE PUBBLICO. – IV. PROSPETTIVE DI GIURIDIFICAZIONE DEI RAPPORTI POLIGENITORIALI DI FATTO

.I. ADOZIONI E *IMITATIO NATURAE*.

Molti dei dibattuti sviluppi che hanno interessato il diritto delle adozioni attengono, com'è ben noto, al problema del significato e del valore da attribuire alla cosiddetta *imitatio naturae*. Anche in questo caso, però, il richiamo ad una naturalità del rapporto familiare, qualunque cosa si voglia intendere con tale espressione[1], non si configura come una categoria ontologica al di fuori della storia ma si trasforma con il divenire di questa.

Nel passato della tradizione romanistica il parametro della *imitatio naturae* tendeva ad escludere che le donne potessero adottare, giacché non avendo costoro "in natura" la potestà sui loro figli non avrebbe avuto alcun senso consentire che l'acquisissero su quelli altrui[2]. I diritti positivi non mancarono tuttavia di introdurre deroghe a tale assunto[3], e può essere interessante considerare come i giuristi anche con riferimento ad esse argomentassero per valutare l'ancor più spinosa questione se, ulteriormente derogando al canone dell'*imitatio*, pure gli eunuchi, cioè il *tertium genus hominum*[4], potessero o meno adottare[5].

1 Occorrerebbe anzitutto misurarsi con la questione di che cosa è "naturale", e poi valutare se tale qualificazione abbia anche riflessi sul piano del dover essere: *cfr.* Hume, D.: *Trattato sulla natura umana*, London 1739-1740, trad. it., Roma-Bari 1982, pp. 496-502.

2 *Cfr.* Gaio, *Institutiones*, 1.104: "*Feminae vero nullo modo adoptare possunt*". Com'è noto, infatti, l'adozione romana delle origini consisteva in accordi solenni per effetto dei quali un *pater familias* si sottometteva alla *potestas* di un altro (*adrogatio*), oppure un *filius familias* veniva fatto passare dalla *potestas* di un *pater* a quella di un altro (*adoptio*): entrambi schemi "naturalmente" incompatibili con la partecipazione di una donna.

3 In epoca tardoromana l'adozione iniziò ad essere concessa in via eccezionale alle donne «*ex indulgentia principis ad solacium liberorum amissorum*», secondo la formula accolta dalla compilazione giustinianea (*Inst. 1.11.10*). Si veda in proposito, anche per ulteriori riferimenti, Sciortino, S.: "Sull'adozione da parte delle donne", *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo*, 2006, pp. 1-40.

4 Così li definiva Elio Lampridio, *Historia Augusta, Vita di Alessandro Severo*, 23.7.

5 Heineccius, G.G.: *Prelezioni degli elementi di diritto civile secondo l'ordine delle Istituzioni*, trad. it. di Calisti, G.A., Bologna, 1835, I, p. 133, oltre a spiegare che le donne non possono adottare, cioè appunto acquisire la potestà su figli altrui, dato che "*l'adozione imita la natura*", precisava che non possono farlo nemmeno i cantanti castrati, in quanto impossibilitati a generare figli, sempre "*giacché l'adozione imita la natura*", e che va quindi considerata assurda la *Novella* 26 di Leone VI, con cui era stata riconosciuta agli eunuchi la capacità di adottare. In maniera del tutto diversa aveva argomentato l'Imperatore bizantino in questione, che legiferò al riguardo nella fase iniziale del suo regno, quando aveva bisogno dell'appoggio dei potenti eunuchi di corte, proclamando che il suo intervento era giusto proprio in quanto offriva un rimedio

• Marco Rizzuti
Ricercatore di Diritto Privato, Università degli studi di Firenze. E-mail: marco.rizzuti@unifi.it

In tempi molto più vicini a noi si è quindi vivacemente dibattuto, e si dibatte tuttora, se il valore insito nell'*imitatio naturae* sia d'ostacolo al riconoscimento di adozioni omogenitoriali. Invero, a livello europeo è ormai pacifico che l'omosessualità di una persona non possa di per sé considerarsi ostativa alla tutela dei suoi rapporti con i figli né pregiudizievole per i loro interessi[6], ed anche che l'orientamento sessuale non possa da solo assurgere a criterio per distinguere fra coppie con riferimento alla possibilità di accedere ad istituti adozionali[7]. Resta tuttavia legittima una distinzione basata su tale parametro ai fini dell'accesso al matrimonio[8], cui si correla quello all'adozione con efficacia piena, oppure a diverse modalità di giuridificazione della vita familiare, cui possono anche correlarsi, a tutela dei *best interests* dei minori coinvolti, distinte forme di adozione più limitate nei presupposti e nell'efficacia[9]. Se dunque, per lo meno da un punto di vista

giuridico alle conseguenze della mutilazione che gli uomini avevano loro inflitto (*cfr.* Creazzo, T.: "Le novelle di Giustiniano I e di Leone VI sull'eunuchia: interesse politico o filantropia?", *Bizantinistica*, 2007, pp. 159-174). E, dall'altra parte, un diverso, ma coevo, traduttore italiano dello stesso J.G. Heinecke riteneva prospettabili eccezioni in favore dei cantanti castrati laddove vigessero leggi locali che, in deroga al diritto romano, ammettevano all'adozione persone dell'uno e dell'altro sesso senza distinzioni, come nel caso dell'art. 266 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie (Comerci, N., *Lo studio del diritto romano, ovvero le Instituta e le Pandette messe a confronto cogli articoli di tutte le parti del Codice nelle Recitazioni di Eineccio: versione italiana con note*, Napoli, 1830, I, p. 109).

6 Il riferimento è a CEDU, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, 21 dicembre 1999, n. 33290/96, che aveva ritenuto inaccettabile in quanto discriminatoria la decisione dei giudici lusitani, i quali, ritenendo che un minore debba comunque "vivere in una famiglia portoghese tradizionale", avevano accolto l'istanza di una ex moglie intesa ad impedire all'ex marito, convivente con un altro uomo, di avere contatti con la figlia. Al principio consacrato in sede europea, hanno quindi aderito anche i giudici italiani con Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, *Giur. it.*, 2013, p. 5, con nota di Paparo B. Nella specie era un padre musulmano, ed a quanto pare responsabile di atti di violenza, a chiedere che alla madre, convivente con un'altra donna, non venisse riconosciuto l'affidamento condiviso del figlio, ma ai supremi giudici tale convivenza familiare deve alla fine essere risultata meno aliena del più arcaico patriarcato, per cui hanno statuito, con una formula molto spesso ripresa nella successiva giurisprudenza, che il considerare l'inserimento del minore nella famiglia omoparentale come causa di possibili ripercussioni negative è frutto non già di certezze scientifiche o dati di esperienza, ma di un «*mero pregiudizio*».

7 Infatti, la giurisprudenza europea non ha mai riconosciuto un diritto all'adozione in quanto tale, ma ha fatto in più occasioni leva sul principio di non discriminazione: così, se un Paese ammette l'adozione del minore da parte del *single*, non può escludere un particolare *single* solo per il suo orientamento omosessuale (CEDU Grand Chamber, *E.B. vs. France*, 22 gennaio 2008, n. 43546/02), e se ammette l'adozione del figlio di un convivente di fatto da parte dell'altro nell'ambito delle coppie eterosessuali non può negarlo in quelle coppie omosessuali (CEDU Grand Chamber, *X & Others vs. Austria*, 19 febbraio 2013, n. 19010/07).

8 La giurisprudenza europea ha infatti escluso che sussista un obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali (CEDU, *Schalk & Kopf vs. Austria*, 24 giugno 2010, n. 30141/04), in quanto la Convenzione impone solo di non denegare loro qualsiasi riconoscimento giuridico (CEDU, 21 luglio 2016, *Oliari & Others vs. Italy*, nn. 18766/11 e 36030/11), per cui, se la possibilità di adottare il figlio del *partner* viene negata con riferimento a tutte le convivenze di fatto e limitata alle coppie sposate, non vi è discriminazione anche laddove le coppie omosessuali non possano accedere al matrimonio (CEDU, *Gas and Dubois vs. France*, 15 marzo 2012, n. 25951/07).

9 Ad oggi in Europa occidentale prevale largamente un modello in cui le coppie *same-sex* possono sposarsi ad accedere ad un'adozione congiunta con efficacia piena anche di minori in stato di abbandono, ma esistono pure ordinamenti, fra i quali l'esempio più significativo è quello italiano, in cui tali coppie possono invece accedere non già al matrimonio ma all'unione civile o alla convivenza che risultano compatibili (secondo un orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di merito a partire da Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2, p. 109, con nota di Long, J., e poi in quella di legittimità a partire da Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, con nota di Ferrando, G.: "Il problema dell'adozione del figlio del partner", *ibidem*, pp. 1213-1219, ed obliquamente convalidato dall'art. 1, comma 20, della l. 20 maggio 2016, n. 76) solo con l'adozione in casi particolari del figlio del *partner* ex art. 44, comma 1, lett. *d*, della l. maggio 1983, n. 184, che ha effetti limitati in quanto sussiste in alcune gravi ipotesi una possibilità di revoca e soprattutto non si instaurano rapporti di parentela con la famiglia dell'adottante, ancorché una, per ora, isolata pronunzia abbia messo in dubbio la perdurante vigenza di

occidentale, un'esclusione assoluta e "per natura" delle persone omosessuali non è meno anacronistica di quella delle donne, tuttavia il riconoscimento di adozioni omogenitoriali straniere con efficacia piena in ordinamenti come quello italiano, che ammettono solo meccanismi adozionali più limitati, può rappresentare ancora oggi una questione aperta[10].

Da un diverso punto di vista, vale la pena ricordare che per secoli è apparsa fuori discussione la piena naturalità dell'adozione di un singolo da parte di un altro singolo, giacché anzi essenzialmente solo in questo consisteva l'adozione romanistica, a conferma di come in tale tradizione culturale il riferimento alla *natura* avesse alla fine ben poco di biologistico, mentre oggi si tende comunemente a ritenere che tanto l'*imitatio naturae* quanto la tutela dei *best interests of the child* impongano il riferimento alla coppia, magari anche omosessuale, anziché al genitore *single*. Ciò non toglie però che, si tratti di residui storici o di recenti elaborazioni pretorie, forme di adozione da parte di persone singole, ancorché con effetti non pieni, trovino tuttora significativi spazi di rilevanza[11].

II. LE IPOTESI DELLA POLIGENITORIALITÀ.

Un ulteriore approccio alla questione può essere però rappresentato dalla considerazione della situazione per così dire inversa rispetto a quella appena menzionata: come si pone rispetto al canone dell'*imitatio naturae* l'ipotesi della costituzione tramite procedimenti adozionali di rapporti genitoriali con più di due soggetti?

Il tema della poligenitorialità presenta certamente dei profili di novità al confronto con le *vexatae quaestiones* dell'adozione omogenitoriale o di quella da

tale limite (Trib. Min. Bologna, 25 giugno 2020, in www.articolo29.it, con nota di Schillaci, A.). Si possono vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti: Farina, M.: "L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit… tacuit?", *Pol. dir.*, 2017, 1, pp. 71-96; Tuccari, E.: "Primo via libera della Corte di Cassazione alla c.d. "stepchild adoption" del partner omosessuale: un caso di creativismo giurisprudenziale?", in AA. VV.: *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* (a cura di C. Granelli), Milano, 2017, pp. 33-53; Salvi, G.: *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018; Emiliozzi, E.A.: "L'adozione da parte di partners di unioni civili", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, p. 799 ss.; Lorenzetti, A.: "Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione", *Riv. Biodiritto*, 2019, 2, pp. 631-644.

10 Trib. Min. Firenze, con due provvedimenti del 7 marzo 2017, entrambi in www.articolo29.it, con nota di Schillaci, A., ha ritenuto riconoscibili e non contrastanti con l'ordine pubblico le adozioni omogenitoriali ad efficacia piena decretate rispettivamente dalle autorità inglesi e da quelle americane, e nello stesso senso si sono poi pronunciate App. Milano, 9 giugno 2017, www.articolo29.it, con nota di Winkler, M., e App. Potenza, 9 aprile 2020, *Quotidiano del Diritto*, 20 aprile 2020. Frattanto, però, Cass., ord. 11 novembre 2019, n. 29071, www.articolo29.it, ha rimesso la questione della riconoscibilità di tali adozioni alle Sezioni Unite sollevando forti dubbi al riguardo, ed il caso risulta, alla data di consegna di questo scritto, ancora pendente.

11 Nell'ordinamento italiano l'adozione da parte di una persona singola è possibile, oltre che nell'ipotesi codicistica dell'adozione del maggiorenne che serba le tracce dell'istituto romanistico (art. 291 ss. c.c.), anche nell'adozione in casi particolari ex art. 44 l. 4 maggio 1983, n. 184: per un caso recente si può vedere Cass., 26 giugno 2019, n. 17100, www.altalex.com, in cui si è messo in evidenza come un'anziana donna *single* possa rivelarsi pienamente idonea a farsi carico della cura di un minore.

parte di un genitore singolo, ma sarebbe d'altra parte errato ritenere che forme di genitorialità collettiva non abbiano a loro volta un significativo retroterra storico. Si è anzi potuto sostenere che la genitorialità riferita ad un gruppo sia più antica di quella binaria, e che una siffatta configurazione del rapporto familiare avrebbe rappresentato la normalità in determinati contesti, in cui, non essendosi affermata la monogamia, o almeno la poliginia e comunque un qualche meccanismo di controllo sulle condotte procreative, la tracciabilità del riferimento della discendenza ad una specifica coppia sarebbe stata di fatto impossibile[12]. Ma, anche al di fuori di tale schema, la ricerca antropologica offre un panorama variegato e complesso delle possibili ulteriori forme di genitorialità condivisa[13]. E, d'altra parte, venendo al

12 Forme di genitorialità collettiva erano attribuite dagli storici antichi non solo a remote genti scitiche che avrebbero praticato la comunione delle mogli e di conseguenza anche quella dei figli (*cfr.* Piasere, L.: "La terminologia di parentela degli uomini giusti", *Quad. del ramo d'oro online*, 2008, 1, pp. 13-23), proponendo un modello ammirato dai filosofi (*cfr.* Platone, *La Repubblica*, 457d, e Platone, *Timeo*, 18d), ma anche agli Etruschi e ad altri popoli dell'Italia antica, presso i quali secondo Teopompo di Chio (in Müller, K.O.: *Fragmenta Historicorum Graecorum*, Paris, 1841, I, p. 315, fragm. 222) vigeva l'uso di «κοινὰς ὑπάρχειν τὰς γυναίκας» e quindi di «τρέφειν… πάντα τὰ γινόμενα παιδία, οὐκ εἰδότας ὅτου πατρός ἐστιν ἕκαστος». Peraltro, Plutarco, *Comparatio Lycurgi et Numae*, 3.1.1-3, con riferimento alla poliandria dei Lacedemoni parlava proprio di «τεκνώσεις κοινωνία», benché Senofonte, *Costituzione degli Spartani*, 1.9, precisasse che questi figli comuni non erano però tali ai fini successori. Del resto, gli antropologi hanno avuto modo di osservare che ancora nei primi decenni del Novecento gli originari abitanti dell'Australia e delle Trobriand ignoravano il ruolo del maschio e della copula nella procreazione, credendo che le donne generassero da sole, o grazie a spiriti ed energie naturali, il sesso servisse solo al piacere e contribuire ad allevare i nati fosse un dovere collettivo, per cui erano in grado di concepire soltanto una parentela in linea femminile (cfr. Malinowski, B.: *The Family among the Australian Aborigines*, London, 1913, e Malinowski, B.: *The Sexual Life of Savages in North-Western Melanesia*, London, 1932). Si è quindi ragionevolmente ipotizzato che anche i nostri antenati avessero accolto credenze similari, di cui sarebbero rimaste delle tracce in quelle figure di deità classiche cui veniva attribuita una riproduzione per partenogenesi (*cfr.* Hartland, E.S.: *Primitive Paternity*, London, 1909; Graves, R.: *I miti greci*, London, 1955, trad. it., Milano, 1963, I, pp. 5-16), come nel caso della Giunone «*sine coniuge mater*» di Marte in Ovidio, *Fasti*, V, 241, o anche in quello delle ironiche elucubrazioni settecentesche dedicate a *Lucina sine Concubitu* e *Concubitus sine Lucina* (Sbiroli, L.S.: *Libertine o madri illibate*, Venezia, 1989). Solo ad un certo punto, il leggendario Cecrope, primordiale sovrano dell'Attica, avrebbe scoperto che i figli vengono procreati non soltanto dalla madre ma anche dal padre, ed avrebbe quindi introdotto il matrimonio monogamico, in luogo della previgente κοινογάμια, privando al contempo le donne dei diritti politici (*cfr.* Aristofane, *Plutus*, scolio al v. 773; Ateneo, *Deipnosophistae*, 13, 555c-555d; Sant'Agostino, *De civitate Dei*, 18, 9; Giovanni di Antiochia, in Müller, K.O.: *Fragmenta Historicorum Graecorum*, Paris, 1841, IV, p. 547, *fragm.* 13; Kerényi, K.: *Gli eroi della Grecia*, Zurich, 1958, trad. it., Milano, 1997, p. 209). Tradizioni analoghe riguardano anche ulteriori figure che vari altri popoli hanno collocato alle origini delle rispettive civiltà, quali Menes per gli Egizi, Swetaketu per gli Indiani, Fou Hi per i Cinesi, Njavvis e Attjis per i Lapponi (*cfr.* Westermarck, E.: *The History of Human Marriage*, London, 1891, pp. 8-9), anche se si tratta beninteso di semplificazioni che concentrano in capo ad un'unica figura la realizzazione di un processo storico che ha probabilmente impiegato secoli per compiersi (*cfr.* Franciosi, G.: *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli, 1978).

13 Così, presso genti africane o d'origine africana si incontrano forme di maternità collettiva nei rapporti tra donne giovani e anziane nonché tra co-mogli o cognate (*cfr.* Lallemand, S.: "Génitrices et éducatrices mossi", in *L'Homme*, 1976, pp. 109-124; Hill Collins, P.: "Black Women and Motherhood", in AA. VV.: *Motherhood and Space* (a cura di S. Hardy, C. Wiedmer), New York, 2005, pp. 149-159), ma anche l'idea che gli zii materni maschi sono anch'essi "madri" dei figli delle loro sorelle (*cfr.* Radcliffe-Brown, A.R.: "The Mother's Brother in South Africa", *South African Journal of Science*, 1924, pp. 542-555; Evans-Pritchard, E.: *Kinship and Marriage among the Nuer*, London, 1951, p. 162; Sack, P.: "Law, Language, Culture. Verbal Acrobatics and Social Technology", *Journal of Legal Pluralism*, 1998, pp. 15-35; Middleton, K.: "How Karembola men become mothers", in AA. VV: *Cultures of Relatedness: New Approaches to the Study of Kinship* (a cura di J. Carsten), Cambridge UK, 2000, pp. 104-127; Remotti, F.: "Fare figli, con chi? Tra famiglie e antropo-poiesi", *Anuac*, 2013, pp. 78-87), mentre alcune popolazioni oceaniche conoscono prassi per cui il gruppo familiare esteso sottrae il figlio alla coppia genitoriale (Firth, R.: *We, the Tikopia: A Sociological Study of Kinship in Primitive Polynesia*, London, 1936, pp. 204-206) oppure le coppie si scambiano o comunque si cedono i figli cooperando di fatto nel crescerli (Mead, M.: *Sex and Temperament in Three Primitive Societies*, New York, 1935, pp. 193-194; Collard, C., Zonabend, F., "Parenté sans sexualité. Le paradigme occidental en question", *L'Homme*, 2013, pp. 29-58).

mondo moderno, prassi e proposte miranti a collettivizzare la genitorialità si sono affacciate specie nelle fasi rivoluzionarie, all'insegna di una frontale contestazione proprio dei vincoli e degli assetti della famiglia "tradizionale"[14].

Nell'odierno contesto ordinamentale l'ipotesi deve essere presa in considerazione anzitutto alla luce di come questi ultimi assetti siano profondamente mutati da svariati punti di vista. Ai nostri fini lo snodo fondamentale è quello della trasformazione del rapporto genitoriale da una configurazione in termini di autorità da esercitare sul figlio, per cui si pone anzitutto un problema di concentrazione e, per così dire, di governabilità, in quanto occorre chiaramente identificare il titolare del potere o comunque, nel caso in cui l'attribuzione sia in qualche modo ripartita, il decisore di ultima istanza[15], ad una affatto diversa configurazione in termini di responsabilità per l'adempimento di obbligazioni di fonte legale in favore del figlio creditore, il quale, come del resto ogni creditore, potrebbe avere tutto l'interesse a contare su di una allargata pluralità di condebitori in solido[16]. È in questa logica che ci sembra vada intesa anche la recente emersione di vari meccanismi di tutela dell'interesse del minore al mantenimento di rapporti con figure ulteriori rispetto ai due genitori legali e che, pure in caso di piena adeguatezza di costoro, ad essi si affiancano, senza implicare valenze sostitutive, nell'adempimento di prestazioni in favore del minore.

14 Una tradizione di pensiero utopistico favorevole ad un siffatto dissolvimento dei vincoli familiari risale al pensiero greco (*cfr.* Dawson, D.: *Cities of the Gods: Communist Utopias in Greek Thought*, Oxford, 1992) e riaffiora in quello di ribelli ed eretici in ambito sia islamico (*cfr.* Crone, P.: *The Nativist Prophets of Early Islamic Iran: Rural Revolt and Local Zoroastrianism*, Cambridge MA, 2012, pp. 391-438) sia cristiano, dai Dolciniani (resi celebri da Eco, U.: *Il nome della rosa*, Milano, 1980) sino a T. Campanella. I processi sulla paternità naturale del periodo giacobino fecero emergere anche la vicenda di un figlio, non a caso chiamato Liberté, nato e cresciuto nell'ambito di un *ménage à trois* fra il padre, la di lui moglie sterile ed un'altra donna (Desan, S.: "Qu'est-ce qui fait un père? Illégitimité et paternité de l'an II au Code Civil", *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, 4, pp. 949-950). Una delle prime moderne teorizzazioni del poliamore si deve a Fourier, C.: *Le Nouveau Monde Amoureux*, Paris, 1816 (ma inedito sino al 1967), ed un tentativo di attuazione alla comunità costituitasi ad Oneida, New York, nel 1848. In seguito, i legislatori della Norvegia nel 1915 e dell'Ucraina sovietica negli Anni Venti, allo scopo di agevolare la ricerca della paternità naturale e disincentivare l'infamante *exceptio plurium concumbentium*, che spesso veniva strumentalmente fatta risultare fondata per mere ragioni di solidarietà maschile, arrivarono a stabilire che gli asseriti *concumbentes*, anziché essere tutti deresponsabilizzati, dovessero tutti contribuire congiuntamente al mantenimento del nato (*cfr.* Antokolskaia, M.: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford, 2006, pp. 237, nt. 30, e 240). Frattanto, F.T. Marinetti in un manifesto-programma del settembre 1918, in «*Roma futurista. Giornale del partito politico futurista*», auspicava il totale superamento delle strutture familiari in favore del libero amore e di una correlativa diretta assunzione da parte dello Stato delle funzioni genitoriali (*cfr.* Ungari, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, p. 219, testo e nt. 5), anticipando idee poi messe in pratica da G. D'Annunzio durante quella Reggenza fiumana che molti interpreti avrebbero letto come una sorta di Sessantotto *ante litteram* nel segno della fantasia al potere (*cfr.* Salaris, C.: *Alla festa della rivoluzione. Artisti e libertari con D'Annunzio a Fiume*, Bologna, 2008).

15 Ancora nei dibattiti che precedettero l'approvazione della riforma del diritto di famiglia di cu alla l. 19 maggio 1975, n. 151, come ricorda Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 10, era stata avanzata la proposta di mantenere una qualche forma di prevalenza del padre allo scopo di garantire la permanenza di un potere decisionale che tutelasse l'unità della famiglia, secondo la nota formula dell'art. 29, comma 2, Cost.

16 Alludiamo, naturalmente, al passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale, in forza della riforma di cui alla l. 10 dicembre 2012, n. 219, ed al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, di attuazione della stessa: sia consentito rinviare sul punto a Rizzuti, M.: "Che cosa rimane delle potestà familiari?", in AA. VV.: *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca* (a cura di P. Sirena, A. Zoppini), Roma, 2018, p. 191 ss.

Fra questi rapporti che possiamo indicare come para-genitoriali vanno infatti considerati quello con i parenti, ed in particolare gli ascendenti, di entrambi i rami familiari, oggetto di specifici interventi legislativi[17], nonché quello con il genitore sociale, coniuge o convivente di quello legale e/o biologico, nell'ipotesi delle cosiddette famiglie ricomposte, su cui è intervenuta anche la giustizia costituzionale[18]. Avvicinandoci alla materia adottiva, nel medesimo ordine di idee si vanno a collocare il diritto del minore adottato a conservare i rapporti significativi precedenti all'adozione[19], e quello dello stesso soggetto, una volta divenuto maggiorenne, ad accedere alle informazioni relative alle proprie origini[20]. Peraltro, la nostra giurisprudenza, dovendosi confrontare con gli istituti propri di

17 Il riferimento è agli artt. 315 *bis*, comma 2, c.c., 317 *bis* c.c. e 337 *ter* c.c.: *cfr.* Ballarani, G., Sirena, P.: "Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, I, p. 534 ss. La giurisprudenza ha in più occasioni ribadito che quello degli ascendenti non è un diritto sul minore, bensì una posizione soggettiva piena nei confronti dei terzi ma recessiva nei confronti del minore stesso, titolare dello speculare e prevalente diritto di conservare rapporti significativi con i parenti: pertanto, il suo esercizio rimane subordinato ad una valutazione del giudice avente di mira l'interesse esclusivo del minore, e potrà quindi essere escluso o assoggettato a restrizioni qualora non risulti funzionale ad una crescita serena ed equilibrata di quest'ultimo, in quanto la frequentazione con i nonni comporti turbamento e disequilibrio affettivo. Per una recente applicazione *cfr.* Cass., 19 maggio 2020, n. 9145, *Dir. & Giust.*, 20 maggio 2020.

18 Il riferimento è anzitutto a Corte Cost., 20 ottobre 2016, n. 225, *Foro it.*, 2016, I, c. 3329 ss., che ha giudicato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 *ter* c.c., sollevata da App. Palermo, ord. 31 agosto 2015, *Corr. giur.*, 2015, p. 1558, con nota di Veronesi, S., in quanto ha ritenuto che la norma vigente, se interpretata sistematicamente, già consente di tutelare il diritto del minore al mantenimento di un contatto con la *ex partner* della madre, con cui lo stesso abbia instaurato una vita familiare di fatto, soluzione cui era del resto già arrivato, nel primo grado di giudizio della medesima vicenda processuale, Trib. Palermo, 13 aprile 2015, *Giur. it.*, 2015, p. 1363 ss., con nota di Attademo, L. La decisione nasceva da un caso di omogenitorialità, ma è del tutto evidente come la sua portata sia generale e riferibile ad ogni fattispecie di genitorialità sociale. Sulle famiglie ricomposte si possono vedere: Auletta, T.: "Famiglia ricomposta e obbligo di mantenimento", *Familia*, 2008, p. 194 ss.; Stanzione, M.G.: *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010; Buzzelli, D.: *La famiglia «composita»*, Napoli, 2012; Minervini, S.: *Profili privatistici nella famiglia ricomposta*, Roma, 2014.

19 Si veda in proposito Ceccarelli, E.: "Adozione e diritto del bambino di mantenere i pregressi rapporti significativi", www.minoriefamiglia.it, 2010. Fra tali rapporti vanno segnalati in particolare quelli consolidatisi durante un periodo di affidamento, riconosciuti come una forma di vita familiare meritevole di protezione da CEDU, *Moretti & Benedetti c. Italie*, 27 aprile 2010, n. 16318/2007, e che quindi, sempre ove ciò risponda all'interesse del minore, dovranno essere tutelati anche qualora egli faccia ritorno nella famiglia di origine o sia dato in affidamento ad altra famiglia o sia adottato da altra famiglia, ai sensi del nuovo comma 5 *ter* dell'art. 4 della l. 4 maggio 1983, n. 184, come inserito dalla 19 ottobre 2015, n. 173, dedicata per l'appunto al diritto alla continuità affettiva: *cfr.* Morozzo della Rocca, P.: "Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015", *Fam. dir.*, 2017, pp. 602-612.

20 La portata sovranazionale e costituzionale di tale posizione giuridica è stata recentemente affermata da fondamentali arresti che hanno determinato la riscrittura giurisprudenziale della disciplina dettata dall'art. 28, comma 7, l. 4 maggio 1983, n. 184, per l'anonimato della partoriente che abbia dichiarato di non voler essere nominata, oggi riconfigurato come reversibile da parte della donna stessa, in seguito ad un interpello riservato promuovibile dal figlio: CEDU, *Godelli c. Italie*, 25 settembre 2012, n. 33783/09, (*cfr.* Carbone, V.: "Corte edu: conflitto tra diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini", *Corr. giur.*, 2013, 7, p. 940 ss.); Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, *Corr. giur.*, 2014, p. 471 con nota di Auletta, T.; Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, www.italgiure.giustizia.it. Un importante passaggio della motivazione di Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, *Foro it.*, 2014, c. 2324, con nota di Casaburi, G., ha riconosciuto il diritto alla conoscenza delle origini biologiche pure ai nati da procreazione assistita, come auspicato da parte della dottrina (*cfr.* Chiappetta, G.: "Anonimato e procreazione medicalmente assistita eterologa", in *Studi in onore di U. Majello*, Napoli 2005, p. 383 ss.; Pane, R.: "Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini", in *Dir. succ. fam.*, 2015, pp. 435-455, specie pp. 450-453), ancorché le possibilità di una sua effettiva tutela siano ancora del tutto carenti nel nostro ordinamento. Per una più ampia considerazione comparatistica della problematica *cfr.* Diver, A.: *A Law of Blood-ties. The right to access genetic ancestry*, Cham 2014, e Rosani, D.: "Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera", *Riv. Biodiritto*, 2016, I, pp. 211-239.

altre culture giuridiche con cui ci pongono in contatto i fenomeni migratori, ha avuto frequenti occasioni per riconoscere la non contrarietà all'ordine pubblico e la possibile rilevanza della *kafala* nordafricana, che implica l'affidamento delle funzioni di cura di un minore in maniera tale da supportare il rapporto con i genitori d'origine senza però mai eliderlo, in conformità con principi che sono propri del diritto islamico[21], ma anche di altri sistemi giuridici tradizionali[22].

Beninteso, nelle variegate ipotesi sinora passate in rassegna, i genitori tecnicamente continuano ad essere al massimo due mentre le ulteriori figure si affiancano semmai a titolo diverso, o, nel caso della conoscenza delle origini, nemmeno instaurano una vera relazione col figlio, ma vi sono anche casi in cui invece il diritto delle adozioni consente proprio un moltiplicarsi dei rapporti *stricto sensu* genitoriali. Occorre infatti tenere presente che, ove si ricorra all'adozione in casi particolari al fine di giuridificare ulteriormente il rapporto genitoriale sociale col figlio del coniuge o del convivente, ciò non presuppone che l'altro genitore sia deceduto o irreperibile o inadeguato, ma risulta anzi prevista e regolata l'ipotesi che egli/ella esprima il suo assenso nell'ambito di un procedimento che, com'è noto, porta alla costituzione di un nuovo rapporto genitoriale, con efficacia

21 Il diritto islamico non prevede la filiazione adottiva poiché considera i vincoli di filiazione come un'espressione della volontà divina, per cui all'uomo non è mai concesso di determinarne la cessazione e di costituirne di artificiali, ma conosce anche il precetto coranico di fornire assistenza ai bisognosi, ivi compresi in particolare gli orfani e i minori abbandonati. Nell'area nordafricana è stato così elaborato l'istituto della *kafala*, con cui un *kafil* (letteralmente garante) si assume, in forza di un provvedimento giudiziale o di un accordo con i genitori stipulato di solito nell'ambito della famiglia allargata, l'incarico di prendersi cura di un *makful* finché quest'ultimo non avrà raggiunto la maggiore età (*cfr.* Long, J.: "Adozione e Islam. Gli ordinamenti giuridici occidentali e il divieto islamico di adozione", *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2004, pp. 185-202; Scolart, D.: "Legal Protection of Orphans in Islamic Law: Kafala as a tertium genus between natural family and adoption", in *The kafala and the protection of minors. Reflections after the Second Italian-Moroccan Colloquium on Comparative Law* (a cura di G. M. Piccinelli, A. Borroni), Roma, 2018, pp. 39-45). Dopo varie oscillazioni, la giurisprudenza italiana è pervenuta alla conclusione di considerare rilevante la *kafala*, sia quella di fonte giudiziale sia quella negoziale purché omologata, ai fini del ricongiungimento familiare, senza con ciò assimilarla all'adozione (cfr. Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 7-8, p. 707, con nota di Di Masi, M.: "La Cassazione apre alla kafalah negoziale per garantire in concreto il best interest of the child"), soluzione che ha trovato una recente conferma anche a livello europeo (CGUE, Grande Sezione, 26 marzo 2019, C-129/18, *Dir. & Giust.*, 26 marzo 2019). Già in precedenza la Corte di Strasburgo aveva avuto occasione di ricondurre il rapporto di *kafala* all'ambito della vita familiare rilevante ex art. 8 Conv., pur confermando la legittimità di soluzioni che ne impediscono un'equiparazione all'adozione onde evitare di stravolgerne i caratteri identitari islamici, a tutela anche del pluralismo culturale (*cfr.* CEDU, *Harroudj c. France* 4 ottobre 2012, n. 43631/09, *Giornale dir. amm.*, 2013, 1, p. 67; CEDU, *Chbihi Loudoudi & Others vs. Belgium*, 16 dicembre 2014, ric. 52265/10, https://hudoc.echr.coe.int). Pure il legislatore spagnolo è espressamente intervenuto per riconoscere la *kafala* ai fini del rilascio del visto di ingresso ed al tempo stesso per negarne l'equiparabilità all'adozione (*cfr.* de Verda y Beamonte, J.R., Chaparro Matamoros, P.: "La recepción de la kafala en España: especial mención a la kafala marroquí", in AA. VV.: *Insights and proposals related to the application of the European Succession Regulation 650/2012* (a cura di S. Landini), *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2019, 1, pp. 43-63).

22 Passando, letteralmente, agli antipodi, si può pensare a come il diritto neozelandese si confronta con il *Whāngai* della tradizione giuridica dei Māori, un istituto che vede nell'ambito della famiglia allargata (*whānau*) l'affidamento ad un parente (*mātua whāngai*) delle funzioni di cura di un minore (*tamaiti whāngai*) a fronte delle difficoltà in cui versano i genitori, con i quali il figlio resta sempre in rapporto (*cfr.* https://www.govt.nz/browse/family-and-whanau/adoption-and-fostering/whangai/, 6 aprile 2020). Un'ampia trattazione dell'istituto si può leggere nel *Report* della New Zealand Law Commission, *Adoption and its Alternatives: A Different Approach and a New Framework*, Wellington, 2000, pp. 73-92, ed è interessante osservare come proprio nel medesimo *Report*, p. 43 ss., si incontri anche un progetto di riforma nettamente critico nei confronti del contrapposto paradigma occidentale dell'adozione del minore che implica la rottura dei rapporti con la sua famiglia d'origine.

non piena, ma non anche alla soppressione di quelli preesistenti[23]. E, se in tali vicende la moltiplicazione delle figure genitoriali legali si può considerare quasi un effetto collaterale rispetto allo scopo principale dell'operazione, si è però ormai affermata anche un'ulteriore costruzione pretoria che, ancora una volta facendo leva sull'elasticità dell'adozione in casi particolari, la utilizza proprio allo scopo di conseguire una siffatta moltiplicazione.

Intendiamo naturalmente riferirci alla cosiddetta adozione "aperta"[24] o "mite", soluzione elaborata da una giurisprudenza inizialmente eterodossa[25] e poi affermatasi come imprescindibile strumento di conformazione del sistema interno alle istanze di protezione del diritto alla vita privata e familiare promananti dal livello europeo[26]. Così, a fronte di situazioni di "semiabbandono permanente", in cui cioè la famiglia d'origine risulta insufficiente ma ha comunque un ruolo attivo e positivo, anche se non vi sono ragionevoli probabilità di miglioramento e non è perciò possibile procedere all'affido temporaneo, si perviene comunque al risultato di non cancellare né fattualmente né giuridicamente il rapporto genitoriale originario ma di affiancare ad esso un rapporto adozionale[27].

Ulteriori ipotesi di ricorso ad una pluralizzazione dei rapporti genitoriali si possono ravvisare nelle recenti esperienze di altri ordinamenti, in cui a tale strumento si è fatto ricorso per risolvere alcuni, antichi e nuovi, ardui dilemmi

23 Il riferimento è alla vicenda procedimentale regolata dall'art. 46 della l. 4 maggio 1983, n. 184, in cui sono regolati l'assenso dei genitori (e del coniuge) dell'adottando e le ipotesi in cui il giudice può superare un dissenso ingiustificato o contrario all'interesse del minore: *cfr.*, anche per ulteriori riferimenti, Long, J.: *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 9-15.

24 La terminologia richiama quella anglosassone della *open adoption* con cui si fa riferimento a tutta una serie di ipotesi nelle quali il minore adottato conserva significativi contatti con la famiglia d'origine: non sempre si tratta, come invece nell'ipotesi ora in esame, di rapporti tecnicamente genitoriali, ma si può rientrare anche in quelli che abbiamo indicato prima come paragenitoriali. Si possono vedere al riguardo: Grotevant, H.D.: "Openness in Adoption: Research with the Adoption Kinship Network", *Adoption Quarterly*, 2000, p. 45 ss.; Gaddie, L.: "Open Adoption", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2009, p. 499 ss.; MacDonald, M.: *Parenthood and Open Adoption. An Interpretative Phenomenological Analysis*, London, 2016; Goldberg, A.E.: *Open Adoption and Diverse Families: Complex Relationships in the Digital Age*, Oxford, 2019.

25 L'elaborazione in discorso si deve ad una serie di provvedimenti del Tribunale per i Minorenni di Bari a partire dal 2003: si veda al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, Caffarena, S.: "L'adozione 'mite' e il 'semiabbandono': problemi e prospettive", *Fam. dir.*, 2009, pp. 398-403.

26 In sostanza è stato proprio per aver negato la praticabilità dell'adozione aperta che l'Italia è stata più volte condannata in sede europea, a partire da CEDU, *Zhou c. Italie*, 21 gennaio 2014, n. 33773/11, *Foro it.*, 2014, IV, p. 173, con nota di Casaburi, G.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo 'impone' l'introduzione dell'adozione 'mite'", cui hanno fatto seguito CEDU, *Akinnibosun c. Italie*, 16 luglio 2015, n. 9056/14, www.hudoc.echr.coe.int, e CEDU, *S.H. c. Italie*, 13 ottobre 2015, ric. 52557/14, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 785, con nota di Lenti, L.: "Quale futuro per l'adozione?", il che ha finito per determinare un progressivo *revirement* della giurisprudenza interna. Parte della dottrina ritiene, però, che un'eventuale introduzione dell'adozione mite nell'ordinamento domestico dovrebbe comunque passare da un intervento legislativo: *cfr.* Renna, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, pp. 1361-1376, nonché Tuccari, E.: "L'adozione non può essere sempre 'mite'", di prossima pubblicazione in AA. VV.: *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2020.

27 Il suggello della giurisprudenza di legittimità circa l'ammissibilità dell'adozione aperta nell'ordinamento italiano è recentemente arrivato con Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643, *Dir. & Giust.*, 14 febbraio 2020. A livello europeo il principio è stato ribadito da CEDU, *Omorefe vs. Spain*, 23 giugno 2020, n. 69339/16, che ha condannato la Spagna in una vicenda piuttosto simile a quelle che nel recente passato avevano riguardato l'Italia.

giuridici. Da una parte, si è parlato di multigenitorialità per configurare il riconoscimento di una simultanea rilevanza giuridica sia per il rapporto con il padre biologico, tardivamente scoperto, sia per quello con il padre socioaffettivo, cioè con il marito della madre che abbia di fatto cresciuto il figlio come proprio[28]. Dall'altra parte, sono le possibili applicazioni delle biotecnologie riproduttive ad aver aperto nuove prospettive e posto nuovi problemi.

Infatti, a fronte dell'oggettiva frammentazione del contributo di plurimi soggetti al procedimento procreativo[29], e con gli sviluppi più recenti persino alla stessa determinazione del corredo genetico del nato[30], in alcuni contesti è sorta anche l'esigenza di configurare giuridicamente rapporti familiari che di tutti i soggetti in parola tengano conto, senza relegarne alcuni nella posizione estraniata e disumanizzante del datore/datrice di gameti, o mitocondri, ovvero della gestante surrogata. Nella prassi ordinante dei privati interessati si sono così sviluppati accordi, variamente valutati in sede giurisprudenziale e dottrinale[31], ma

28 Sviluppi in questo senso si sono avuti in ordinamenti della nostra stessa tradizione di *civil law*, quali sono Louisiana e Brasile: *cfr.* de Souza Garcia, F.M. : "Multi-parenthood from a Legal, Doctrinal and Jurisprudential Perspective in Brazil: The Recent Decision of the Brazilian Supreme Court on Socio-affective and Biological Paternity", *Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies*, 2017, 1, p. 48 ss.

29 Il punto era segnalato già da Furgiuele, G.: "La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista?", in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, 1991 II, I, p. 325. Più di recente, a fronte del dilemma posto dal noto caso di *surrogacy* colposa per scambio di embrioni all'Ospedale Pertini, il Comitato Nazionale di Bioetica, pur senza esprimersi sull'attribuzione della genitorialità legale contesa, aveva però auspicato una salvaguardia per l'interesse del figlio ad una relazione con tutti e quattro i soggetti coinvolti (*Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014), posizione poi disattesa da Trib. Roma 8 agosto 2014, *Foro it.*, 2014, c. 2934, che ha invece, discutibilmente, negato ai genitori genetici ogni possibilità di contatto col nato: al riguardo Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa e dir. priv.*, 2019, 3, p. 719, evidenzia come una "*poligenitorialità di fatto viene ridotta a bigenitorialità legale mediante appunto un atto di imperio*". Circa la possibile rilevanza della figura del "*terzo genitore*" *cfr.* Vesto, A.: *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018.

30 Si allude alla donazione mitocondriale, con cui il nucleo ovocitario di una donna viene inserito nell'ovocita denucleato contenente i mitocondri di un'altra, così che la prima possa trasmettere al figlio il suo patrimonio genetico nucleare ma non il DNA mitocondriale, evitando di fargli ereditare determinate patologie connesse a quest'ultimo: il primo Paese ad aver regolato l'ipotesi è stata l'Inghilterra con le *HFEA Mitochondrial Donations Regulations 2015*, che attribuiscono la maternità solo alla donna da cui è derivato il DNA nucleare, mentre il primo bambino con tre genitori genetici, cioè padre, madre nucleare e madre mitocondriale, è nato nel 2016 in Messico da genitori giordani. Si possono vedere al riguardo: Balistreri, M.: "In merito alle procedure che permettono di correggere le anomalie mitocondriali del nascituro: questioni etiche e prospettive giuridiche", *Riv. Biodiritto*, 2015, 2, pp. 61-79; Wringley, A., Wilkinson, S., Appleby, J.B.: "Mitochondrial replacement: ethics and identity", *Bioethics*, 2015, pp 631–638; Brandt, R.: "Mitochondrial donation and 'the right to know'", *Journal of Medical Ethics*, 2016, pp. 678-684; McLean, S.A.M.: "Mitochondrial Dna Transfer. Some Reflections from the United Kingdom", *ibidem*, p. 81 ss.; Hamzelou, J.: "Exclusive: World's first baby born with new "3 parent" technique", *The New Scientist*, 27 settembre 2016; AA. VV., *Bioethics*, 2017, 1, *Special Issue: The Ethics of Mitochondrial Replacement*, pp. 1-69; Rulli, T.: "The Mitochondrial Replacement 'Therapy' Myth", *Bioethics*, 2017, 5, pp. 368-374; Schaefer, G.O., Labude, M.K.: "Genetic affinity and the right to 'three-parent IVF'", *Journal of Assisted Reprodution and Genetics*, 2017, pp. 1577-1580; Brandt, R.: "Mandatory sex selection and mitochondrial transfer", *Bioethics*, 2018, pp. 437-444; Dimond, R., Stephens, N.: "Three persons, three genetic contributors, three parents: Mitochondrial donation, genetic parenting and the immutable grammar of the 'three X X'", *Health*, 2018, pp. 240–258; de Campos, T.C., Milo, T.: "Mitochondrial Donations and the Right to Know and Trace One's Genetic Origins: an Ethical and Legal Challenge", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2018, pp. 170–183; Šolc, M.: "Mitochondrial replacement therapy in the light of the Convention on Biomedicine: the outline of a dilemma", *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, Prague, 2018, pp. 280-295; Gallagher, J.: "'Three-person' baby boy born in Greece", www.bbc.com, 11 aprile 2019.

31 Sulle oscillazioni della giurisprudenza inglese in tema di *Multiple-Parent Families cfr.* Giannecchini, I.: "La genitorialità delle coppie omosessuali nell'ordinamento inglese: diritti e doveri secondo la legge e la common

quantomeno in alcuni ordinamenti canadesi e statunitensi già riconosciuti al livello legislativo, per effetto dei quali sono più di due soggetti ad assumere la qualità di genitori: ad esempio, una coppia omosessuale femminile ed un genitore genetico, configurato come vero padre e non mero datore di gameti, ovvero una coppia omosessuale maschile ed una gestante, configurata come vera madre e non mera surrogata[32].

In ulteriori ipotesi la pluralità, almeno sociale, delle relazioni genitoriali può presentarsi come la conseguenza della procreazione, naturale o artificiale in tal caso poco rileva, di un figlio nell'ambito di un rapporto familiare non di coppia, bensì poligamico o poliamoroso. Se, infatti, nel caso della tradizionale poliginia, ben nota con riferimento all'ambito islamico ma ricorrente anche in altre culture africane

law dopo lo Human Fertilisation and Embryology Act 1990-2008", *GenIus*, 2018, 1, p. 101 ss., specie pp. 112-115. Quanto al dibattito in Belgio e Olanda si vedano: Herbrand, C.: "Co-parenting arrangements in lesbian and gay families: when the 'mum and dad' ideal generates innovative family forms", *Families, Relationships and Societies*, 2017, pp. 449-466; Boone, I.: "Co-parenting before conception. The Low Countries'approach to intentional multi-parent families", *Family & Law*, febbraio 2018; Cammu, N.: "'Legal Multi-parenthood' in Context: Experiences of Parents in Light of the Dutch Proposed Family Law Reforms", *Family & Law*, luglio 2019. Sulla genitorialità del datore di gameti *cfr.* Hanna, J.: "Causal parenthood and the ethics of gamete donation", *Bioethics*, 27 novembre 2018. Per un recente riconoscimento giudiziale australiano si veda High Court of Australia, *Masson v Parsons & Others*, *[2019] HCA 21*, 19 giugno 2019, www.biodiritto.org.

32 Alla prima delle menzionate soluzioni erano arrivati al termine di una controversa vicenda processuale, concernente il riconoscimento di un accordo in tal senso tra una coppia lesbica ed il padre genetico della figlia comune, i giudici della Ontario Court of Appeal, 2 novembre 2007, *A.A. vs. B.B.* (*cfr.* LaViolette, N.: "Dad, Mom — and Mom: The Ontario Court of Appeal's Decision in A.A. v. B.B.", *La Revue du Barreau Canadien*, 2007, pp. 665-689; Appleton, S.F.: "Parents by the Numbers", *Hofstra Law Review*, 2008, pp. 11-59; Murray, M.: "The Networked Family: Reframing the Legal Understanding of Caregiving and Caregivers", *Virginia Law Review*, 2008, pp. 385-455; Dimsey, M.: "Multi-Parent Families in the 21st Century", in AA. VV.: *European Challenges in Contemporary Family Law* (a cura di K. Boele-Woelki, T. Sverdrup), Antwerp-Oxford, 2008, pp. 101-111), ed in seguito il legislatore dello Stato canadese, recependo un monito della Ontario Superior Court, ha generalizzato l'istituto del *Pre-Conception Parentage Agreement* con lo *All Families Are Equal Act - Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment, 2016, S.O. 2016, c. 23 - Bill 28*, approvato il 5 dicembre 2016 e divenuto il *Children's Law Reform Act* (*cfr.* Snow, D.: "Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization and Ontario's All Families Are Equal Act", *Canadian Journal of Law and Society*, 2017, 3, pp. 329-348). La normativa prevede che il numero massimo delle parti dell'accordo debba essere di quattro, per cui, oltre alle combinazioni indicate nel testo, si sono dati, ad esempio, il caso di due coppie, una lesbica e l'altra *gay*, i cui componenti sono tutti come co-genitori di un figlio, oppure quello di quattro donne divenute co-madri di cinque minori (*cfr.* Motluk, A.: "Ontario's multiparent LGBTQ families have another reason to celebrate this season", www.theglobeandmail.com, 22 dicembre 2016). Frattanto, un riconoscimento legislativo della plurigenitorialità era intervenuto con la *section* 30 del *Family Law Act* della Columbia Britannica del 2011, ed uno successivo è sopraggiunto con la *section* 7612 del *Family Code* della California del 2017 (*cfr.* Abraham, H.: "A Family Is What You Make It? Legal Recognition and Regulation of Multiple Parents", *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2017, pp. 405-444; Cersosimo, C.: "La multigenitorialità negli ordinamenti giuridici di common law nordamericano", www.rivistafamilia.it, 4 aprile 2019).

ed asiatiche[33], la filiazione giuridica tende a configurarsi come bigenitoriale[34], ciò non è però scontato nei casi più peculiari di poliandria, tuttora attestati presso certe popolazioni indigene[35], o nell'ambito delle convivenze poliamorose rispetto alle quali si inizia a prospettare in alcuni ordinamenti occidentali un percorso di riconoscimento giuridico[36].

33 È ben nota la legittimazione, entro certi limiti, della poliginia da parte della religione islamica (*Corano*, 4.3), ma occorre tener presente come la sua pratica sia consentita anche in ulteriori culture, che peraltro tali limiti non conoscono. Basti pensare all'Africa subsahariana, i cui diritti tradizionali favorevoli alla poligamia sono stati rilegittimati da nuove pratiche sociali (*cfr.* Koktvedgaard Zeitzen, M.: *Polygamy. A Cross-cultural Analysis*, Oxford, 2008, pp. 157-164) e recenti interventi normativi (*Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998* in Sudafrica; *Marriage Act, n. 4 of 2014* in Kenya). Quanto all'Asia, si può ricordare che una poligamia illimitata vige ancora per la minoranza induista rimasta in Pakistan e Bangladesh dopo la Partizione del 1947, e quindi non interessata dalla riforma indiana federale del 1955 in senso occidentalizzate (*cfr.* Aktar, S.: "A Comparative Study on Hindu Law between Bangladesh and India", *Asian Affairs*, 2007, pp. 61-95), mentre sono note anche a livello mediatico le recenti vicende poligamiche del sovrano della Tailandia buddista. La possibile rilevanza riflessa della poligamia, ad esempio sul piano successorio, pone oggi rilevanti questioni giuridiche agli ordinamenti di Paesi come il nostro, che sono meta di importanti flussi migratori provenienti anzitutto dall'Africa ma anche da altre aree in cui la pratica è legittima e diffusa: sia consentito rinviare in proposito a Rizzuti, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016.

34 Va però segnalato che, ad esempio in alcune culture africane, le co-mogli possono partecipare a sistemi anche più complessi di maternità collettiva (*cfr.* Lallemand, S.: *op. cit.*, p. 114), e comunque a livello socioaffettivo è chiaro che la convivenza familiare con le altre mogli del padre può assumere pure in ulteriori situazioni una sua rilevanza.

35 Sono documentate, ancora ai giorni nostri, le credenze di popoli amazzonici che praticano la poliandria e considerano la comunione dei figli come un dato genetico, in quanto ne attribuiscono la procreazione al combinarsi del seme dei vari mariti con cui la madre si sia congiunta (*cfr.* Beckerman, J.S., Valentine, P.: *Cultures of multiple fathers: The theory and practice of partible paternity in lowland South America*, Gainesville FL, 2002; Starkweather, K.E., Hames, R.: "A Survey of Non-Classical Polyandry", *Human Nature*, 2012, pp. 149-172). Per quanto si tratti di aree remote e non inserite nei circuiti migratori, è dato rintracciare almeno un caso in cui il diritto occidentale si è dovuto confrontare con tali modelli familiari: infatti, la Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Aloeboetoe & Others vs. Suriname*, 4 dicembre 1991, nel riconoscere il diritto al risarcimento del danno ai congiunti degli indigeni uccisi dai soldati surinamesi, ha anche ritenuto di dover prendere in considerazione le loro strutturali familiari basate su di una «*matriarchal polygamy*» ai fini della ripartizione dei risarcimenti dovuti fra tutti gli aventi diritto.

36 Il fenomeno sta oggi cominciando a trovare, in un mondo occidentale sempre più aperto alla pluralità dei modelli familiari, le proprie forme di giuridificazione: nei Paesi Bassi il *Samelivingscontract* può essere stipulato anche da tre o più persone dell'uno e/o dell'altro sesso, mentre prassi notarili sudamericane hanno ritenuto ricevibile l'atto costitutivo di una *união poliafetiva* ("Three-person civil union sparks controversy in Brazil", www.bbc.com, 28 agosto 2012) o di una cosiddetta *trieja* ("Tres hombres se casaron legalmente en Colombia: así es la primera trieja del país", https://cnnespanol.cnn.com, 13 giugno 2017). Soprattutto, va segnalato come nel contesto dell'emergenza pandemica, in cui la definizione dei rapporti familiari riconosciuti, e non soltanto pacificamente tollerati, è divenuta rilevante ai fini dei diritti di visita e di contatto, si sia dato anche il primo storico caso di riconoscimento normativo, con un regolamento in tema di *domestic partnerships* senza limiti numerici emanato dalla città di Somerville nel Massachusetts: *cfr.* Aspergen, E.: "A US first? Massachusetts city votes to recognize polyamorous relationships in domestic partnership policy", *USA Today*, 3 luglio 2020. E, del resto, anche nell'esperienza italiana una parte non irrilevante del dibattito suscitato dal ricorso all'ambigua espressione "*congiunti*" nella normativa emergenziale ha riguardato proprio la sua eventuale estensione agli amanti ("Coronavirus, fase 2: gli ex fidanzati e gli amanti non sono congiunti validi", www.affaritaliani.it, 4 maggio 2020). Quanto alla dottrina in tema di relazioni poliamorose si possono vedere, anche per ulteriori riferimenti: Anapol, D.M.: *Love Without Limits. The Quest for Sustainable Intimate Relationships. Responsible Nonmonogamy*, San Rafael CA, 1992; West, C.: *Lesbian Polyfidelity*, San Francisco, 1996; Munson, M., Stelboum, J.: *The Lesbian Polyamory Reader: Open Relationships, Non-Monogamy, and Casual Sex*, London, 1999; Strassberg, M.I.: "The Challenge of Post-Modern Polygamy: Considering Polyamory", *Capital University Law Review*, 2003, pp. 439-563; Emens, E.F.: "Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence", *New York University Review of Law & Social Change*, 2004, p. 277 ss.; Black, M.D.: "Beyond Child Bride Polygamy: Polyamory, Unique Family Constructions, and the Law", *Journal of Law & Family Studies*, 2006, pp. 497-508; Tweedy, A.E.: "Polyamory as Sexual Orientation", *Cincinnati Law Review*, 2011, pp. 1461-1515; Ternaux, C.: *La polygamie: pourquoi pas?*, Paris, 2012; Strauss, G.: "Is Polygamy Inherently Unequal?", *Ethics*, 2012, pp. 516-544; Boone Dryden, J.: "This Is the Family I Chose: Broadening Domestic Partnership Law to Include Polyamory", *Hamline University's School of Law's Journal of Public Law & Policy*, 2015, pp. 162-188; Mattei, U.: "Il poliamore

Tutte queste ipotesi non presentano soltanto un interesse comparatistico ma potrebbero porre questioni concrete all'attenzione dei nostri interpreti. Alla luce dei precedenti rappresentati dalle dibattute problematiche connesse alla circolazione globale dei modelli familiari, non è certo improbabile che presto o tardi occorrerà affrontare il tema dell'eventuale contrarietà all'ordine pubblico di rapporti familiari poligenitoriali costituitisi all'estero, ma anche quello dell'eventuale rilevanza di analoghe situazioni che si vengano a configurare in linea di fatto nella prassi interna[37]. E, rispetto ad entrambe le valutazioni, un ruolo fondamentale potrà essere svolto proprio dalla considerazione degli sviluppi su cui ci siamo precedentemente intrattenuti.

III. POLIGENITORIALITÀ E ORDINE PUBBLICO.

Quanto alla valutazione in punto di conformità all'ordine pubblico internazionalprivatistico, occorre anzitutto ricordare che non si tratta di vagliare in astratto gli istituti stranieri ma in concreto i loro effetti fatti valere in una determinata ipotesi, e che la clausola generale cui si fa riferimento è utile proprio in quanto valvola respiratoria che non predetermina il contenuto di quei principi con cui tali effetti non dovranno mai collidere, per cui il giudizio in questione non si presta a generalizzazioni semplificatorie ma rimane immancabilmente casistico[38], il che però non ci esime dalla necessità di individuare delle linee guida interpretative e argomentative.

e i beni comuni. Primissime riflessioni", in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiuele*, Mantova, 2017, II, pp. 105-116; Vercellone, A.: "Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore", *Riv, crit. dir. priv.*, 2017, p. 607 ss.; Di Masi, M.: "Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia", *Familia*, 2018, p. 243 ss., specie pp. 273-274; AA. VV.: *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione* (a cura di E. Grande, L. Pes), Torino, 2018.

37 Avevamo avuto occasione di sollevare tali questioni a margine della trattazione di differenti problematiche in Rizzuti, M.: "Le esclusioni soggettive dalla procreazione assistita nell'odierno contesto ordinamentale", in AA. VV.: *La comunità familiare tra autonomia e riforme* (a cura di D. Carusi) Rimini, 2019, pp. 173-200, ed in Rizzuti, M.: "Omogenitorialità e trascrizione di atti stranieri", *Rivista AIAF*, 2019, pp. 63-79. In questa sede tenteremo invece di affrontarle *ex professo* e di proporre qualche tentativo di soluzione.

38 Si possono vedere al riguardo: Badiali, G.: *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; Paladin, L.: "Ordine pubblico", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, XII, p. 130 ss.; Barile, G.: *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; Ferri, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; Guarneri, A.: *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974; Palaia, N.: *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974; Benvenuti, P.: *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; Panza, G.: "Ordine pubblico, Teoria generale", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.; Lonardo, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993; Mosconi, F.: "Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 5-14; Emanuele, C.F.: "Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano", *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 326 ss.; Angelini, F.: *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007; Feraci, O.: *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; Barba, V.: "L'ordine pubblico internazionale", in AA. VV.: *Fonti, metodo e interpretazione* (a cura di G. Perlingieri, M. D'Ambrosio), Napoli, 2017, p. 409 ss.; Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiuele*, cit., I, p. 355 ss.; Rizzuti, M.: "Ordine pubblico costituzionale e rapporti familiari: i casi della poligamia e del ripudio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, pp. 604-627; Perlingieri, G., Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

Lo specifico profilo di nostro interesse è stato posto all'ordine del giorno in Italia da uno sfortunato disegno di legge con il quale si mirava, fra l'altro, a frapporre una ben più impermeabile barriera normativa alle possibilità di riconoscimento internazionalprivatistico dei rapporti omogenitoriali o poligenitoriali[39]. In effetti, se consideriamo le summenzionate ipotesi concretamente prospettatesi a livello di diritto positivo canadese, i due profili appaiono strettamente connessi, il che ci consente peraltro di ipotizzare una soluzione senza dover partire da zero, ma ragionando alla luce del dibattito che ha riguardato il rapporto fra procreazione assistita omogenitoriale e ordine pubblico.

Allo stato attuale dell'evoluzione giurisprudenziale italiana parrebbe, infatti, che l'ordine pubblico non osti al riconoscimento di un atto di nascita straniero da cui constino due co-madri, in seguito al ricorso all'estero da parte di una coppia lesbica alla fecondazione eterologa[40], ed osti invece alla, solo apparentemente speculare, possibilità di riconoscere come co-padri entrambi i componenti di una coppia *gay* che abbia fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata[41]. Nel primo caso, infatti, si ha a che fare con un'ipotesi non ammessa dalla legge ordinaria

39 Si allude all'art. 3 del d.d.l. 1024, recante "*Disposizioni contro il turismo riproduttivo*", presentato dal senatore S. Pillon ed altri al Senato della Repubblica in data 25 gennaio 2019, in cui ci si preoccupava di impedire il riconoscimento non solo delle ipotesi di omogenitorialità ma anche di quelle di poligenitorialità. Com'è noto, la legislatura ha nettamente cambiato di segno, dopo le vicende politico-balneari dell'estate 2019, per cui le prospettive di una sua approvazione parrebbero inesistenti, e quindi anche la questione della possibile incostituzionalità di una normativa che escluda ogni valutazione in concreto sulla conformità all'ordine pubblico ha perso rilevanza. Resta però il dato storico di una prima ipotesi di considerazione espressa dei fenomeni poligenitoriali, sia pure in termini di rilevanza negativa.

40 Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di Ferrando, G., ha risolto in tal senso il peculiare caso di due donne che avevano conseguito in Spagna lo *status* di co-madri del figlio nato dalla fecondazione eterologa dell'ovulo di una di esse con impianto dell'embrione nel grembo dell'altra (*ROPA: Reception of Oocytes from PArtner*). Alle motivazioni di tale sentenza si è quindi richiamata Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, www.ilcaso.it, relativa all'ipotesi di una co-genitorialità solo giuridica, dovuta nella specie all'ordinario operare delle regole inglesi in materia di fecondazione eterologa con riguardo a due donne italiane coniugate e residenti in Gran Bretagna, una delle quali era stata fecondata col seme di un terzo donatore mentre l'altra non aveva fornito alcun apporto biologico alla procreazione del figlio comune.

41 Il riferimento è a Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Fam. dir.*, 2019, 7, p. 1198 ss., con note di Dogliotti, M.: "Le sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri", e di Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", ma al riguardo si vedano anche Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam*., 2019, 2, p. 337 ss., e Recinto, G.: "La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'", *Dir. succ. fam*., 2019, 2, p. 347 ss.

italiana[42], e sulla quale non esiste invero un consenso europeo[43], ma comunque nemmeno contrastante con principi fondamentali, laddove nel secondo a determinare un siffatto contrasto sarebbe il disvalore insito nella maternità surrogata, lesiva della dignità della gestante[44], e suscettibile di determinare una reificante cessione del figlio. Pertanto, la tutela dei *best interests* del nato andrebbe qui limitata al riconoscimento, pacifico, della genitorialità del padre genetico ed alla possibilità di una successiva adozione in casi particolari da parte dell'altro componente della coppia maschile[45], che non potrà certamente essere

42 Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, *Corr. giur.*, 2019, p. 1460, con nota di Recinto, G.: "La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirement'", ha ritenuto legittimo il vigente divieto per le coppie omosessuali di accedere alla fecondazione eterologa in Italia, mentre Corte Cost, 15 novembre 2019, n. 237, *Fam. dir.*, 2019, p. 325, con nota di Sesta, M., ha dichiarato inammissibile per difetto di motivazione la questione di legittimità costituzionale relativa alle norme che impediscono formare in Italia un atto di nascita indicante due co-madri, problematica su cui i giudici della Consulta dovranno tornare a pronunziarsi avendo riguardo all'ordinanza del Trib. Venezia, 3 aprile 2019, la cui udienza pubblica di discussione è fissata al 6 ottobre 2020. Frattanto, Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, www.ilcaso.it, e Cass., 22 aprile 2020 n. 8029, www.quotidianogiuridico.it, hanno ribadito che non è possibile formare in Italia un atto di nascita indicante due co-madri. Gli approdi in discorso sarebbero a nostro avviso discutibili, ma in questa sede preme soltanto rilevare che essi non incidono comunque sul menzionato esito della riconoscibilità dell'atto di nascita straniero, espressamente fatto salvo nelle motivazioni delle citate pronunzie di legittimità.

43 A livello europeo la questione è aperta: è infatti tuttora pendente in sede EDU il caso di due donne tedesche le quali, per sfuggire ai divieti della legge nazionale che consente l'accesso alla procreazione assistita solamente alle coppie eterosessuali e vieta comunque l'ovodonazione, avevano realizzato in Belgio una *shared motherhood* tramite *ROPA*, ed avevano quindi ricevuto un diniego di riconoscimento della loro co-maternità da parte dei giudici interni (*R.F. & Others vs. Germany*, n. 46808/16). Ancora più sorprendente è il caso della Svezia, con l'ammissione delle coppie femminili alla fecondazione eterologa ma non alla *ROPA* (*cfr.* Zeiler, K., Malmquist, A.: "Lesbian shared biological motherhood: the ethics of IVF with reception of oocytes from partner", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 7 gennaio 2014).

44 Al disvalore della maternità surrogata, in quanto gravemente lesiva della dignità delle donne coinvolte, aveva già fatto riferimento la motivazione di Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *Corr. giur.*, 2018, 4, p. 446, con nota di Ferrando, G.: "Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore". Anche su questo profilo, però, non si può parlare di un consenso europeo: va, infatti, segnalato che il Tribunal Constitucional portoghese, 28 aprile 2018, pronunciandosi sui dubbi di legittimità relativi alle *Leis* 20 giugno 2016, n. 17, e 22 agosto 2016, n. 25, che avevano introdotto la maternità surrogata gratuita, ha ritenuto che l'istituto in quanto tale non leda necessariamente la dignità umana, ancorché la disciplina lusitana sia risultata comunque incostituzionale per il difetto di determinatezza di talune disposizioni, per la mancata previsione di una libertà di revoca del consenso da parte della gestante anche dopo l'impianto dell'embrione nell'utero, e per l'assenza di una tutela del diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini. Invero, tenendo presente il contesto di ulteriori Paesi, quali la Gran Bretagna o alcuni Stati americani, vanno considerate anche le situazioni, seppure magari minoritarie a livello globale, in cui la gestante non è affatto una donna sfruttata, ma una volontaria che agisce per ragioni di solidarietà familiare in favore di una stretta parente, o per spirito altruistico in favore di terzi, oppure una professionista che dalla pratica ricava lauti profitti.

45 La giurisprudenza europea ha reiteratamente sancito il diritto del figlio al riconoscimento del suo *status* nei confronti del padre genetico, nonostante il ricorso alla maternità surrogata, privilegiando il criterio dei *best interests of the child* rispetto a quello dell'*ordre public* (*cfr.* CEDU, *Mennesson c. France*, 26 giugno 2014, n. 65192/11; CEDU, *Labassee c. France*, 26 giugno 2014, n. 65914/11; CEDU, *Foulon & Bouvet c. France*, 21 luglio 2016, n. 9063/14 e 10410/14), mentre CEDU, *Paradiso & Campanelli c. Italie*, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, *Giur. it.*, 2018, p. 835, con nota di Romeo, F., rovesciando l'esito del giudizio di primo grado, ha ritenuto che, in un caso in cui il nato da gestante surrogata non aveva alcun nesso genetico con la coppia eterosessuale committente, la condotta delle autorità italiane, che non avevano riconosciuto rilevanza al rapporto fattuale instauratosi per un breve lasso di tempo tra costoro ed il bambino, deve considerarsi giustificata, anche alla luce della necessità di contrastare fenomeni di commercio di esseri umani. Infine, ricorrendo per la prima volta allo strumento dell'*Avis consultatif* di cui al Protocollo 16 Conv. EDU, la Corte di Strasburgo, con il parere del 10 aprile 2019, ha precisato che per apprestare un'adeguata tutela al rapporto del minore nato da *surrogacy* con la moglie del padre genetico non è necessario ammettere la trascrizione dell'atto di nascita straniero che la indica come madre, ma è sufficiente prevedere un procedimento adozionale che assicuri celerità ed effettività (*cfr.* Grasso, A.G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 757-770). Anche da un punto di vista di diritto

genitore genetico del medesimo nato[46], almeno allo stato attuale dello sviluppo tecnologico[47]. Il problema sta, insomma, nella tecnica procreativa utilizzata e non

interno, come abbiamo già argomentato in altre sedi con riferimento sia alle coppie eterosessuali (che rappresentano la *magna pars* del mercato mondiale della *surrogacy*) sia a quelle omosessuali, nei confronti del genitore genetico il rapporto deve essere riconosciuto a prescindere dall'illiceità, civile o penale, della condotta procreativa, nello stesso modo in cui si riconosce la filiazione che derivi dallo stupro, dallo sfruttamento della prostituzione, dall'adulterio, dall'incesto o dalla fecondazione *post mortem*, mentre nei confronti del committente non genitore genetico del nato, ferma restando la possibilità dell'adozione in casi particolari, non si può procedere ad un riconoscimento diretto di quello che sarebbe un acquisto a titolo derivativo del figlio per effetto del contratto di *surrogacy* (Rizzuti, M.: "La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori, *Riv. Biodiritto*, 2015, 2, pp. 89-108; Rizzuti, M.: "Maternità surrogata e ordine pubblico", giustiziacivile.com, 9 maggio 2017; Rizzuti, M.: "Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze 'naturali' allo scenario della 'agenitorialità'", in AA. VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale* (a cura di S. Niccolai, E. Olivito), Napoli, 2017, pp. 161-172), ed in tal senso si è appunto pronunziata Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *cit*. Un orientamento di netto dissenso è stato al riguardo espresso da Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, www.biodiritto.org, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale delle norme rilevanti per come interpretate dalle Sezioni Unite, sull'assunto che l'adozione in casi particolari non garantirebbe la effettività e celerità richieste dai giudici europei nel menzionato parere. La questione è tuttora pendente ma è chiaro che una pronunzia di accoglimento, o interpretativa di rigetto, potrebbe radicalmente mutare il quadro.

46 Semmai potrà accadere che ciascun membro della coppia maschile sia padre genetico di un figlio, come nel caso deciso da App. Milano, 28 dicembre 2016, www.articolo29.it, con nota di Schillaci, A., in cui i *partners* avevano fatto fecondare in California, ciascuno col proprio seme, due ovociti della stessa donatrice anonima, impiantando quindi gli embrioni contemporaneamente nel grembo della medesima surrogata: i giudici italiani hanno ritenuto la situazione paragonabile ai rari casi di superfecondazione eteroparentale, in cui una stessa donna, un po' come la mitologica Leda, rimane incinta di gemelli con padri diversi in seguito a rapporti sessuali consumati nello stesso periodo di ovulazione, ed hanno quindi considerato ammissibile la trascrizione degli atti di nascita dei due gemelli solo con riferimento, per ciascuno di essi, al proprio padre genetico. Si produce così, ferma restando beninteso la possibilità di successive adozioni in casi particolari, l'esito apparentemente paradossale di due gemelli che non sono fratelli, ma occorre considerare che si tratta di un esito coerente con un sistema in cui i rapporti tra persone derivanti da gameti dello stesso datore, oppure portate, magari in tempi diversi, dalla stessa gestante, nel caso di surrogazione o di parto anonimo, non sono suscettibili di giuridificazione, se non per quanto attiene al diritto all'accesso alle informazioni sulle proprie origini, che Cass., 20 marzo 2018, n. 6963, www.italgiure.giustizia.it, ha ritenuto estensibile ai dati relativi a fratelli e sorelle biologici adulti.

47 La procreazione omosessuale omologa è oggi solo una prospettiva connessa alla ricerca sulla gametogenesi artificiale. Gli scienziati studiano da tempo i meccanismi che in certi pesci consentono alle femmine, quando la carenza di maschi pone a rischio la sopravvivenza del gruppo, di produrre gameti maschili con cui fecondare altre femmine (C.A. Redi, M. Monti, *Gameti artificiali*, in *Le Scienze*, 2015, n. 562), e sono riusciti a ricavare ovociti da cellule somatiche di topi maschi, artificialmente riportate allo stadio embrionale di pluripotenza (Hayashi, K., & Al.: "Reconstitution in vitro of the entire cycle of the mouse female germ line", *Nature*, 17 ottobre 2016), a produrre ovaie di topo con stampanti tridimensionali (Shah, R.N., & Al.: "A bioprosthetic ovary created using 3D printed microporous scaffolds restores ovarian function in sterilized mice", *Nature Communications*, 16 maggio 2017), e a far nascere topi con genitori dello stesso sesso ricorrendo al *gene editing* (Li, Z.K., & Al.: "Generation of Bimaternal and Bipaternal Mice from Hypomethylated Haploid ESCs with Imprinting Region Deletions", *Cell Stem Cell*, 11 ottobre 2018; Sagi, I., Bar, S., Benvenisty, N.: "Mice from Same-Sex Parents: CRISPRing Out the Barriers for Unisexual Reproduction", *Cell Stem Cell*, 1 novembre 2018), ma anche a coltivare in laboratorio, al di fuori di un corpo femminile, ovociti umani a partire da estratti di tessuto ovarico (Telfer, E.E., & Al.: "Metaphase II oocytes from human unilaminar follicles grown in a multistep culture system", *Molecular Human Reproduction*, 2018, 3, pp. 135–142), ad ipotizzare la realizzazione di un ovaio umano artificiale (Scutti, S.: "Artificial ovary could help young cancer patients preserve fertility", www.cnn.com, 1 luglio 2018), e ad avviare la produzione di gameti umani da cellule riportate alla pluripotenza (Yamashiro, C., & Al.: "Generation of human oogonia from induced pluripotent stem cells in vitro", *Science*, 19 ottobre 2018; Clark, A.: "Human Primordial Germ Cells Are Specified from Lineage-Primed Progenitors", *Cell Report*, 24 dicembre 2019). Tali sviluppi potrebbero rendere superflua la donazione di gameti e permettere di accedere alla diagnosi genetica preimpianto senza gli incomodi di quella che è oggi la procreazione assistita (*cfr.* Greely, H.T.: *La fine del sesso. E il futuro della riproduzione umana*, Cambridge MA, 2016, trad. it., Torino, 2017; Carter-Walshaw, S.: "In vitro gametogenesis: The end of egg donation?", *Bioethics*, 23 agosto 2018; Segers, S., & Al.: "In vitro gametogenesis and reproductive cloning: Can we allow one while banning the other?", *Bioethics*, 5 settembre 2018), oltre a rendere fertili le persone di età avanzata (*cfr.* Balistreri, M.: "Perché non è giusto vietare l'accesso alla riproduzione assistita alle donne in menopausa", *Riv. Biodiritto*, 2017, 2, specie pp. 161-163), ma anche consentire, appunto, una omogenitorialità genetica, con un *partner* della coppia *same-sex*

nell'esito omogenitoriale, che, lo abbiamo già ricordato, è già ammesso a livello interno ed anzi finisce così per ripresentarsi proprio come ammissibile sviluppo finale della medesima vicenda. I due orientamenti ritrovano da questo punto di vista, nonostante la differente concezione di ordine pubblico cui le sentenze di riferimento dichiarano di aderire[48], una loro coerenza giuridica, alla luce della quale possiamo incidentalmente anche osservare quanto poco convincente appaia il richiamo argomentativo alla decisione sulla maternità surrogata per risolvere in senso negativo l'altra questione pendente, cui accennavamo all'inizio, circa il riconoscimento delle adozioni omogenitoriali straniere con efficacia piena[49].

A questo punto, diviene dunque per noi essenziale chiedersi se e come tali valutazioni dovrebbero cambiare nelle corrispondenti varianti poligenitoriali. Da una parte, non riteniamo che, con riguardo alla coppia di donne, la valutazione debba da positiva diventare negativa solo perché è configurato come genitore anche il padre genetico. Si è infatti già avuto modo di osservare che l'ordinamento interno conosce situazioni in cui nell'interesse del figlio i rapporti genitoriali vengono moltiplicati, per cui non è il dato numerico a prospettarsi come di ordine pubblico, e, sempre subordinatamente ad una valutazione in concreto della situazione del singolo nucleo familiare, anche in tale ipotesi la soluzione potrebbe risultare per il minore preferibile rispetto alla cancellazione di ogni rilievo per la figura maschile[50]. Dall'altra parte, con riguardo alla coppia di uomini,

che feconda l'altro, o al limite sé stesso (*cfr.* Margalit, Y., Levy, O., Loike, J.: "The New Frontier of Advanced Reproductive Technology: Reevaluating Modern Legal Parenthood", *Harvard Journal of Law & Gender*, 2014, pp. 107-139; Brummett, A.: "Conscience claims, metaphysics, and avoiding an LGBT eugenic", *Bioethics*, 23 aprile 2018; Advena-Regnery, B., & Al.: "Framing the ethical and legal issues of human artificial gametes in research, therapy, and assisted reproduction: A German perspective", *Bioethics*, 22 maggio 2018).

48 Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *cit*., ha abbracciato la tesi, estremamente restrittiva, per cui si potrebbe configurare una violazione dell'ordine pubblico solo in caso di contrasto con i valori costituzionali primari, inderogabili per il legislatore interno e sottratti alla stessa possibilità di revisione costituzionale. Invece, Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *cit*., ritiene che il contrasto rilevante possa essere non soltanto con tali principi costituzionali ma anche con quelli incarnatisi nella disciplina ordinaria. Si può vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, Ferrari, F.: "Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA", *Riv. Biodiritto*, 2020, 2 pp. 169-193.

49 Trib. Min. Firenze, 7 marzo 2017, *cit*., aveva dedotto dalla concezione di ordine pubblico fatta propria da Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *cit*., l'ammissibilità del riconoscimento delle adozioni straniere omogenitoriali con efficacia piena, dal momento che un'ipotetica disciplina interna in tal senso non sarebbe incostituzionale, mentre Cass., ord. 11 novembre 2019, n. 29071, www.articolo29.it, ha rimesso alle Sezioni Unite l'esame della questione dell'ammissibilità di tale riconoscimento, sollevando forti dubbi al riguardo, in considerazione della diversa concezione di Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *cit*., e della sussistenza a livello di legislazione ordinaria interna di un principio per cui sono solo le coppie coniugate, e quindi eterosessuali, a poter accedere all'adozione con efficacia piena. Il parallelismo rischia, però, di essere solo apparente, se consideriamo, come evidenziato nel testo, che il disvalore su cui si incentra il contrasto con l'ordine pubblico rilevato dalle Sezioni Unite non attiene affatto all'esito omogenitoriale ma al ricorso alla maternità surrogata, ipotesi che invero non ha nulla a che spartire con la questione delle suddette adozioni. Sulla necessità di distinguere nettamente tra la questione dell'omogenitorialità e quella della maternità surrogata si possono vedere: Niccolai, S.: "Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione", *Costituzionalismo*, 2015, 3, III, pp. 1-53; Niccolai, S.: "Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?", *Giur. cost*., 2016, 3, pp. 1169-1179; Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", *Nuova giur. civ. comm*., 2017, p. 986 ss.

50 A fronte di un caso di *Multiple-Parent Family*, Lord Justice Thorpe, autorevole magistrato inglese, nel motivare a favore della condivisione della *parental responsibility* tra una coppia lesbica ed il padre genetico in un "*three parents and two homes regime*", ha osservato icasticamente che: "*It is generally accepted that a child*

analoghe considerazioni ci inducono a ritenere che la valutazione di contrasto con l'ordine pubblico potrebbe venir meno laddove alla maternità surrogata si sostituisca per l'appunto il ricordato meccanismo poligenitoriale in cui la donna è anch'essa configurata come genitrice. Non saremmo infatti più di fronte ad una inaccettabile disposizione del figlio reificato, né ad una lesione della dignità della gestante, bensì, anche in tale ipotesi, ad una moltiplicazione dei rapporti genitoriali suscettibile di essere, se del caso, valutata in concreto come conforme all'interesse del minore. Oltretutto un assetto del genere si presterebbe pure ad eliminare quell'impressione di discriminazione nella discriminazione che sorge dal confronto fra le valutazioni delle vicende omogenitoriali non poligenitoriali, che finiscono per escludere le coppie *gay*[51] almeno sino alla futuribile invenzione dell'ectogenesi[52], mentre l'ipotesi poligenitoriale qui discussa risulta già concretamente, e all'estero legalmente, percorribile.

gains by having two parents. It does not follow from that that the addition of a third is necessarily disadvantageous" (*A. vs. B. and C. [2012] EWCA Civ 285*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2012, 4, pp. 475-486, con nota di Zanghellini, A.: "Heteronormativity, Poly-Parenting, and the Homo-Nuclear Family"). Beninteso, una situazione del genere può dare luogo a conflitti, come del resto anche la famiglia bigenitoriale, ma qui si tratterà, per l'appunto, di valutare in concreto il singolo contesto familiare alla luce del criterio dei *best interests of the child*, e non di escludere in via generale ed astratta che un numero di genitori diverso da due possa eventualmente risultare adeguato.

51 Anche se l'accesso alla procreazione assistita resta oggi vietato in Italia a tutte e coppie *same-sex*, sul piano pratico la coppia femminile può conseguire il riconoscimento di una situazione di omogenitorialità tramite la trascrizione di un atto formato all'estero (cioè anche in un Paese europeo raggiungibile senza particolari incomodi) in seguito al ricorso alla fecondazione eterologa, mentre la coppia maschile non può pervenire al medesimo risultato tramite la *surrogacy*. Con riferimento alla Spagna, dove tale divaricazione è ancora più chiara, essendo la fecondazione eterologa per le coppie lesbiche espressamente ammessa mentre la maternità surrogata è illecita e contraria all'ordine pubblico, si è ipotizzato che siffatto esito dipenderebbe da stereotipi di genere sulla tradizionale attribuzione del ruolo di cura dei figli, per cui in sostanza l'omoparentalità normalizzerebbe la coppia femminile ed accentuerebbe invece i pregiudizi contro quella maschile (*cfr.* Imaz, E.: "Same-sex parenting, assisted reproduction and gender asymmetry: reflecting on the differential effects of legislation on gay and lesbian family formation in Spain", *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 24 febbraio 2017). Ad ogni modo, sul piano giuridico non è così e la distinzione trova una base ben più solida, dal momento che una maternità surrogata eterologa pone il gravissimo problema dell'acquisti a titolo derivativo del figlio, mentre nella fecondazione eterologa ci si confronta solo con un atto dispositivo dei gameti, che sono parti staccate dal corpo ex art. 5 c.c. e quindi *res*, mentre, come abbiamo visto, tutte le coppie omosessuali sono effettivamente trattate allo stesso modo dalla giurisprudenza italiana laddove vengano in rilievo altre ipotesi di omoparentalità, quali la genitorialità sociale o l'adozione in casi particolari. D'altra parte, le conseguenze del contrasto della surrogazione di maternità con l'ordine pubblico potrebbero ricadere anche su una coppia lesbica, nell'ipotesi, rara ma documentata, in cui siano state due donne ad avvalersi di una terza come gestante (*cfr.* Collier, V., Collier, J.: *Getting to Baby*, New York, 2011).

52 Al momento, infatti, quella dell'ectogenesi, cioè dell'impianto di embrioni umani in uteri meccanici, o animali, capaci di surrogare la stessa *surrogacy*, emancipando così la donna dalla gravidanza e l'uomo dal necessario ricorso alla donna, è solo una prospettiva futuribile (*cfr.* Haldane, J.B.S.: *Daedalus; or, Science and the Future. A paper read to the Heretics, Cambridge, on February 4th*, 1923, New York, 1924; Debiasi, E.: "Sull'ectogenesi", *Atti Accademia roveretana degli Agiati*, 1966, *B*, pp. 63-73; Coleman, S.: *The Ethics of Artificial Uteruses: Implications for Reproduction and Abortion*, Farham, UK, 2004; Atlan, H.: *L'utero artificiale*, Paris, 2005, trad. it., Milano, 2006; Di Simone, V.: "Il dibattito attorno all'ectogenesi: un'analisi quantitativa e qualitativa degli auspici e timori della comunità scientifica", *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 2014, 1, pp. 19-52; Balistreri, M.: *Il futuro della riproduzione umana*, Roma, 2016), ancorché gli scienziati siano già riusciti a sviluppare una *biobag* in grado di accogliere feti di agnello molto prematuri (*cfr.* Partridge, E.A., & Al.: "An extra-uterine system to physiologically support the extreme premature lamb", *Nature Communications*, 25 aprile 2017). Qualora tali ricerche dovessero mai condurre a risultati applicabili all'uomo, si porrebbe per la prima volta in concreto il problema di come applicare il divieto di ectogenesi di cui all'art. 13, comma 3, lett. *c*, della l. 19 febbraio 2004, n. 40, e quindi anche di come giustificare una proibizione così assoluta al riguardo.

Peraltro, se risulta convincente quanto sinora argomentato per il caso due volte problematico in cui abbiamo sia poligenitorialità sia omogenitorialità, allora un'analoga valutazione di non necessario contrasto con l'ordine pubblico ci parrebbe predicabile pure laddove sia una coppia eterosessuale ad aver coinvolto all'estero un terzo, o ulteriore, genitore in vicende comparabili con quelle ora ricordate, ed eventualmente pure a fronte di un rapporto più ampio di quello di coppia.

IV. PROSPETTIVE DI GIURIDIFICAZIONE DEI RAPPORTI POLIGENITORIALI DI FATTO.

L'ipotesi menzionata per ultima si presta, però, meglio ad essere discussa in una diversa prospettiva, e cioè non tanto sul piano dell'ordine pubblico internazionalprivatistico, dal momento che non ci confrontiamo con una determinata disciplina straniera in punto di filiazione, quanto piuttosto su quello della rilevanza di situazioni fattuali, emergenti in una prassi che ben potrà essere, a seconda dei casi, transnazionale o anche meramente interna.

Invero, la fattispecie di una relazione affettiva e di convivenza tra più di due persone, che potrebbe essere il riflesso fattuale di un coniugio poligamico non riconoscibile oppure di un'opzione per il poliamore, non gode di uno specifico riconoscimento giuridico nel nostro ordinamento ma non è nemmeno mai qualificata come illecita. Non risulterà pertanto applicabile la disciplina generale delle convivenze legalmente riconosciute[53], ma non si potrà nemmeno escludere la giuridificazione di alcuni profili dei rapporti fra i soggetti in questione, ove ricorrano i presupposti per l'operatività di quegli istituti civilistici generali cui la giurisprudenza si richiamava con riguardo ai rapporti familiari meramente fattuali ben prima che tale disciplina venisse elaborata: dal risarcimento del danno

53 Com'è ben noto, l'art. 1, comma 36, della l. 20 maggio 2016, n. 76, limita l'ambito applicativo della nuova disciplina generale delle convivenze all'ipotesi che coinvolga due sole persone, non legate da vincoli di matrimonio o di unione civile. In proposito sia consentito rinviare a Rizzuti, M.: "Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto", giustiziacivile.com, 12 maggio 2016.

ingiusto alle obbligazioni naturali[54], oltre alla stessa autonomia contrattuale degli interessati[55].

Ai nostri fini interessa, però, il diverso profilo dei rapporti di filiazione: è evidente come anche i rapporti in discorso possano portare alla procreazione, ed è altresì possibile che vi si trovi coinvolto un soggetto che era già divenuto genitore. Il primo problema sarà dunque quello della ipotizzabile pericolosità per la personalità del figlio di una crescita un siffatto contesto familiare, che potrebbe legittimare il suo affidamento all'eventuale altro genitore non coinvolto nel rapporto poliaffettivo oppure un intervento di autorità pubbliche che comunque provvedano ad allontanarlo e ricollocarlo con i generali strumenti del diritto minorile. Beninteso, potrà accadere che in concreto alcune di queste situazioni presentino situazioni di grave problematicità connesse ad ulteriori ragioni di disagio che potrebbero giustificare persino provvedimenti del genere[56], ma non riterremmo che in termini generali, alla luce delle già richiamate considerazioni in ordine alle ipotesi in cui la moltiplicazione dei rapporti genitoriali, o paragenitoriali, può risultare nell'interesse del minore, debba essere solo il numero dei conviventi a legittimare un così pesante intervento di compressione del diritto alla vita privata e familiare.

54 Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, *Riv. dir. comm*., 1969, II, p. 403, con nota critica di Ferri, G.B.: "Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina", aveva per la prima volta esteso la qualificazione in termini di adempimento di un'obbligazione naturale, già riconosciuta alle attribuzioni patrimoniali fra conviventi, anche a quelle poste in essere nell'ambito di un rapporto adulterino. Cass., 7 giugno 2011, n. 12778, *Giust. civ. Mass*., 2011, 6, n. 852, ha esteso all'ipotesi del rapporto adulterino la risarcibilità del danno da morte, concludendo che sia la moglie sia l'amante del deceduto dovessero essere risarcite. Cass., 16 giugno 2014, n. 13654, *Foro it*., 2014, 7-8, I, p. 2055, pronunziandosi sul celebre caso dell'assassinio dello stilista M. Gucci, ha condannato la vedova P. Reggiani Martinelli, mandante dell'omicidio, a risarcire il pregiudizio patito da P. Franchi, la cui convivenza con la vittima era stata proprio la causa scatenante della letale gelosia della rea. Com'è evidente, sono tutte ipotesi che non rientrerebbero nella definizione di convivenza della l. 20 maggio 2016, n. 76, ma non vi è motivo di ritenere che gli istituti in questione non possano continuare ad operare al riguardo.

55 Ai sensi dell'art. 1, comma 57, lett. *a* e lett. *b*, della l. 20 maggio 2016, n. 76, il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile «*in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza*», nonché più ampiamente in difetto dei presupposti di cui al predetto comma 36. Ciò non toglie, però, che i soggetti non abilitati a stipulare tale peculiarissimo contratto (su cui *cfr.* Mazzariol, R.: *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018; Emiliozzi, E.A.: *Il contratto di convivenza nella legge 20 maggio 2016, n. 76*, Milano, 2018; Di Fede, A.: *Diritto di famiglia e negozi di convivenza*, Napoli, 2018) potranno comunque concludere ogni altro contratto tipico o atipico per costituire, regolare, modificare o estinguere i loro rapporti giuridici patrimoniali secondo le regole generali dell'autonomia privata nel nostro sistema.

56 Per considerare alcuni esempi estremi, si pensi al caso di una famiglia poligamica il cui patriarca sia anche un violento e un islamista radicale, oppure di una comune poliamorosa dedita pure all'uso massiccio di stupefacenti. In tali ipotesi sarebbero però tali ulteriori circostanze a rendere opportuno l'allontanamento del minore, ma non riteniamo di poter presumere in termini generali che solo per il fatto di essere coinvolta in un rapporto familiare poligamico secondo le proprie tradizioni culturali, oppure in un *ménage a trois* per qualsivoglia ragione, una persona non debba mai essere considerata in concreto un buon genitore. Nel dibattito pubblico emergono opinioni che pongono in evidenza come non sia in alcun modo dimostrabile che un rapporto poliamoroso sarebbe pregiudizievole per i figli (*cfr.* Fry, L.: "'There's zero evidence that it's worse for children': parenting in a polyamorous relationship", *The Guardian*, 1° febbraio 2020), e che lo stesso potrebbe anzi risultare benefico (*cfr.* Larson, V.: "5 Lessons Monogamous Parents Can Learn From Poly Parenting. More people, more helpers", www.parent.com, 25 marzo 2017; Barrett-Ibarria, S.: "What Happens to Polyamorous Relationships When One Partner Has Kids", www.vice.com, 23 agosto 2019; Smith, B.: "Polyamorous parenting: The surprising benefits of the ultimate modern family", www.todaysparent.com, 11 giugno 2020).

Se escludiamo una così drastica ipotesi di soluzione, allora, come già nel caso delle convivenze omosessuali, anche i rapporti fattuali instauratisi nell'ambito di tale differente realtà familiare si potranno prestare ad essere, se del caso, tutelati in quanto forme di genitorialità sociale, con un conseguente diritto del minore a conservarli pure nel caso di rottura, totale o parziale, del *ménage*[57]. La comparazione fra le relazioni familiari *same-sex* e quelle poligamiche, da più parti più o meno provocatoriamente affacciata, non sempre convince appieno[58], ma, se ci concentriamo sui rapporti di genitorialità sociale che a tali contesti familiari si riconnettano, le analogie sono oggettivamente più forti, nel senso che si tratta in ogni caso di tutelare l'interesse del minore alla conservazione di rapporti significativi. E, ancora una volta in analogia con i ricordati sviluppi, si potrebbe pertanto ragionevolmente arrivare anche in questo ambito ad una giuridificazione di tali rapporti tramite il ricorso all'adozione in casi particolari, di cui abbiamo

57 Chi scrive ha avuto modo di venire a conoscenza dell'insorgere, nel nostro Paese, di una controversia in cui le parti di un rapporto poliamoroso, che comprendeva due uomini ed una donna ed è entrato in crisi dopo anni di vita comune, hanno discusso, in sede di mediazione familiare, anche della sorte dei figli del *ménage*.

58 In un passato non remoto i risultati cui erano pervenute la giurisprudenza e la legislazione inglesi con riguardo ai matrimoni poligamici potevano sembrare un riferimento per tentare di impostare la nuova problematica rappresentata da quelle *same-sex partnerships* che all'epoca solo Danimarca e Norvegia regolavano (*cfr.* Martin, J.: "English Polygamy Law and the Danish Registered Partnership Act: A Case for the Consistent Treatment of Foreign Polygamous Marriages and Danish Same-Sex Marriages in England", *Cornell International Law Journal*, 1994, pp. 419-446). Nel giro di un ventennio la questione si è capovolta, per cui nel dibattito politico il richiamo all'affermazione del matrimonio, o dell'unione civile, omosessuale può servire agli esponenti delle comunità islamiche per domandare la legalizzazione della poligamia (*cfr.* Alonso, J.F.: "La poligamia llama a las puertas de Europa, www.abc.es, 22 gennaio 2006; "«Anche la poligamia è un diritto»: Piccardo (Ucoii) su Fb dopo le unioni civili a Milano", *La Repubblica*, 6 agosto 2016) o a quelli dell'estrema destra per utilizzare l'argomento dello *slippery slope* contro le istanze degli omosessuali (*cfr.* de Boni, M.: "Polygamie et mariage gay: Marine Le Pen désavoue sa nièce", *Le Figaro*, 17 marzo 2016). Invero, come osserva Joppke, C.: "Multiculturalism by Liberal Law. The Empowerment of Gays and Muslims", *European Journal of Sociology*, 2017, 1, pp. 1–32, il costituzionalismo liberale dei diritti umani tende di per sé ad implicare un certo grado di multiculturalismo, inteso *lato sensu* come accettazione di differenti "*ways of life*", per l'appunto da quello degli omosessuali a quello dei musulmani. Negli Stati Uniti d'America il parallelismo in discorso ha assunto una più specifica dimensione giuridica, dopo che i membri di una famiglia mormone, resi celebri e quindi sottoposti ad indagini di polizia in seguito alla partecipazione al *reality show* televisivo «*Sister Wives*», incentrato proprio sul loro peculiare *ménage* coniugale (ed ispirato a «*Big Love*», una *fiction* di successo sulla poliginia dei Mormoni prodotta dai coniugi *gay* M.V. Olsen e W. Scheffer), hanno fatto valere in giudizio come precedenti le decisioni favorevoli al *same-sex marriage* invocando una legalizzazione della poligamia (*cfr.* U.S. District Court Utah, 13 dicembre 2013, *Brown vs. Buhman*, *947 F.Supp. 2d 1170*, e poi U.S. Court of Appeal Tenth Circuit, 11 aprile 2016, *Brown vs. Buhman*, n. 14-4117). La vicenda ha attratto l'interesse della dottrina sul tema (*cfr.* Witte Jr., J.: *The Western Case for Monogamy Over Polygamy*, Cambridge MA, 2015; Den Otter, R.C.: *In Defense of Plural Marriage*, Cambridge MA, 2015; Faucon, C.E.: "Polygamy After Windsor: What's Religion Got to Do with It?", *Harvard Law & Policy Review*, 2015, pp. 471-528; Macedo, S.: *Just Married: Same-Sex Couples, Monogamy, and the Future of Marriage*, Princeton, 2015; Swisher, P.N.: "«I Now Pronounce You Husband and Wives»: The Case for Polygamous Marriage after United States v. Windsor and Burwell v. Hobby Lobby Stores", *BYU Journal of Public Law*, 2015, pp. 299-325), mentre il giudice J. Roberts nella sua *dissenting opinion* alla storica decisione che ha dichiarato illegittime le norme statali di divieto del *same-sex marriage* (U.S. Supreme Court, 26 giugno 2015, *Obergefell vs. Hodges*, n. 14-556) evocava in sostanza il rischio di uno *slippery slope* che porterebbe dal *gay marriage* al *plural marriage*. Del resto pure l'estensore di una sentenza italiana favorevole alla trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero (App. Napoli, 13 marzo 2015, www.articolo29.it) ha inserito in motivazione un riferimento al dubbio postosi in seno al Collegio decidente e poi superato, insomma ad una sorta di *dissenting opinion*, circa il rischio di dar luogo ad un precedente che in futuro avrebbe potuto essere invocato in favore dei matrimoni poligamici.

del resto già constatato l'idoneità a costituire, sempre nell'interesse del minore, rapporti di carattere poligenitoriale[59].

59 Già Supreme Court of Utah, 26 marzo 1991, *Matter of Adoption of WAT*, 808 P.2d 1083 (1991), stabiliva che *"[N]either the [Utah adoption] statute, the constitution, nor good public policy justifies a blanket exclusion of polygamists from eligibility as adoptive parents*" (*cfr.* Otto, R.M.: "«Wait 'Til Your Mothers Get Home»: Assessing the Rights of Polygamists as Custodial and Adoptive Parents", *Utah Law Review*, 1991, p. 881 ss.; Vazquez, R.A.: "The Practice of Polygamy: Legitimate Free Exercise of Religion or Legitimate Public Menace? Revisiting Reynolds in Light of Modern Constitutional Jurisprudence", *Legislation and Public Policy*, 2001, pp. 225-253; Davis, A.D.: "Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, and Bargaining for Equality", *Columbia Law Review*, 2010, pp. 1955-2046; Marvel, S.: "The Evolution of Plural Parentage: Applying Vulnerability Theory to Polygamy and Same-Sex Marriage", *Emory Law Journal*, 2015, pp. 2047-2088). Riterremmo che, presto o tardi, anche da noi un giudice avrà l'occasione di statuire, come già Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, *cit*., per le famiglie omoparentali, che anche il considerare il collocamento del minore in una famiglia poligenitoriale come causa di ripercussioni negative sia frutto non di certezze scientifiche o dati di esperienza ma di «*mero pregiudizio*». E, pure in questo ambito, una volta affermatosi tale principio, la formula potrebbe essere ampiamente ripresa nella successiva giurisprudenza, che si tratti di diritti di visita, di genitorialità sociale, di adozioni in casi particolari, e così via, proprio come è recentemente avvenuto, determinando una trasformazione notevolissima in tempi assai brevi, per l'omogenitorialità.

BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V.: *Bioethics*, 2017, 1, *Special Issue: The Ethics of Mitochondrial Replacement*, pp. 1-69.

A.A.V.V.: *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione* (a cura di E. Grande, L. Pes), Torino, 2018.

Abraham, H.: "A Family Is What You Make It? Legal Recognition and Regulation of Multiple Parents", *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2017, pp. 405-444.

Advena-Regnery, B., & *al.*: "Framing the ethical and legal issues of human artificial gametes in research, therapy, and assisted reproduction: A German perspective", *Bioethics*, 22 maggio 2018.

Aktar, S.: "A Comparative Study on Hindu Law between Bangladesh and India", *Asian Affairs*, 2007, pp. 61-95.

Anapol, D.M.: *Love Without Limits. The Quest for Sustainable Intimate Relationships. Responsible Nonmonogamy*, San Rafael CA, 1992.

Angelini, F.: *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007.

Antokolskaia, M.: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford, 2006.

Appleton, S.F.: "Parents by the Numbers", *Hofstra Law Review*, 2008, pp. 11-59.

Atlan, H.: *L'utero artificiale*, Paris, 2005, trad. it., Milano, 2006.

Auletta, T.: "Famiglia ricomposta e obbligo di mantenimento", *Familia*, 2008, p. 194 ss.

Badiali, G.: *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963.

Balistreri, M.: "In merito alle procedure che permettono di correggere le anomalie mitocondriali del nascituro: questioni etiche e prospettive giuridiche", *Riv. Biodiritto*, 2015, 2, pp. 61-79.

Balistreri, M.: *Il futuro della riproduzione umana*, Roma, 2016.

Balistreri, M.: "Perché non è giusto vietare l'accesso alla riproduzione assistita alle donne in menopausa", *Riv. Biodiritto*, 2017, 2, specie pp. 161-163.

Ballarani, G., Sirena, P.: "Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, I, p. 534 ss.

Barba, V.: "L'ordine pubblico internazionale", in AA.VV.: *Fonti, metodo e interpretazione* (a cura di G. Perlingieri, M. D'Ambrosio), Napoli, 2017, p. 409 ss.

Barile, G.: *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969.

Beckerman, J.S., Valentine, P.: *Cultures of multiple fathers: The theory and practice of partible paternity in lowland South America*, Gainesville FL, 2002.

Benvenuti, P.: *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977.

Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Napoli, 1977.

Black, M.D.: "Beyond Child Bride Polygamy: Polyamory, Unique Family Constructions, and the Law", *Journal of Law & Family Studies*, 2006, pp. 497-508.

Boone Dryden, J.: "This Is the Family I Chose: Broadening Domestic Partnership Law to Include Polyamory", *Hamline University's School of Law's Journal of Public Law & Policy*, 2015, pp. 162-188.

Boone, I.: "Co-parenting before conception. The Low Countries'approach to intentional multi-parent families", *Family & Law*, febbraio 2018.

Brandt, R.: "Mitochondrial donation and 'the right to know'", *Journal of Medical Ethics*, 2016, pp. 678-684.

Brandt, R.: "Mandatory sex selection and mitochondrial transfer", *Bioethics*, 2018, pp. 437-444.

Brummett, A.: "Conscience claims, metaphysics, and avoiding an LGBT eugenic", *Bioethics*, 23 aprile 2018.

Buzzelli, D.: *La famiglia 'composita'*, Napoli, 2012.

Caffarena, S.: "L'adozione 'mite' e il 'semiabbandono': problemi e prospettive", *Fam. dir.*, 2009, pp. 398-403.

Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 986 ss.

Cammu, N.: "'Legal Multi-parenthood' in Context: Experiences of Parents in Light of the Dutch Proposed Family Law Reforms", *Family & Law*, luglio 2019.

Carbone, V.: "Corte edu: conflitto tra diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini", *Corr. giur.*, 2013, 7, p. 940 ss.

Carter-Walshaw, S.: "In vitro gametogenesis: The end of egg donation?", *Bioethics*, 23 agosto 2018.

Ceccarelli, E.: "Adozione e diritto del bambino di mantenere i pregressi rapporti significativi", www.minoriefamiglia.it, 2010

Cersosimo, C.: "La multigenitorialità negli ordinamenti giuridici di common law nordamericano", www.rivistafamilia.it, 4 aprile 2019.

Chiappetta, G.: "Anonimato e procreazione medicalmente assistita eterologa", in *Studi in onore di U. Majello*, Napoli 2005, p. 383 ss.

Clark, A.: "Human Primordial Germ Cells Are Specified from Lineage-Primed Progenitors", *Cell Report*, 24 dicembre 2019.

Coleman, S.: *The Ethics of Artificial Uteruses: Implications for Reproduction and Abortion*, Farham, UK, 2004.

Collard, C., Zonabend, F., "Parenté sans sexualité. Le paradigme occidental en question", *L'Homme*, 2013, pp. 29-58.

Collier, V., Collier, J.: *Getting to Baby*, New York, 2011.

Comerci, N., *Lo studio del diritto romano, ovvero le Instituta e le Pandette messe a confronto cogli articoli di tutte le parti del Codice nelle Recitazioni di Eineccio: versione italiana con note*, Napoli, 1830.

Creazzo, T.: "Le novelle di Giustiniano I e di Leone VI sull'eunuchia: interesse politico o filantropia?", *Bizantinistica*, 2007, pp. 159-174.

Crone, P.: *The Nativist Prophets of Early Islamic Iran: Rural Revolt and Local Zoroastrianism*, Cambridge MA, 2012.

Davis, A.D.: "Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, and Bargaining for Equality", *Columbia Law Review*, 2010, pp. 1955-2046.

Dawson, D.: *Cities of the Gods: Communist Utopias in Greek Thought*, Oxford, 1992.

DE SOUZA GARCIA, F.M.: "Multi-parenthood from a Legal, Doctrinal and Jurisprudential Perspective in Brazil: The Recent Decision of the Brazilian Supreme Court on Socio-affective and Biological Paternity", *Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies*, 2017, 1, p. 48 ss.

DE CAMPOS, T.C., MILO, T.: "Mitochondrial Donations and the Right to Know and Trace One's Genetic Origins: an Ethical and Legal Challenge", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2018, pp. 170–183.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La recepción de la kafala en España: especial mención a la kafala marroquí", in AA. VV.: *Insights and proposals related to the application of the European Succession Regulation 650/2012* (a cura di S. LANDINI), *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2019, 1, pp. 43-63.

DEBIASI, E.: "Sull'ectogenesi", *Atti Accademia roveretana degli Agiati*, 1966, *B*, pp. 63-73.

DESAN, S.: "Qu'est-ce qui fait un père? Illégitimité et paternité de l'an II au Code Civil", *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, 4, pp. 935-964.

DI FEDE, A.: *Diritto di famiglia e negozi di convivenza*, Napoli, 2018.

DI MASI, M.: "Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia", *Familia*, 2018, p. 243 ss.

DI SIMONE, V.: "Il dibattito attorno all'ectogenesi: un'analisi quantitativa e qualitativa degli auspici e timori della comunità scientifica", *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 2014, 1, pp. 19-52.

DIMOND, R., STEPHENS, N.: "Three persons, three genetic contributors, three parents: Mitochondrial donation, genetic parenting and the immutable grammar of the 'three X X'", *Health*, 2018, pp. 240–258.

DIMSEY, M.: "Multi-Parent Families in the 21st Century", in AA.VV.: *European Challenges in Contemporary Family Law* (a cura di K. BOELE-WOELKI, T. SVERDRUP), Antwerp-Oxford, 2008, pp. 101-111.

DIVER, A.: *A Law of Blood-ties. The right to access genetic ancestry*, Cham 2014.

ECO, U.: *Il nome della rosa*, Milano, 1980.

EMANUELE, C.F.: "Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano", *Dir. fam. pers.,* 1996, p. 326 ss.

Emens, E.F.: "Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence", *New York University Review of Law & Social Change*, 2004, p. 277 ss.

Emiliozzi, E.A.: "L'adozione da parte di partners di unioni civili", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, p. 799 ss.

Emiliozzi, E.A.: *Il contratto di convivenza nella legge 20 maggio 2016, n. 76*, Milano, 2018.

Evans-Pritchard, E.: *Kinship and Marriage among the Nuer*, London, 1951.

Farina, M.: "L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit… tacuit?", *Pol. dir.*, 2017, 1, pp. 71-96.

Faucon, C.E.: "Polygamy After Windsor: What's Religion Got to Do with It?", *Harvard Law & Policy Review*, 2015, pp. 471-528.

Feraci, O.: *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

Ferrari, F.: "Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA", *Riv. Biodiritto*, 2020, 2 pp. 169-193.

Ferri, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

Firth, R.: *We, the Tikopia: A Sociological Study of Kinship in Primitive Polynesia*, London, 1936.

Fourier, C.: *Le Nouveau Monde Amoureux*, Paris, 1816.

Furgiuele, G.: "La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista?", in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, 1991 II, 1, p. 325 ss.

Gaddie, L.: "Open Adoption", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2009, p. 499 ss.

Giannecchini, I.: "La genitorialità delle coppie omosessuali nell'ordinamento inglese: diritti e doveri secondo la legge e la common law dopo lo Human Fertilisation and Embryology Act 1990-2008", *Genlus*, 2018, 1, p. 101 ss.

Goldberg, A.E.: *Open Adoption and Diverse Families: Complex Relationships in the Digital Age*, Oxford, 2019.

Grasso, A.G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 757-770.

Graves, R.: *I miti greci*, London, 1955, trad. it., Milano, 1963, I, pp. 5-16.

Greely, H.T.: *La fine del sesso. E il futuro della riproduzione umana*, Cambridge MA, 2016, trad. it., Torino, 2017.

Grotevant, H.D.: "Openness in Adoption: Research with the Adoption Kinship Network", *Adoption Quarterly*, 2000, p. 45 ss.

Guarneri, A.: *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974.

Haldane, J.B.S.: *Daedalus; or, Science and the Future. A paper read to the Heretics, Cambridge, on February 4th*, 1923, New York, 1924.

Hamzelou, J.: "Exclusive: World's first baby born with new "3 parent" technique", *The New Scientist*, 27 settembre 2016.

Hanna, J.: "Causal parenthood and the ethics of gamete donation", *Bioethics*, 27 novembre 2018.

Hartland, E.S.: *Primitive Paternity*, London, 1909.

Hayashi, K., & *al.*: "Reconstitution in vitro of the entire cycle of the mouse female germ line", *Nature*, 17 ottobre 2016.

Heineccius, G.G.: *Prelezioni degli elementi di diritto civile secondo l'ordine delle Istituzioni*, trad. it. di Calisti, G.A., Bologna, 1835.

Herbrand, C.: "Co-parenting arrangements in lesbian and gay families: when the 'mum and dad' ideal generates innovative family forms", *Families, Relationships and Societies*, 2017, pp. 449-466.

Hill Collins, P.: "Black Women and Motherhood", in AA.VV.: *Motherhood and Space* (a cura di S. Hardy, C. Wiedmer), New York, 2005, pp. 149-159.

Hume, D.: *Trattato sulla natura umana*, London 1739-1740, trad. it., Roma-Bari 1982.

Imaz, E.: "Same-sex parenting, assisted reproduction and gender asymmetry: reflecting on the differential effects of legislation on gay and lesbian family formation in Spain", *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 24 febbraio 2017.

Joppke, C.: "Multiculturalism by Liberal Law. The Empowerment of Gays and Muslims", *European Journal of Sociology*, 2017, 1, pp. 1-32.

Koktvedgaard Zeitzen, M.: *Polygamy. A Cross-cultural Analysis*, Oxford, 2008.

Lallemand, S.: "Génitrices et éducatrices mossi", in *L'Homme*, 1976, pp. 109-124.

LaViolette, N.: "Dad, Mom — and Mom: The Ontario Court of Appeal's Decision in A.A. v. B.B.", *La Revue du Barreau Canadien*, 2007, pp. 665-689.

Li, Z.K., & *al.*: "Generation of Bimaternal and Bipaternal Mice from Hypomethylated Haploid ESCs with Imprinting Region Deletions", *Cell Stem Cell*, 11 ottobre 2018.

Lonardo, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

Long, J.: "Adozione e Islam. Gli ordinamenti giuridici occidentali e il divieto islamico di adozione", *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2004, pp. 185-202.

Long, J.: "Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 9-15.

Lorenzetti, A.: "Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione", *Riv. Biodiritto*, 2019, 2, pp. 631-644.

MacDonald, M.: *Parenthood and Open Adoption. An Interpretative Phenomenological Analysis*, London, 2016.

Macedo, S.: *Just Married: Same-Sex Couples, Monogamy, and the Future of Marriage*, Princeton, 2015.

Malinowski, B.: *The Family among the Australian Aborigines*, London, 1913.

Malinowski, B.: *The Sexual Life of Savages in North-Western Melanesia*, London, 1932.

Margalit, Y., Levy, O., Loike, J.: "The New Frontier of Advanced Reproductive Technology: Reevaluating Modern Legal Parenthood", *Harvard Journal of Law & Gender*, 2014, pp. 107-139.

Martin, J.: "English Polygamy Law and the Danish Registered Partnership Act: A Case for the Consistent Treatment of Foreign Polygamous Marriages and Danish

Same-Sex Marriages in England", *Cornell International Law Journal*, 1994, pp. 419-446.

Marvel, S.: "The Evolution of Plural Parentage: Applying Vulnerability Theory to Polygamy and Same-Sex Marriage", *Emory Law Journal*, 2015, pp. 2047-2088.

Mattei, U.: "Il poliamore e i beni comuni. Primissime riflessioni", in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiuele*, Mantova, 2017, II, pp. 105-116.

Mazzariol, R.: *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018.

McLean, S.A.M.: "Mitochondrial Dna Transfer. Some Reflections from the United Kingdom", *Journal of Medical Ethics*, 2016, p. 81 ss.

Mead, M.: *Sex and Temperament in Three Primitive Societies*, New York, 1935.

Middleton, K.: "How Karembola men become mothers", in AA.VV: *Cultures of Relatedness: New Approaches to the Study of Kinship* (a cura di J. Carsten), Cambridge UK, 2000, pp. 104-127.

Minervini, S.: *Profili privatistici nella famiglia ricomposta*, Roma, 2014.

Morozzo della Rocca, P.: "Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015", *Fam. dir.*, 2017, pp. 602-612.

Mosconi, F.: "Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 5-14.

Munson, M., Stelboum, J.: *The Lesbian Polyamory Reader: Open Relationships, Non-Monogamy, and Casual Sex*, London, 1999.

Murray, M.: "The Networked Family: Reframing the Legal Understanding of Caregiving and Caregivers", *Virginia Law Review*, 2008, pp. 385-455.

Niccolai, S.: "Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione", *Costituzionalismo*, 2015, 3, III, pp. 1-53.

Niccolai, S.: "Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?", *Giur. cost.*, 2016, 3, pp. 1169-1179.

Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa e dir. priv.*, 2019, 3, pp. 713-780.

Paladin, L.: "Ordine pubblico", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, XII, p. 130 ss.

Palaia, N.: *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974.

Pane, R.: "Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini", in *Dir. succ. fam.*, 2015, pp. 435-455.

Panza, G.: "Ordine pubblico, Teoria generale", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.

Partridge, E.A., & Al.: "An extra-uterine system to physiologically support the extreme premature lamb", *Nature Communications*, 25 aprile 2017.

Perlingieri, G., Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, p. 337 ss.

Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiuele*, Mantova, 2017, I, p. 355 ss.

Piasere, L.: "La terminologia di parentela degli uomini giusti", *Quad. del ramo d'oro online*, 2008, 1, pp. 13-23.

Otto, R.M.: "«Wait 'Til Your Mothers Get Home»: Assessing the Rights of Polygamists as Custodial and Adoptive Parents", *Utah Law Review*, 1991, p. 881 ss.

Radcliffe-Brown, A.R.: "The Mother's Brother in South Africa", *South African Journal of Science*, 1924, pp. 542-555.

Recinto, G.: "La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'", *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, p. 347 ss.

Remotti, F.: "Fare figli, con chi? Tra famiglie e antropo-poiesi", *Anuac*, 2013, pp. 78-87.

Renna, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, pp. 1361-1376.

Rizzuti, M.: "La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori, *Riv. Biodiritto*, 2015, 2, pp. 89-108.

Rizzuti, M.: "Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto", giustiziacivile.com, 12 maggio 2016.

Rizzuti, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016.

Rizzuti, M.: "Maternità surrogata e ordine pubblico", giustiziacivile.com, 9 maggio 2017.

Rizzuti, M.: "Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze 'naturali' allo scenario della 'agenitorialità'", in AA.VV.: *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale* (a cura di S. Niccolai, E. Olivito), Napoli, 2017, pp. 161-172.

Rizzuti, M.: "Che cosa rimane delle potestà familiari?", in AA.VV.: *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca* (a cura di P. Sirena, A. Zoppini), Roma, 2018, pp. 191-215.

Rizzuti, M.: "Ordine pubblico costituzionale e rapporti familiari: i casi della poligamia e del ripudio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, pp. 604-627.

Rizzuti, M.: "Le esclusioni soggettive dalla procreazione assistita nell'odierno contesto ordinamentale", in AA.VV.: *La comunità familiare tra autonomia e riforme* (a cura di D. Carusi) Rimini, 2019, pp. 173-200

Rizzuti, M.: "Omogenitorialità e trascrizione di atti stranieri", *Rivista AIAF*, 2019, pp. 63-79.

Rosani, D.: "Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera", *Riv. Biodiritto*, 2016, 1, pp. 211-239.

Rulli, T.: "The Mitochondrial Replacement 'Therapy' Myth", *Bioethics*, 2017, 5, pp. 368-374.

Sack, P.: "Law, Language, Culture. Verbal Acrobatics and Social Technology", *Journal of Legal Pluralism*, 1998, pp. 15-35.

Sagi, I., Bar, S., Benvenisty, N.: "Mice from Same-Sex Parents: CRISPRing Out the Barriers for Unisexual Reproduction", *Cell Stem Cell*, 1 novembre 2018.

Salaris, C.: *Alla festa della rivoluzione. Artisti e libertari con D'Annunzio a Fiume*, Bologna, 2008.

Salvi, G.: *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018.

Sbiroli, L.S.: *Libertine o madri illibate*, Venezia, 1989.

Schaefer, G.O., Labude, M.K.: "Genetic affinity and the right to '0three-parent IVF"', *Journal of Assisted Reprodution and Genetics*, 2017, pp. 1577-1580.

Sciortino, S.: "Sull'adozione da parte delle donne", *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo*, 2006, pp. 1-40.

Scolart, D.: "Legal Protection of Orphans in Islamic Law: Kafala as a tertium genus between natural family and adoption", in *The kafala and the protection of minors. Reflections after the Second Italian-Moroccan Colloquium on Comparative Law* (a cura di G. M. Piccinelli, A. Borroni), Roma, 2018, pp. 39-45

Segers, S., & Al.: "In vitro gametogenesis and reproductive cloning: Can we allow one while banning the other?", *Bioethics*, 5 settembre 2018.

Shah, R.N., & *al.*: "A bioprosthetic ovary created using 3D printed microporous scaffolds restores ovarian function in sterilized mice", *Nature Communications*, 16 maggio 2017.

Snow, D.: "Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization and Ontario's All Families Are Equal Act", *Canadian Journal of Law and Society*, 2017, 3, pp. 329-348.

Šolc, M.: "Mitochondrial replacement therapy in the light of the Convention on Biomedicine: the outline of a dilemma", *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, Prague, 2018, pp. 280-295.

Stanzione, M.G.: *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010.

Starkweather, K.E., Hames, R.: "A Survey of Non-Classical Polyandry", *Human Nature*, 2012, pp. 149-172.

Strassberg, M.I.: "The Challenge of Post-Modern Polygamy: Considering Polyamory", *Capital University Law Review*, 2003, pp. 439-563.

Strauss, G.: "Is Polygamy Inherently Unequal?", *Ethics*, 2012, pp. 516-544.

Swisher, P.N.: "«I Now Pronounce You Husband and Wives»: The Case for Polygamous Marriage after United States v. Windsor and Burwell v. Hobby Lobby Stores", *BYU Journal of Public Law*, 2015, pp. 299-325.

Telfer, E.E., & Al.: "Metaphase II oocytes from human unilaminar follicles grown in a multistep culture system", *Molecular Human Reproduction*, 2018, 3, pp. 135-142.

Ternaux, C.: *La polygamie: pourquoi pas?*, Paris, 2012.

Tuccari, E.: "Primo via libera della Corte di Cassazione alla c.d. "stepchild adoption" del partner omosessuale: un caso di creativismo giurisprudenziale?", in AA.VV.: *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* (a cura di C. Granelli), Milano, 2017, pp. 33-53.

Tuccari, E.: "L'adozione non può essere sempre 'mite'", di prossima pubblicazione in AA. VV.: *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2020.

Tweedy, A.E.: "Polyamory as Sexual Orientation", *Cincinnati Law Review*, 2011, pp. 1461-1515.

Ungari, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974.

Vazquez, R.A.: "The Practice of Polygamy: Legitimate Free Exercise of Religion or Legitimate Public Menace? Revisiting Reynolds in Light of Modern Constitutional Jurisprudence", *Legislation and Public Policy*, 2001, pp. 225-253.

Vercellone, A.: "Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore", *Riv, crit. dir. priv.*, 2017, p. 607 ss.

Vesto, A.: *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018.

West, C.: *Lesbian Polyfidelity*, San Francisco, 1996.

Westermarck, E.: *The History of Human Marriage*, London, 1891.

Witte Jr., J.: *The Western Case for Monogamy Over Polygamy*, Cambridge MA, 2015; Den Otter, R.C.: *In Defense of Plural Marriage*, Cambridge MA, 2015.

Wringley, A., Wilkinson, S., Appleby, J.B.: "Mitochondrial replacement: ethics and identity", *Bioethics*, 2015, pp 631–638.

Yamashiro, C., & Al.: "Generation of human oogonia from induced pluripotent stem cells in vitro", *Science*, 19 ottobre 2018.

Zeiler, K., Malmquist, A.: "Lesbian shared biological motherhood: the ethics of IVF with reception of oocytes from partner", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 7 gennaio 2014.

EL MENOR COMO SUJETO DAMNIFICADO EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA

THE MINOR AS SUBJECTS DAMNIFIED IN THE HUMAN ASSISTED REPRODUCTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 682-715

María Dolores
CERVILLA
GARZÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Este trabajo aborda la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el proceso de reproducción asistida humana, identificando los sujetos implicados y los distintos criterios de imputación. El menor recibe una atención especial en el mismo por considerarse el principal sujeto perjudicado cuando las técnicas no se aplican correctamente. El tratamiento del tema se realiza desde la consideración de la reproducción asistida como un acto médico y teniendo presente el interés del menor, como principio informador de nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; reproducción asistida humana; menor; daño moral.

ABSTRACT: *This paper addresses civil liability caused in the process of assisted human reproduction, identifying the subjects involved and the different imputation criteria. The minor receives special attention in it as the main injured subject when the techniques are not applied correctly. The treatment of the subject is carried out from the consideration of assisted reproduction as a medical act and bearing in mind the interest of the minor, as an informing principle of our legal system.*

KEY WORDS: *Civil liability; assisted human reproduction; minor; moral damage*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MEDICINA SATISFACTIVA.- II. POSIBLES DAMNIFICADOS Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN.- 1. Los donantes de material genético.- 2. Los usuarios de las técnicas.- A) Daños derivados de una mala praxis en el tratamiento previo a la implantación del ovocito o en dicho proceso.- B) Daños derivados del incumplimiento de la obligación de información.- C) Daños por la imposibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida.- D) Indemnización a los progenitores por pérdida de embriones.- III. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS DAÑOS OCASIONADOS AL MENOR.- 1. Daños generados por una mala praxis.- 2. Daños ocasionados por errores en el proceso de fecundación e implantación de embriones.- 3. Daños producidos en el screening genético preimplantacional.- IV. REFLEXIÓN FINAL: LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE LOS HIJOS CONCEBIDOS POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA A CONOCER SUS ORÍGENES: EL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA DE 15 DE ENERO 2020.

I. INTRODUCCIÓN: REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MEDICINA SATISFACTIVA.

Es un hecho que las técnicas de reproducción asistida, en la actualidad, son una forma más de acceder a la paternidad/maternidad, habiendo pasado en pocos años de la excepcionalidad a la normalidad[1]. El número elevado de tratamientos dispensados en nuestras clínicas y hospitales así lo acredita[2], siendo España uno de los países que encabeza el ranking europeo. Dicha implantación en la vida de los ciudadanos de manera frecuente y habitual, presenta, además, una clara tendencia al alza, lo que supone, del mismo modo, un incremento en la posibilidad de que, de las mismas, tengan lugar daños no deseados por los intervinientes.

De entre los grupos de personas potenciales damnificados, es el menor de edad, identificado con el recién nacido, el principal perjudicado cuando tienen lugar errores o *mala praxis* en el uso de las técnicas que se ubican en el origen de

1 Alkorta Idiakez, I: ""La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, núm. 2179, pp. 65 y ss., concretamente en la p. 69, apunta el dato de que uno de cada diez embarazos en Europa y América se originan por técnicas de reproducción asistida.

2 De acuerdo con los datos en reproducción asistida que figuran en la base de datos del Registro Nacional de Actividad de la Sociedad Española de Fertilidad, correspondientes al año 2017, al que hemos accedido de manera indirecta, pues se publicó en la prensa del mes de octubre 2019, en nuestro país se realizó en el citado año un total de 140.941 tratamientos de fecundación *in vitro* y 40.177 inseminaciones artificiales. *Vid.* https://www.vozpopuli.com/sanidad/fertilidad-tratamientos-reproduccion-asistida-Espana_0_1292271858.html

• María Dolores Cervilla Garzón
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: dolores.cervilla@uca.es
http://orcid.org/0000-0001-8221-9222, http://www.researcherid.com/rid/H-7070-2016, https://scholar.google.es/citations?user=GLJmMK8AAAAJ&hl=es

su existencia. Básicamente, porque su voluntad no ha sido tenida en cuenta en el proceso que ha provocado el daño, a diferencia de otros sujetos (donantes y usuarios) que han consentido a participar en el mismo, previa información de los riesgos que ello le comportaba. En otras ocasiones, sin embargo, el daño pudiera tener su causa en la propia ley. Ello sucede cuando el niño ha sido gestado para atender necesidades terapéuticas de un tercero, se le impide el conocimiento de la identidad de sus progenitores o, simplemente, se le niega la posibilidad de tener un progenitor por ser su concepción la cristalización del deseo único de su progenitora de ser madre (bien accediendo a la inseminación con material de un donante, bien haciendo uso del material de su esposo fallecido, siempre que concurran los requisitos previstos en la norma). Los daños aludidos, por razone obvias, no pueden ser calificados como anti jurídicos y, por consiguientes, no generan un derecho a ser reparados por los causantes. Sin embargo, dicha circunstancia (con claras repercusiones jurídicas) no debe ser un obstáculo para soslayar el debate desde la óptica de los derechos del niño, como persona, y sujeto internacionalmente protegido. Quizás porque el panorama pudiera ser distinto si algunas de las críticas se atendieran en una futura reforma legislativa. Máxime tras el Informe del Comité de Bioética de15 de enero de 2020[3] que se ha expresado con rotundidad sobre los derechos de los niños concebidos por técnicas de reproducción humana a conocer sus orígenes, contradiciendo a lo establecido por el legislador patrio.

Con carácter previo al inicio de este discurso, quisiera manifestar que no es mi intención entrar (ni siquiera bordear) el componente ético que sobrevuela y, en muchas ocasione, tiñe los argumentos vertidos para defender la existencia o no de daño o la posible imputación de los mismos; pues, en muchas ocasiones, se presentan como pretendidamente jurídicos cuando, en verdad, son juicios morales disfrazados. Me moveré, pues, solo y exclusivamente en el ámbito del Derecho, aceptando únicamente como valores morales los que se encierran en preceptos constitucionales, elevados, en su virtud, al rango de derechos supremos que deben ser atendidos siempre por el legislador y por los aplicadores de las normas.

Partiendo de los estudios previos de la doctrina[4], el objeto de este trabajo consiste en ofrecer al lector una mirada amplia y crítica de los conflictos que versan

3 http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf

4 Entre otras, *vid.* Alkorta Idiakez, I: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003; Bustos Pueche J.E: *El derecho civil ante el reto de la nueva genética,* Dykinson, Madrid, 1996; Cárcaba Fernández, M.: *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana,* Bosch, Barcelona, 1995; Díaz Martínez, A.: coordinadora obra colectiva Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*: el proceso legal de reformas,* Dykinson, Madrid 2006; Farnós Amorós, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones,* Atelier, Barcelona ,2011; Jiménez Muñoz, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico,* Editorial Reus, Madrid, 2012; J.J. Iniesta Delgado y J.A. Cobacho Gómez: coordinadores de la obra colectiva *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida,* Cizur Menor -Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007; Moro Almaraz, M.J.: *Aspectos civiles de la inseminació*n artificial y la

sobre la reclamación de indemnización por daños sufridos por los menores que se han planteado por la doctrina y/o por la jurisprudencia nacional o extranjera, o que pudiera plantearse en el futuro, comentando críticamente las soluciones ofrecidas desde el Derecho o aventurando otras (en algunos casos no exentas de controversia).

Nuestro país dispone de un marco legislativo correctamente definido (Ley 35/1988 de 22 de noviembre[5], modificada por la actualmente en vigor 14/2006 de 26 de mayo) que fue, en su día, avanzado, pues ya en 1988 la normativa española era una de las más moderna de los países de nuestro entorno, reconociendo, por ejemplo, el derecho a ser madres a las mujeres solas, sin necesidad de pareja que consintiera el uso de las técnicas[6], o valiéndose del material genético del marido fallecido, en los casos previstos en el art. 9.2 LTRA[7]. Dicha modernidad en orden a una mayor flexibilidad y permisividad se mantiene en la actualidad, lo que incrementa la cifra de usuarias con un importante número de extranjeras que acuden a nuestro país para acceder a las técnicas que no está dentro de los supuestos permitidos en sus países de origen[8].

fecundación "in vitro", Bosch, Barcelona, 1988; Vidal Martínez, J.: *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español,* Cívitas, Valencia, 1988. Más recientemente, De Verda Beamonte, J.R. realiza un interesante y crítico análisis de la LTRA, en "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della familia,* 2018, vol. IV, núm. 1, pp. 301 y ss.

5 Su constitucionalidad es cuestionada por Pantaleón Prieto, A.F., "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15, pp. 129 y ss.; "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia,* 1988, núm. 5, pp. 19 y ss. y "Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida" en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan,* 1989, pp. 641 y ss. No obstante, el Tribunal Constitucional en sentencia 116/1999 de 17 de junio (BOE núm. 162 de 8 julio 1999) declaró su adecuación al marco constitucional.

6 Art. 6.º LTRA 1988: "1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.2. La mujer que desee utilizar estas técnicas de Reproducción Asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada." Art. 6 LTRA 2006: "1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.2. 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."

7 "2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el art. 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas".

8 El 10% de los tratamientos se ha realizado a mujeres extranjeras, siendo España el destino preferido por el 40% de usuarios que decide someterse a estas técnicas en países distintos del de su domicilio (lo que se conoce como "turismo reproductivo"), habiéndose incrementado un 14% el número con relación al año anterior. De ellas el 47% es de origen francés y el 20% proviene de Italia, país, este último, con una de las legislaciones menos permisiva de Europa en esta materia. *Vid.* fuente nota al pie núm. 1.

Con carácter previo, se hace del todo necesario establecer el régimen jurídico de responsabilidad civil aplicable a cualquier reclamación de daños acaecidos en el ámbito de la reproducción asistida. Pues el menor es un perjudicado más cuya pretensión debe escenificarse en el espacio común que a tal efecto se construye en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello, debe ser la LTRA el primer foco donde recabar nuestra atención, y, concretamente, en las reglas contenidas en los arts. 24 y 25. Así, el art. 24.2 LTRA, en orden a las infracciones de la norma que pudieran originarse, deja a salvo "las responsabilidades civiles…" que puedan concurrir con las sanciones administrativas que la LTRA expresa. La referida norma se completa con una especialidad contemplada en el art. 25 LTRA[9] sobre la responsabilidad de los autores, llevando a cabo una presunción de solidaridad *ex lege* ligada, no a la concurrencia de más de un autor (supuesto ya conocido en la jurisprudencia y llamado por la doctrina "solidaridad impropia"), sino a la atribución por parte de la LTRA del cumplimiento de una determinada obligación a más de una persona.

Ante la escasa especialidad de la LTRA por la remisión al régimen general, procede, a continuación, concretar las reglas que lo integran y que constituirán el andamio sobre el que construir normas más especiales, que sirvan para sustanciar o negar indemnizaciones por daños no deseados y producidos en la aplicación de las técnicas. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten diferentes regímenes de responsabilidad por daños, de acuerdo con las peculiaridades de la acción u omisión de las que traen causa, por lo que se hace preciso subsumir la actividad que nos ocupa en alguna de estas categorías. Tampoco es esta una tarea ardua, pues es más que evidente que estamos frente a un acto médico de los pertenecientes a la llamada medicina satisfactiva o voluntaria, lo que, de entrada, supone su subsunción en el supuesto de hecho regulado por la Ley 41/2002 de autonomía al paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Un acto médico de tales características comporta, además, una serie de peculiaridades en la aplicación de las reglas de cumplimiento; a saber, la obligación de información de los facultativos es mayor, alcanzando a los riegos atípicos, y se exige una diligencia también un grado más elevado, aproximando en algunos casos, la obligación de medios asumida a la de resultados. La jurisprudencia, en este punto, es unánime y aplica las reglas sobre las que se diseña la responsabilidad de los facultativos cuando realizan actividades médicas

9 Art. 25: "De las diferentes infracciones será responsable su autor. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se comentan y de las sanciones que se impongan. De conformidad con lo previsto en el art. 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos."

no curativas a la hora de establecer posibles responsabilidades indemnizatorias derivadas de técnicas de reproducción asistida[10]

Partiendo de estos mimbres, podemos afirmar que, generado un daño, el perjudicado (donante, usuarios o menor) puede entablar acciones de responsabilidad extracontractual, en el marco de los arts. 1902 y 1903 del CC (si el acto médico tuvo lugar en un hospital privado), o según los arts. 32, 1 y 2 de la Ley 40/2015 LRJSP (si lo fuera en un centro público), debiendo probar, en ambos casos, el daño, la falta de diligencia de los facultativos y el nexo causal. Asimismo, y como contrato de prestación de servicios, se encuentra también legitimado de acuerdo con los arts. 1544, 1101 y 1104 del CC, asumiendo la carga de la prueba de la existencia del contrato, el daño y la falta de diligencia del facultativo, como consecuencia de la obligación de medios que deriva de dicha relación contractual. En ambos supuestos, y dada la cualidad de consumidor del sujeto afectado, podría acudirse a su normativa protectora, en particular a los arts. 135 y ss. del TRLCU, que establecen la responsabilidad patrimonial por producto defectuoso, o a los arts. 147 y ss. de la citada norma, en relación a los servicios defectuosos. No obstante, ya adelanto que el material genético carece de la consideración de producto defectuoso a los efectos de la ley, por lo que no se tendrán en cuenta las reglas de la citada ley a los efectos de establecer la responsabilidad por daños. En orden a los servicios defectuosos, los sanitarios sí encuentran cobijo en la normativa protectora de los consumidores[11], aunque, conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, estos se circunscriben "a los aspectos funcionales de dicho servicio, es decir, a los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos"[12]. Todo ello sin olvidar la regla especial del art. 25 LTRA sobre responsabilidad solidaria cuando la actividad se encuentra asignada por la ley a varios sujetos.

10 Por ejemplo, la SAP Álava 18 de febrero 2008 (VLEX 38598855), califica la relación jurídica como un arrendamiento de servicios ("Y ello en razón a que la relación de arrendamiento de servicios que unía a las partes se enmarca en una intervención compleja de fertilidad, consistente en la práctica de una punción, en la que se extraen óvulos que después son implantados previa su fertilización in vitro"), en orden a fijar la obligación de información sobre el precio cierto, aplicando para ello, la normativa sobre consumidores que así lo exige. La SAP Asturias 10 noviembre 2017 (VLEX 699887013) articula sus argumentos sobre la base de las particularidades de la medicina satisfactiva para establecer la responsabilidad de los facultativos que llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida. Se incluye en dicho pronunciamiento afirmaciones clásicas sobre la aproximación a la obligación de resultado o un mayor rigor en el contenido de la obligación de información debida. No obstante, es el fallo es desestimatorio de la pretensión resarcitoria, por no acreditarse la conexión entre el daño sufrido por la paciente y las técnicas aplicadas.

11 Asua González, C.: "Responsabilidad civil derivada del uso de técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. Díaz Martínez), Dykinson, Madrid 2006, pp. 103 y ss. concretamente pp. 111-112 argumenta sobre la consideración de los servicios sanitarios como servicios defectuosos en el marco de la normativa protectora de los consumidores.

12 STS 23 octubre 2008 (VLEX 50693580), y sentencias citadas en el FD Quinto.

II. POSIBLES DAMNIFICADOS Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN.

Una vez definidos los parámetros que sostienen el régimen general, llegado a este punto, se hace preciso identificar todos los posibles sujetos damnificados, en la medida que estos marcarán el tipo de responsabilidad y el cauce indemnizatorio. Asimismo, esta forma de proceder nos permite alejarnos de cuestiones morales o éticas, pues dado que el preembrión no es persona y, por tanto, carece de la condición de sujeto de Derecho, defender su cualidad de potencial damnificado solo podría hacerse desde el campo de la filosofía. En cualquier caso, las posibles reclamaciones se articularían sobre la legitimación activa de los titulares de dicho material genético, la mujer o la pareja progenitora, pues, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, es su consentimiento el que debe existir para establecer su destino (fines reproductivos o de investigación)[13] .

Excluido pues el preembrión, y antes de entrar a analizar la situación jurídica del menor, como sujeto perjudicado, vamos a dedicarnos, brevemente, a analizar la situación de otros sujetos, eventualmente lesionados en el proceso de reproducción asistida en cualquiera de sus fases: los donantes del material genético y los usuarios, entendiendo por estos últimos no sólo a la mujer receptora y gestante sino también a su pareja.

1. Los donantes de material genético.

Este grupo de posibles damnificados lo integran los donantes de material genético, tan indispensables para la implementación de las técnicas a efectos procreativos cuando se practican en mujer sola, en pareja de mujeres o en parejas heterosexuales que no quieren o no pueden valerse de su material reproductor.

Su intervención, si bien es esencial para poder llevar a cabo las técnicas con fines reproductivos en los supuestos indicados, es muy puntual y pocos daños pudiera acarrearles su participación en el proceso. Pues, si bien la extracción del material conlleva un riesgo, como cualquier intervención médica, si de la misma se generan daños a la persona, la acción indemnizatoria carecería de especificidad derivada de su finalidad y se sustentaría acudiendo a las reglas generales de responsabilidad médica (teniendo presente que este acto médico pertenece a los llamados de medicina voluntaria o satisfactiva).

Sin embargo, en el ámbito de la LTRA se imponen tres obligaciones concretas al centro hospitalario donde se practica la donación, de cuyo incumplimiento responde este frente al donante de manera objetiva por daño moral. A saber, la

13 A esta conclusión llegamos desde la interpretación de los arts. 11 y ss. LTRA.

obligación de información previa a la formalización del contrato (art. 5.4 LTRA)[14], la obligación de confidencialidad que garantiza el anonimato (art. 5.5 LTRA)[15] y la obligación de no hacer uso de su material genético en más de seis ocasiones (art. 5.7 LTRA)[16]. En este último supuesto, no obstante, el centro hospitalario quedaría exento de indemnizar si el donante ha incumplido su obligación previa de informar en los términos expresados en la Ley.

2. Los usuarios de las técnicas.

Los usuarios de las técnicas de reproducción asistida, entendidos en un sentido amplio, que incluya a la pareja de la gestante, (si interviene en el proceso consintiendo de cualquiera de las formas previstas en la norma), pueden ser damnificados en distintas fases o momentos del tratamiento. Dada su complejidad, las etapas que integran y los sujetos intervinientes, el abanico de daños potenciales es muy amplio y complejo. A fin de ordenar el discurso, y facilitar al lector su recorrido por los supuestos posibles y probables de daños patrimoniales y morales que puedan acaecer, hemos decidido agruparlos en tres categorías de acuerdo con los criterios que, a continuación, se relacionan

Con carácter general, debemos partir de la premisa de que para que exista obligación resarcitoria es necesario que se constate un incumplimiento de las prescripciones legales y/o que la acción u omisión que genera el daño sea imputable a los sujetos causantes o intervinientes. No obstante, según el tipo de daño, la causa que los genera o el momento del proceso en que se produzca, la responsabilidad del sujeto o sujetos causantes será diferente o, simplemente, es posible que no exista.

A) Daños derivados de una mala praxis en el tratamiento previo a la implantación del ovocito o en dicho proceso.

Cualquier daño físico o moral que sufra la gestante en el proceso de implantación del ovocito y, en su caso, en la extracción del material genético, o el de su pareja

14 "4. 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. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad"

15 "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"

16 "7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones. Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante."

si para la fecundación se cuenta con su material genético, no ofrece ninguna especialidad que lo aparte de las medidas resarcitorias que el ordenamiento jurídico otorga para reparar los daños que tengan lugar en la ejecución de actos médicos voluntarios. En este sentido, y como hemos adelantado en párrafos precedentes, estas reclamaciones son resueltas por nuestros tribunales sobre la base de exigir una mayor diligencia que la que se precisa en la medicina curativa, por lo que el campo de la responsabilidad del facultativo o facultativos es mayor. Ello no exime al perjudicado, sin embargo, de la carga de la prueba del daño, de la culpa del agente y del nexo de responsabilidad, como es sabido. Un ejemplo de mala *praxis* típica, que tuvo lugar en un proceso de reproducción asistida, y que fue tratado por los tribunales de manera habitual, sin que fuera necesario acudir a regla alguna especial, es el que dio lugar a la SAP Barcelona 21 diciembre 2018[17]. En la citada resolución, el Tribunal condena a indemnizar a la perjudicada por haberse omitido una prueba médica, lo que generó daños importantes, que se hubieran evitado si se hubiese actuado de acuerdo con la *lex artis ad hoc.* Quedó acreditada en el pleito la necesidad de haber realizado la prueba diagnóstica, pues forma parte del protocolo normal de actuación antes de iniciarse el tratamiento, así como el nexo causal entre dicha actuación negligente y el resultado dañoso, que no es otro que el padecimiento de una grave enfermedad con importantes consecuencias para la salud del paciente[18].

La anterior afirmación, no obstante, no puede ser excusa para no referirnos a supuestos concretos de daños típicos de la reproducción asistida que se generan por las particularidades de la técnica, así como de las actividades complejas que deben sucederse para alcanzar el fin perseguido.

Si el daño ocasionado tiene lugar por la transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados por ovocitos de distintas mujeres o sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles, por estar ambas acciones tipificadas en los arts. 6, 8 y 26 c, LTRA, su conculcación provocaría la responsabilidad objetiva de los intervinientes. Igualmente, si el nacido presenta características fenotípicas completamente diferentes de sus progenitores ello supondría la vulneración del art. 6.5 LTRA[19], que conllevaría la responsabilidad objetiva del causante. En todos estos casos, la obligación que pesa sobre los sujetos es de resultado, de tal manera que, constatado el hecho aludido, nace la obligación de reparación del daño, sin

17 SAP Barcelona 21 diciembre 2018 (JUR 11844, 2019)

18 STS 23 octubre 2008 (VLEX 50693580), con idéntica técnica, desconecta del acto médico de la inseminación artificial, los posibles daños que pudieran generarse durante el posterior embarazo y parto. En el supuesto de Autos, se pretendía aplicar los parámetros de la cirugía satisfactiva, más rigurosos en orden a fijar la responsabilidad de los facultativos, para establecer la responsabilidad por el fallecimiento en el parto de una mujer cuyo embarazo tuvo lugar por inseminación in vitro. Que solo pudiera tener lugar si los daños tuvieran como causa dicha técnica, no porque el embarazo así se hubiera producido.

19 "En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora"

que pueda alegarse diligencia por parte de los profesionales, habida cuenta el resultado de su actividad. De estos supuestos concretos, en la medida que el menor también se ve afectado, nos ocuparemos con mayor detenimiento en el epígrafe siguiente de este trabajo.

Finalmente, quisiera abordar un caso muy concreto tal cual es la posible responsabilidad civil por falso *screening* positivo realizado en el preembrión y que tiene como consecuencia desecharlo y no proceder a su implantación[20]. El daño se extiende, principalmente, a los usuarios, al cercenar su autonomía reproductiva por verse despojados, en ese momento, de la posibilidad de concebir. También, y si existiera un tercero beneficiario por tratarse de un caso de los llamados "bebes medicamentos", el perjuicio se concreta en privarle, momentáneamente, del beneficio que su concepción le reportaría[21]. El supuesto aludido debe encuadrarse dentro de la responsabilidad por diagnósticos erróneos[22] que, incluso, ha dado lugar a algún pronunciamiento jurisprudencial[23]. Estamos frente a un supuesto de responsabilidad subjetiva, debiendo acreditarse la falta de diligencia que convierta en imputable el error. Tal y como concluye, tras un interesante, novedoso y pionero estudio, Macía Morillo, haciendo nuestras sus palabras y reflexiones: "los únicos sujetos que podrán reclamar una indemnización por ello, superados los obstáculos de prueba ya referidos desde el principio, serán la usuaria o usuarios de las técnicas de reproducción asistida en cuyo transcurso se haya producido el error…podrán exigir una compensación por la lesión de su libertad de procreación y, en su caso, por el daño moral como la angustia y repercusión anímica.."

B) Daños derivados del incumplimiento de la obligación de información.

Conforme al régimen jurídico pergeñado en la vigente LTRA que se acomoda al marco general 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 documentación clínica, el derecho a ser informado de los usuarios puede observarse desde una doble perspectiva. De un lado, el derecho a la información sanitaria que se extiende durante todo el proceso médico y del que es titular cualquier paciente. En esta vertiente, el derecho de información no se agota en un momento puntual concreto, y se caracteriza porque su contenido viene marcado por las vicisitudes del acto médico, las exigencias de la buena fe y los parámetros de la *lex artis*. La LAP establece un contenido mínimo a la información

20 Se lo cuestiona y resuelve Macía Morillo, A.: "El problema de la responsabilidad por falsos positivos en el diagnóstico genético preimplantacional", *Revista Derecho y Genoma Humano,* 2018, *núm. 49*, pp. 101 y ss.

21 Cifra. nota anterior p. 107.

22 Seuba Torreblanca, J., Ramos González, S. y Luna Yerga, A.: en, quizás, el primero de los trabajos sobre la materia, "Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades", *InDret*, 2002, núm. 3, pp. 1 y ss.

23 STSJ Andalucía 30 junio 2003 (JUR 242028, 2003)

debida, al disponer que ésta debe extenderse "a la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias" (art. 4.1 LAP). La LTRA precisa y añade algunos aspectos a este derecho de información general, pues en el art. 3.3, se indican los siguientes contenidos obligatorios de la información debida: jurídicos[24], éticos, biológicos y económicos[25].

De otro, la información debida debe ser la necesaria para la emisión del consentimiento informado, requisito previo al inicio del acto médico y que en esta materia presenta una especial trascendencia jurídica, en la medida que actúa como causa de atribución de la filiación del hijo para la pareja de la usuaria. Cuando la información es necesaria y previa a la emisión del consentimiento escrito del enfermo, se detiene el art. 10.1 LAP en limitar el contenido mínimo a los riesgos que la ley se refiere: de una parte, a los riesgos normales, y de otra, a los riesgos personales. Estos últimos comprenden aquellos riesgos que la intervención puede causar a ese sujeto como sujeto individual, que tiene unas circunstancias personales y profesionales propias que, a veces, pueden generar riesgos que en otra persona no se producirían[26]. A estas pautas generales se deben añadir las precisiones de la LTRA, que establece en su art. 6.2 que la información debe incluir "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". Finalmente, no podemos obviar la naturaleza de las técnicas de reproducción asistida como acto médico no curativo, pues dicha circunstancia es relevante en orden a precisar el contenido de la obligación de información. Es doctrina consolidada[27] la distinción entre riesgos típicos (aquellos que es posible acaezcan como consecuencia del acto médico por ser inherentes al mismo, incluyendo a lo que puedan calificarse como graves, sea éste un tratamiento o una intervención) y riesgos atípicos (entendido como los que se suceden muy ocasionalmente y que no son inherentes pero pudieran suceder, así como las posibilidades de alcanzar el

24 Como bien apunta, Iglesias Monje, I.: "Pérdida irreparable de preembriones crioconservados y daño moral de la viuda", *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1943 y ss. concretamente en la p. 1955 la información jurídica debida en el ámbito de la fecundación *post mortem,* obliga a los facultativos a incluir el plazo de caducidad de doce meses del art. 9 LTRA para hacer uso del material genético del esposo fallecido por la viuda.

25 "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 faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica"

26 "1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones."

27 Por todos, Santos Morón, M.J.: "La responsabilidad médica (en particular en la medicina "voluntaria"): Una relectura desde el punto de vista contractual", *InDret,* 2018, núm. 1, pp. 1 y ss. concretamente la cita es a las pp. 30 y 31; y Trigo García, B.: "La obligación de información de los profesionales médico-sanitarios y la responsabilidad por eventos adversos", *Derecho y salud*, 2013, vol. 23, núm. Extra 1, pp. 169 y ss. concretamente la cita es a la p. p. 173

resultado pretendido), para afirmar que la información debe versar sobre ambos si la finalidad del acto es meramente satisfactiva o estética. En consecuencia, la responsabilidad de los obligados es mayor en este último caso, por ser más amplio el contenido de lo debido.

La diferenciación entre ambas manifestaciones de la obligación de información, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, se justifica por gozar de naturaleza y efectos distintos. Así, cuando la obligación de información se extiende antes y durante todo el tratamiento e intervención, su infracción supone una vulneración de los deberes que asume el facultativo, dimanante de la diligencia asumida de acuerdo con el parámetro de la *lex artis* y originando la consabida obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. En cambio, cuando la obligación de información es requisito previo para la emisión de un consentimiento informado, el incumplimiento conlleva la invalidez del consentimiento emitido[28].

Nuestros Tribunales se han pronunciado en alguna ocasión sobre la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información[29]. Pero en todos esos conflictos, al mismo tiempo, existían daños al menor, por lo que el tratamiento de dichas resoluciones judiciales tendrá lugar más adelante en el espacio reservado en este discurso al menor como sujeto damnificado. No siempre se muestran proclives nuestros Tribunales a conceder indemnizaciones por incumplimiento de la obligación de información en el ámbito de la reproducción asistida. Desde otra posición, la SAP Murcia 13 marzo 2018[30], en cambio, entiende que no ha tenido lugar una infracción de la obligación de información por parte de la clínica de fertilidad que publicita sus servicios garantizando el 100% del éxito de sus procedimientos (con devolución del importe pagado si así no fuera), pues en el consentimiento informado suscrito no se expresaba de igual forma[31].

C) Daños por la imposibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida.

Para finalizar este recorrido sobre la responsabilidad por los daños que pudieran sufrir los usuarios de las técnicas, aludiremos aquellos que se originan como consecuencia de no poder acceder a ellas por cualquier motivo.

Aunque el TEDH que se ha manifestado en alguna ocasión para resolver conflictos generados como consecuencia de la negativa a acceder a las técnicas de reproducción asistida producida en distintos países de Europa, el análisis de

28 Así, Femenía López, P.: "Nuevos perfiles jurídico del acto médico: responsabilidad derivada del *screening* genético", cit. 172.

29 Me estoy refiriendo a STSJ Galicia 7 junio 2008 (JUR 334532, 2008) y SAP Valencia 30 marzo 2016 (VLEX 648153029)

30 SAP Murcia 13 marzo 2018 (VLEX 727841133)

31 SAP Madrid 12 junio 2015 (VLEX 579146918) también desestima la pretensión indemnizatoria sobre la base de la infracción del deber de información.

este epígrafe, al igual que los precedentes, se va a residenciar, únicamente, en el Derecho español. Sin orillar el hecho de que este tema goza de implicaciones internacionales, también lo es que nuestra normativa es ciertamente más avanzada que la de los países demandados por sus nacionales, por lo que algunos de los pleitos suscitados ante el TEDH no se hubieran nunca planteado en España por estar resueltos expresamente en nuestras normas[32].

Nuestros Tribunales se han pronunciado en múltiples ocasiones sobre la viabilidad del reembolso solicitado por los padres de intención que, ante la negativa de la sanidad pública de atender su petición de gestación por medio de la reproducción asistida, recurren a la sanidad privada, con el consiguiente daño patrimonial que pretenden les sea resarcido.

En este caso, el régimen de responsabilidad se articula sobre el art. 1902 del CC, pues no existe, como en otros supuestos analizados, ninguna relación contractual sobre la que sustanciar una acción indemnizatoria. Efectivamente, la obligación tiene su causa en la omisión de un *facere,* tal cual es la prestación de un servicio sanitario. Ahora bien, para que surja la obligación resarcitoria es necesario que exista antijudicidad del daño, pues si la omisión se encuentra normativamente justificada, no procede la reclamación. Este es el eje sobre el que se sustancian los fallos habidos, en su mayoría desestimatorios, dilucidando conflictos que versan sobre la reclamación de los gastos generados como consecuencia del acceso a técnicas de reproducción asistida en centros privados ante la negativa de los centros públicos.

32 Relacionamos, a continuación, los pronunciamientos más significativos del TEDHA. En el caso Evans c. Reino Unido, 10 abril 2007 (asunto 6339/05, Sec. 4ª 7.3.2006, conf Gran Sala 10.4.2007), el TEDH confirma que no pueden implantarse los preembriones si no existe el consentimiento de ambos progenitores, poniendo fin a un litigio en el que la mujer solicitaba su implantación, a lo que se negaba el varón, revocando un consentimiento previo debido a la ruptura conyugal. En el caso Dickson c. Reino Unido, 4 diciembre 2007 (asunto 44362/04, Sec. 4ª 18.4.2006, rev. Gran Sala 4.12.2007) se condena a Reino Unido por impedir el acceso a las técnicas a una mujer casada con un recluso, siendo esta la única posibilidad de ser padres estimando que la negativa vulnera el art. 8 del Convenio. En el caso S.H. y otros c. Austria (asunto 57813/00, Sec. 1ª 1.4.2010, rev. Gran Sala 3.11.2011) se discutía si la Ley 275/1992, que regula las TRA en Austria e impide el acceso a esperma y a óvulos donados para la práctica de FIV, era conforme al Convenio, a lo que el Tribunal falla condenando al Estado austriaco pues "el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso de las TRA para conseguirlo forma parte del art. 8 del Convenio, puesto que se trata de una elección que es claramente una expresión de la vida privada y familiar". Siguiendo con el *iter,* el 28 agosto 2012, caso Costa y Pavan contra Italia, (TEDH 2012, 72), el TEDH condena a Italia a indemnizar a unos padres de intención por no haber podido acceder a las técnicas porque la legislación italiana solo lo permite para concebir hijos sanos a parejas estériles o a aquellos en las que el varón es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual. Los demandantes eran portadores de enfermedad genética cuya una posibilidad de ser padres de hijos sanos es fecundarlos por medio de reproducción asistida y acudir al diagnóstico genético preimplantacional para implantar solo preembriones sanos. El Estado italiano, conforme al contenido de la LTRA, le impedía acceder al diagnóstico del preembrión por no encontrarse dentro de los parámetros de la Ley. Estima el TEDH que ha existido violación del art. 8 del Convenio, pues dicha denegación al acceso a las técnicas de reproducción asistida afecta a la vida privada y familiar de los demandantes. Finalmente, la sentencia en el caso Nedescu contra Rumanía, 16 enero 2018 (JUR 67267, 2018), en la que se condena al Estado rumano a indemnizar a los demandantes a los que se le había impedido acceder a los embriones, previamente confiscados, depositados en una clínica para concebir un nuevo hijo. *Vid.* Farnos Amorós, E.: "La reproducción asistida ante el TEDH: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", *Revista de Bioética y Derecho,* 2016, núm. 36, pp. 93 y ss., concretamente la cita es a las pp. 97-101; y Lamm, E.: "La custodia de embriones en la jurisprudencia del TEDH. A propósito del caso Evans contra Reino Unido", pp. 195 y ss.

El concepto de "urgencia vital" consolidado normativamente y objeto de doctrina jurisprudencial[33] se convierte en la clave para desestimar el reintegro de las cantidades abonadas a centros privados cuando sea ha negado el acceso a las técnicas aplicando los centros públicos la normativa que prioriza a unos sujetos frente a otros[34], o bien, se ha previsto una demora por haber sido incluidos en una larga lista de espera. La STSJ Madrid 25 enero 2012[35] entra a valorar los criterios sobre los que se le deniega a una pareja el acceso a las técnicas de reproducción asistida por ser ya padres de un hijo sano, estimando que no procede el reembolso solicitado por no poder ser calificado como "antijurídico" dicho daño patrimonial.[36]

33 Para su definición nos remitimos a la STS 16 noviembre 2009 (VLEX 211687595) que dice al respecto: "Aplicando la doctrina anteriormente consignada el recurso ha de ser rechazado, ya que en el supuesto examinado no concurre la 'urgencia vital', entendida en el amplio sentido interpretado por la Sala en consonancia con el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud, art. 43.1 de la Constitución, que no se refiere únicamente al peligro de muerte inminente, sino también a los supuestos de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. En efecto, la cuestión controvertida, el derecho al reintegro de los gastos ocasionados por la realización de un diagnóstico genético en la sanidad privada, a fin de que, a la vista del mismo, la Sanidad Pública realizara a la beneficiaria el tratamiento de reproducción asistida, no reviste carácter de urgencia vital pues, ni supone peligro de muerte inminente, ni de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona por lo que la sentencia recurrida no vulnera las previsiones contenidas en el art. 5 del Real Decreto 63/1995 (aplicable por razones cronológicas). Articulado el recurso sobre la infracción de los arts. 15, 39 y 43 de la Constitución Española, 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero y 4.3 del Real Decreto 1030/06, de 15d e septiembre, siendo los dos últimos preceptos los que desarrollan el mandato Constitucional de protección de la salud, ha de concluirse que la sentencia recurrida no ha infringido ninguno de los preceptos denunciados. Hay que señalar, en primer lugar, que el Real Decreto 1030/06, de 15 de septiembre no resulta de aplicación al caso, atendiendo a la fecha en la que la hoy recurrente se sometió a las técnicas de reproducción asistida, con realización previa del diagnóstico genético preimplantatorio. En cuanto a la denunciada vulneración del art. 5.3 del Real Decreto 63/1995 de 20 de enero, ha de correr igual suerte desestimatoria. En efecto, dicho precepto prevé el reembolso de los gastos sanitarios originados fuera del Sistema Nacional de Salud, en los casos de asistencia sanitaria, urgente, inmediata y de carácter vital, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios del citado Sistema Nacional de Salud y que la utilización de servicios ajenos no constituye una utilización desviada o abusiva, y como anteriormente quedó razonado, en el supuesto examinado no concurre la citada 'urgencia vital', por lo que no procede el reembolso de gastos reclamado. Hay que poner de relieve que en el Anexo I del mencionado Decreto, en el que se contiene la relación de prestaciones sanitarias, no sólo no aparece el diagnóstico genético preimplantatorio, entre las prestadas por el Servicio Nacional de Salud, sino que tampoco está contemplada, a diferencia de las prestaciones contenidas en la cartera de servicios comunes de la Sanidad Pública, regulada en el Anexo I del Real Decreto 1030/06, de 15 de septiembre la reproducción asistida. Procede por todo lo razonado la desestimación del recurso formulado."

34 Sobre el concepto de "urgencia vital", aplicado a las técnicas de reproducción asistida como causa para denegar el reembolso, *vid.* entre otras STSJ Castilla y León 11 julio 2013 (VLEX 45271896), STSJ Castilla y León 17 diciembre 2014 (VLEX 557295150), STSJ Madrid 30 junio 2015 (VLEX 583531866) y STSJ País Vasco 26 enero 2016 (VLEX 633015361).

35 STSJ Madrid 25 enero 2012 (JUR 199402, 2012).

36 "Recordemos que, según la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada - por todas, las SSTS 12 julio 2007, 10 diciembre 2009, 23 febrero 2010, y las que en ellas se citan-, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño o lesión patrimonial sufridos por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal, siendo indiferente la calificación, de los servicios públicos - a lo que se ha homologado 'toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo'-, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) Ausencia de fuerza mayor; y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño, señalándose al efecto que, como la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado *lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión*, de forma que, si existe el deber jurídico de soportar el daño, decae la obligación de la Administración de indemnizar… la existencia de listas de espera viene determinada por la limitación de los recursos del Sistema Sanitario, y que la inclusión de un paciente en las mismas no da lugar a responsabilidad patrimonial si ha sido correctamente incluido en ella, si la misma está bien gestionada, y si la espera es

Finalizamos este recorrido aludiendo a la STSJ 12 septiembre 2006 País Vasco[37], uno de los escasos pronunciamientos en los que los Tribunales acceden al reintegro, por apreciar que el tratamiento médico (diagnóstico preimplantacional) denegado en el servicio público de salud era indispensable para evitar riesgos innecesarios hereditarios del feto.

D) Indemnización a los progenitores por pérdida de embriones.

De acuerdo con el art. 11.8 LTRA[38] también sería objeto de imputación objetiva al centro de fecundación *in vitro* donde se encuentran depositados y custodiados, los daños morales que pueda generar a los usuarios la pérdida o lesiones a los embriones que los conviertan en inviables, debiendo concertar dicho establecimiento un seguro obligatorio de responsabilidad civil para ello. Los Tribunales son muy rigurosos a la hora de imputar la responsabilidad por pérdida de embriones a los centros médicos donde se encuentran depositados y que han asumido la obligación de custodia y conservación, interpretando de manera estricta el término "fuerza mayor", aludido como causa de exoneración de la responsabilidad por los centros demandados. La unanimidad es manifiesta en no estimar como tal los accidentes causados por fallos mecánicos o del uso de los contenedores donde se ubican los embriones para su crioconservación, pues la fuerza mayor no se puede apreciar si "el acontecimiento lesivo se produjo en el contexto de la prestación sanitaria y sin intervención de acontecimientos extraños o exteriores al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar por la viabilidad de los embriones…"[39].

Ahora bien, a la hora de estimar la existencia del daño indemnizable, los Tribunales son más cautelosos al determinar los parámetros en los que sustentar el contenido y la extensión del daño moral indemnizable, sin que pueda afirmarse que mantienen posturas unánimes y contundentes (como sí sucede en orden a

razonable por ajustarse a los medios disponible, y adecuada a las circunstancias del caso, tal y como aquí acontece pues no se ha justificado que en el supuesto que nos ocupa existiera mala gestión ni tampoco razones para que en la Unidad se hubiera hecho una excepción al orden cronológico de prioridad para la primera visita que, como regla general, resultaba prudente seguir, dada la enorme demanda y la diversidad de situaciones de los pacientes, por lo que el retraso para esa primera cita de los recurrentes no puede reputarse antijurídico y, en consecuencia, no resulta procedente acoger la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados del mismo…"

37 STSJ País Vasco 12 septiembre 2006 (AS 718, 2017).

38 "Los centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente".

39 El texto procede de la STSJ Madrid 6 febrero 2017 (VLEX 676688153). En el mismo sentido, SSTSJ Madrid 21 junio 2017 (VLEX 700263249) y 28 junio 2017 (VLEX 700273449).

la imputación objetiva de la responsabilidad)[40]. En puridad, dicho daño moral se podría construir sobre dos variables: la frustración de la paternidad, por no poder recurrir a la implantación de los embriones destruidos, y el sufrimiento psicológico que comporta dicha pérdida. En orden al primero de los parámetros se requiere que, efectivamente, exista un nexo causal entre ambos hechos, pues si es posible la paternidad recurriendo de nuevo a las técnicas, esta no puede apreciarse[41]. Dicha situación solo puede tener lugar si los embriones destruidos son los únicos existentes con idéntica carga genética (como sería en el caso de destrucción de embriones de un sujeto fallecido o que alguno de los progenitores deviene estéril tras la extracción del material genético), de manera que puede iniciarse de nuevo el proceso de extracción, fertilización e implantación. Ello dificulta, pues, su apreciación, a diferencia de la segunda versión del daño moral, entendido como "aflicción, zozobra y sufrimiento psíquico infligido a sus sentimientos por la pérdida injustificada de los embriones crioconservados"[42], que, así conceptuado es más fácilmente constatable.

III. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS DAÑOS OCASIONADOS AL MENOR.

El tratamiento de este epígrafe debe abordarse teniendo presente el reconocimiento de la libertad de procreación humana contenido en el art. 10.1 de la Constitución al ser considerado parte integrante del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En su virtud, cualquier sujeto se encuentra legitimado para decidir tener descendencia (o no tenerla), valiéndose para ello de los medios e instrumentos que el legislador le facilita. En este sentido, como hemos vito, en nuestro país la legislación es muy generosa al admitir, sino todas (pues la gestación subrogada se encuentra expresamente prohibida), muchas posibilidades para ser progenitores.

El respeto de dicha libertad no puede ni debe cercenarse como consecuencia de reclamaciones indemnizatorias cuando el sujeto nacido presenta taras o deficiencias que le hacen la vida más desagradable o incómoda. Así, se impide que prosperen acciones de hijos frente a sus progenitores con la finalidad de ser reparados por los daños físicos y psíquicos con los que nacieron; simplemente, porque su nacimiento no es producto de su voluntad sino de la voluntad de sus

40 En las tres sentencias citadas en la nota anterior existen votos articulares que discrepan sobre el contenido y extensión del daño indemnizable, lo que acredita la fractura del Tribunal, con significativas discrepancias en este punto.

41 O bien, se hubiera excluido previamente, como sucede en STSJ Madrid 21 junio 2017 (VLEX 700263249), en el que el progenitor se había realizado una vasectomía con posterioridad a la fecundación y habían manifestado ambos su consentimiento a que los embriones sobrantes fueran donados. De forma semejante se argumenta en la STSJ Madrid, 6 febrero 2017 (VLEX 676688153), caso de pérdida de embriones de marido fallecido que impedía la fecundación post mortem, cuando dicha pérdida tuvo lugar después del plazo legalmente permitido para que ello en la LTRA.

42 El texto procede de la STSJ Madrid 6 febrero 2017(VLEX 676688153), y se reproduce en los votos particulares de las SSTSJ Madrid 21 junio 2017 (VLEX 700263249) y 28 junio 2017 (VLEX 700273449).

progenitores. Incluso, en los casos extremos, en que el hijo hubiese preferido no nacer[43].

Entre todos los posibles perjudicados a los que hemos aludido, es sin duda el menor el que debe ser considerado la verdadera víctima de los errores o decisiones que, en el marco de la LAR, tomaron sus progenitores (biológicos o de intención) por él. No podemos soslayar que, en la reproducción asistida, tanto donantes como usuarios han consentido libre y voluntariamente, previa información, a asumir los riesgos derivados de la misma. En cualquier caso, se ubican en un escenario donde cabe la posibilidad de sufrir algún menoscabo, por concurrir un interés legítimamente protegido por las normas y motor de su decisión.

Desde esta perspectiva, la inocencia del menor, su nula participación en la toma de las decisiones, lo convierten, a mi juicio, en el sujeto al que primordialmente se debe de proteger. A fin de dotar de un esquema pedagógico a la exposición que facilite al lector el recorrido sobre los mismos, los daños se aglutinan en los siguientes grupos:

1. Daños generados por una mala praxis.

En esta línea constitucionalmente marcada en nuestra Carta Magna, acotamos el supuesto sólo y exclusivamente cuando la lesión tiene su causa en la mala *praxis,* por apreciarse alguna deficiencia o error imputable a cualquiera de los sujetos que intervienen en el proceso de su concepción. Queda excluido, en consecuencia, como daño indemnizable cualquier tara o enfermedad que pueda sufrir el nacido, pues entiendo que el hecho de que su concepción sea artificial no lo legitima para accionar contra sus progenitores o contra los sujetos intervinientes en su concepción[44]. Esta afirmación tiene sentido siempre que, como así hacemos,

43 Atienza Navarro, M.L.: "Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural", *Revista española de drogodependecia,* 2008, núm. 31, pp. 94 y ss., lleva a cabo un minucioso tratamiento de los distintos supuestos en los que pudiera fundamentarse pretensiones indemnizatorias, excluyendo cualquier reclamación que no se refiera a un daño grave y siempre que no afecte al ejercicio de la libertad de procreación. Así dice en la p. 109 "Por último, en relación con el daño, hay que matizar que, en los casos en que puede admitirse la responsabilidad de los progenitores, no debe tratarse de defectos insignificantes o de afecciones que no alteren el desarrollo normal de la vida de la persona. De lo contrario, como ha puesto de manifiesto algún autor, se colapsarían los tribunales con demandas de este tipo en las que los hijos podrían reclamar a sus progenitores incluso por no estar satisfechos con su aspecto físico".

44 Como bien dice, Pantaleón Prieto, Á.L.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", en *La filiación a finales del S.XX Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco,* Trivium, Madrid, 1988, pp. 245 y ss., concretamente en la p. 276, "es posible que el niño nacido tarado no pueda reprochar a sus padres el haberle hecho participar sin su consentimiento en esa "lotería de Babilonia" que es venir al mundo como la Naturaleza ha programado; pero solo si es la Naturaleza, no la técnica, la que ha organizado el sorteo. Es posible que deba ser aceptada pura y simplemente la herencia naturalmente deferida; la deferida artificialmente puede, en mi opinión, ser aceptada a beneficio de inventario".

partamos de la premisa de que la concepción no natural correctamente realizada no implica un riesgo mayor para la salud del nacido[45].

Ciertamente, la reproducción asistida es un factor que aumenta las posibilidades de partos múltiples, circunstancia que comporta un riesgo para la salud de los nacidos. La responsabilidad por los daños que sufrieron unas mellizas, concebidas por inseminación artificial y nacidas prematuras fue y resuelto en la STSJ Galicia 7 junio 2008[46]. El conflicto se planteó por el Tribunal desde la falta de información previa a la emisión del consentimiento alegada por los progenitores de dos mellizas concebidas por medio de técnicas de reproducción asistida nacidas con graves deficiencias, obviando los daños morales realmente padecidos por las menores. Los magistrados se muestran en la resolución particularmente puntillosos, y consideran probado el hecho de que el pacto múltiple es un factor que incide en las posibilidades de niños prematuros y que las secuelas de las mellizas tienen su causa en haber nacido antes del término. Habida cuenta que las probabilidades de partos múltiples y, consiguientemente, prematuridad de los nacidos, son estadísticamente mayor en los embarazos gestados por reproducción asistida, dicha información debería haberse facilitado a los progenitores[47]. Por lo que concluye que se ha producido una infracción en la obligación de informar, lo que genera la responsabilidad de la Administración sanitaria, debiendo indemnizar a los progenitores por el daño moral que supone "la violación del derecho de autodeterminación del paciente e interesados, que al no estar debidamente informados no pueden elegir adecuadamente", y no por el daño moral de las secuelas padecidas por sus hijas. Ello imposibilita acudir al sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que se contiene en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados para cuantificar el importe del daño moral, como pretendían los recurrentes y que justificaba un alto importe en la cuantía. Como se argumenta en el texto de la sentencia, la información debida no había sido lo extensiva y detallada que la *lex artis ad hoc* demanda en este tipo de actos médicos, pero ello no justifica la elevada petición indemnizatoria incluida en el recurso pues, en

45 Existen, no obstante, algunos estudios médicos que opinan lo contrario, aunque compensan su afirmación reconociendo que la concepción por medio de técnicas de reproducción asistida minimiza otros riesgos que sí se aprecian en los nacidos por concepción natural. En este sentido, López Moratalla, N., Huerta Zepeda, A. y Bueno López, D.: "Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación artificial. La punta del iceberg", *Cuadernos de Bioética*, 2012, núm. 2, pp. 477 y ss. También se ha apuntado los posibles daños de una crioconservación prologada de los preembriones en orden a posibles alteraciones cromosómicas. Así lo expresa, Olaya Godoy, M.: *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario,* Dykinson, Madrid, 2014, p. 214 y bibliografía citada en la nota al pie núm. 668 en apoyo de la afirmación.

46 STSJ Galicia 7 junio 2008 (JUR 334532, 2008)

47 "Si aquellas prematuridad y parto múltiple son riesgos frecuentes en estos procesos de reproducción asistida resultaba especialmente necesario que la información se extendiese a aquellos, del mismo modo que cuando se trata de la implantación de tres o más embriones resulta lógico que previamente se informe de las derivaciones que de ello puede resultar, así como de la posibilidad de reducción embrionaria posterior a fin de aminorar aquellos riesgos."

verdad, no existió *mala praxis* que fundamente las secuelas de los menores. El daño indemnizable se ubica en el hecho de haber cercenado la capacidad de elección de los usuarios para optar por la reproducción asistida como vía de concepción, que ha sido menor al no disponer de todos los datos que debería habérseles facilitado. Y sobre dicha previsión se fija la indemnización debida.

Por consiguiente, los daños generados a los menores que fundamentan la pretensión indemnizatoria deben tener su causa en la negligencia de los sujetos intervinientes, de manera que, de no haberse producido, el niño hubiera nacido sano[48].

Las lesiones a los nacidos pueden estar ocasionados en el proceso de manipulación del embrión, lo que dirige el juicio de imputación al seno de los arts. 12 y 13 LTRA, en los que se establecen los requisitos y las formas que autorizan el diagnóstico preimplantacional y la realización de técnicas terapéuticas. En este sentido, se calificarán como técnicas adecuadas las llevadas a cabo conforme a su dictado; es decir, en las que se observen el cumplimiento de los requisitos o pautas que la LTRA prescribe. Así pues, dentro de este ámbito, no es posible justificar peticiones indemnizatorias ya que la acción que causara el hipotético daño es una acción lícita por ser conforme a la normativa; no generadora, en consecuencia, de responsabilidad civil alguna. Fuera de estos supuestos, cualquier otra manipulación del preembrión que ocasione daños al nacido, tendrá la calificación de acto ilícito y, por tanto, hábil para sustentar reparaciones indemnizatorias.

Constada la existencia del daño y su conexión con el acto que los produce (manipulación del preembrión fuera de los supuestos permitidos en la LTRA o mala *praxis* en el proceso de implantación), surge la obligación de responder del facultativo o sujetos a los que la ley le asigna la actividad que causa el daño de forma solidaria (art. 25 LTRA), y del centro médico, privado o público, conforme a las reglas generales.

Si la tara o deficiencia del niño tuviera su génesis en el uso de un material genético de donante no adecuado, por no haberse observado por el centro médico lo preceptuado en el art. 5.6 LTRA[49], estaremos frente a un claro supuesto

48 Fugardo Estivill, J.M.: *Procreación humana y acciones de responsabilidad*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 111-133, sintetiza las diferentes acciones indemnizatorias que pudiera ejercitar un niño que nace insano. En este sentido, se refiere a la acción de *wrongful life* (p. 121) y la que tiene su causa en lesiones o taras por inadecuada atención médica-sanitaria previa al nacimiento (p. 130), pues se descartan por razones obvias de legitimación las acciones de *wrogful conception, wrongful brith y wrongful death*. De ambas, entendemos que la pretensión indemnizatoria debe incardinarse en las acciones que tienen su causa en lesiones o taras por inadecuada atención médica-sanitaria previa al nacimiento.

49 "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

de responsabilidad objetiva del centro médico[50]. Ahora bien, es preciso matizar que la citada responsabilidad solo es pertinente si no se observó el protocolo legalmente establecido pues, fuera de estos casos, no existe responsabilidad alguna por enfermedad con causa en material genético del donante, siempre que dicha enfermedad pueda calificarse como de un riesgo asumido por cualquier progenitor que decide concebir un descendiente. La anterior afirmación tiene sentido desde la siguiente premisa: la fecundación por medio de técnicas de reproducción asistida no garantiza a los usuarios el nacimiento de un hijo sano, ni está obligado el banco de material genético a unos controles extraordinarios en este sentido[51]. Los Tribunales son estrictos a la hora de fijar el contenido de la obligación de establecer controles del material genético en los centros de reproducción asistida, no extendiéndolo más allá de lo especificado en las normas.

En este sentido son muy significativas las sentencias del STSJ Galicia 21 junio[52] y de la SAP Valencia 30 marzo 2016[53]. En la primera de ellas, el TSJ de Galicia aborda la responsabilidad por el nacimiento de una niña con fibrosis quística, enfermedad genética, que fue concebida con semen de donante, declarando la improcedencia de la acción indemnizatoria pues no la considera antijurídica en la medida que dicho examen del material genético no era exigible.

En la segunda, se cuestiona la responsabilidad del centro médico por el nacimiento de un niño hemofílico, enfermedad transmitida por el material genético de un donante del que se valieron para fecundar el óvulo de la gestante y madre del niño enfermo. Tampoco prosperó por esta causa la petición resarcitoria, pues "negó que la clínica hubiera sido negligente en la selección del óvulo, porque no había antecedentes de hemofilia, ni en la donante, ni en su familia, razón por la cual no le era exigible realizar un test genético específico para descartar la existencia de una enfermedad infrecuente" [54]. La SAP Valencia 30 marzo 2016,

genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remisor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas"

50 El incumplimiento de los estudios previos se califica como falta muy grave en la ley (art. 26. 2, b, 2ª LTRA) generando la responsabilidad civil o penal pertinente (18.2 LTRA). Así lo expresa, Diez Soto, M.: "Comentario al art. 5 LTRA", en AA.VV.: *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción asistida humana* (dir. F. Lledo Yagüe y C. Ochoa Marieta), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 89 y ss., concretamente la cita es a la p. 96.

51 Asua González, C.: "Responsabilidad civil derivada del uso de técnicas de reproducción asistida", cit. p. 111 mantiene idéntica tesis a la expresada en el texto principal.

52 STSJ Galicia 21 junio (JUR 260953, 2001)

53 SAP Valencia 30 marzo 2016 (VLEX 648153029)

54 Hago mías las palabras de De Verda y Beamonte, J.R. vertidas en el comentario a esta sentencia en la Editorial de la *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, núm. 25. Nos remitimos, también, al análisis del ciado pronunciamiento en "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", cit. pp. 303 y 304.

aunque no estima la responsabilidad por infracción de la *lex artis*, sí condena al centro médico a indemnizar a los usuarios por incumplimiento de la obligación de información. Y ello a pesar de que el formulario que habían firmado los usuarios se había construido conforme a los modelos editados por la Sociedad Española de fertilidad, circunstancia que no le exime de la obligación indemnizatoria, ya que tal hecho no garantiza su cumplimiento[55].

Aplicando las reglas generales de imputación, si el daño fuera debido a la actividad culposa o dolosa del donante ocultando datos o tergiversando la información sobre su salud y sus condiciones físicas, el donante deberá responder subjetivamente, debiendo acreditar en este caso la culpa el sujeto reclamante[56].

También es posible que los daños tengan su origen en el proceso de implantación en la madre gestante. En este caso el aludido tratamiento médico, a los efectos de establecer el régimen de responsabilidad, es idéntico al de cualquier otro acto médico de cirugía satisfactiva o voluntaria, debiendo acudirse al parámetro de la diligencia media exigible, con la particularidad de la mayor exigencia que los caracteriza.

2. Daños ocasionados por errores en el proceso de fecundación e implantación de embriones.

La jurisprudencia española sobre errores en la fecundación de embriones o en la implantación en gestantes distintas es, prácticamente, inexistente. Solo una

55 "Del texto transcrito como consentimiento informado, concluimos que no se comunica a los receptores, que no se trasmite a las personas que van a someterse a dicha técnica de reproducción -que no son expertas en medicina ni en su terminología- la realidad sobre las pruebas y los análisis a los que se ha sometido a los ovocitos. En nuestra opinión, la persona que lee dicho consentimiento informado deduce que se han realizado todas las pruebas necesarias para descubrir y excluir las enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia que se pueden detectar según el estado de la ciencia y, concretamente, en el presente caso, la hemofilia, que igual que otras, ya es perfectamente detectable. Del texto firmado no se desprende que el cribado de las donantes y de los ovocitos se hace basándose en las meras manifestaciones de la donante, sin las pertinentes comprobaciones técnicas, y no podemos ignorar que el desconocimiento de una enfermedad familiar genética, hereditaria o infecciosa no supone ninguna garantía sobre su inexistencia, no porque se oculte intencionadamente, sino porque, entre otros muchos supuestos, la donante puede ignorar que su familia sufre una grave enfermedad o padecimiento por el simple hecho de que la relación que mantiene con una rama familiar es escasa o nula, por ser adoptada, o por ignorar quien es su padre o madre biológico, etc.. Además, en la documentación que se entrega a los padres receptores, a los futuros padres, en el consentimiento informado, no se les advierte de la existen muchísimas enfermedades detectables sobre las que no se hacen pruebas técnicas y de la existencia de otras muchas que no pueden detectarse, cuestión de especial importancia en supuestos como el presente, sin que esta deficiencia u omisión del consentimiento informado pueda quedar paliada por la posterior posibilidad de acudir al aborto. Ante estas circunstancias, estimamos que carece de toda relevancia que el consentimiento firmado por los actores se haya redactado basado en los editados por la Sociedad Española de Fertilidad, pues ello no excluye su insuficiencia en los términos que se ha expuesto. Por todo lo indicado, debemos concluir, que el riesgo de la transmisión de enfermedades ha constar con claridad y precisión en el consentimiento informado que suscriben los padres, desde el primer momento, sin que, dada su trascendencia, tal información pueda estimarse cumplida por meras manifestaciones relativas a que se les informó verbalmente, y al no hacerlo así la parte demandada ha vulnerado el derecho a la información de los receptores, incurriendo en la correspondiente responsabilidad civil."

56 A estas técnicas previas realizadas al donante con el interés de obtener un material óptimo se le llama *screening* genético, *vid.* Femenía López, P.: "Nuevos perfiles jurídico del acto médico: responsabilidad derivada del *screening* genético", *Revista Derecho y Genoma Humano*, 2017, núm. 46, pp. 143 y ss., concretamente la cita es a la p. 151, en orden a la responsabilidad civil derivada de la omisión de estas pruebas a los donantes.

sentencia de la SAP Las Palmas 16 mayo 2016 resuelve un supuesto semejante a los descritos[57]. Y lo hace estimando que el hecho de haber fecundado el óvulo de la mujer con semen de un donante, cuando el consentimiento expresado se refería a una fecundación homóloga, evidencia una actuación negligente del centro médico que genera obligación resarcitoria. La dificultad del pleito no estriba en la determinación de la diligencia que, en mi opinión, tampoco era preciso analizar pues la obligación asumida, en cuanto a la procedencia del material genético de la pareja y no de extraños, es clara y nítida, no siendo excusable un resultado distinto del querido por las partes, sino en la especificación y cuantificación del daño y de los sujetos damnificados. Ciertamente, la AP establece cantidades importantes no solo para la gestante, que es la reclamante, sino para sus hijos gemelos que son indemnizados en concepto de daño patrimonial al no existir derecho alguno a ser alimentados por el que creía era su progenitor[58], y por el daño moral ocasionado a los menores consistente en la privación de un padre y del entorno moral y afectivo que ello implica, y que estima supone una vulneración de la dignidad como persona que garantiza el art. 10 CE [59]. La esposa, en cambio, es indemnizada por el daño moral que le genera la situación de ser madre en solitario de dos hijos y haber sido privada de la figura de una pareja con la que compartir su crianza y educación. Transcribo, a continuación, en la nota al pie el texto de la sentencia que justifica la imposición de la elevada suma al centro médico por este concepto[60].

57 SAP Las Palmas 16 mayo (JUR 159212, 2016)

58 "cantidad a indemnizar a cada uno de los menores en concepto de daño material, daño procedente de la pérdida de la pensión alimenticia respecto de quien debía haber sido su padre biológico en un correcto desarrollo del contrato y que no lo es en razón a culpa imputable a la demandada en la custodia, conservación, traslado y manejo del material reproductivo."

59 "En el caso presente ha existido una privación del vínculo afectivo ya iniciado no sólo con el padre, sino con toda la familia paterna, incluidos los medio-hermanos de los menores… La relación paterno-filial no se contrae al afecto, también existe un componente importante de enseñanza, de educación, de transmisión del conocimiento tanto consciente como inconsciente, al aparecer el progenitor como un ejemplo de actuación en todos los aspectos de la vida. La reacción ante la adversidad, la gestión de la frustración y del conflicto, la disciplina. En el presente caso pese a la separación de los padres los menores tenían fijado un régimen de visitas y contactos con el padre, que se habría ampliado a medida que los menores hubieran tenido más edad. Considera la Sala que en el presente caso el daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (art. 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas…La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable."

60 "Entiende esta Sala de una enorme relevancia la afectación personal y el impacto en la vida de Doña Tania, del hecho de tener que afrontar en solitario y de forma exclusiva, durante toda la minoría de edad de los hijos, la situación de maternidad, y, además, de gemelos, es decir, de dos menores de la misma edad, que reclaman a un mismo tiempo y con igual intensidad una dedicación y atención en todos los aspectos de su vida…Doña Tania se ha visto obligada en solitario a asumir todos los deberes derivados de la patria potestad, en contra de su voluntad expresa y de forma completamente inopinada... No es parangonable la inversión de tiempo y dedicación de una sola persona, al hecho de ser dos quienes comparten la dedicación y la responsabilidad. …También considera el Tribunal atendible el padecimiento y la angustia para Doña Tania derivada de no conocer la identidad del padre de sus hijos, puesto que ella sí había escogido a quién quería que fuera su padre, y con quien deseaba tener descendencia común, pues es un elemento determinante de ese consentimiento y voluntad de ser madre las cualidades y la personalidad de su pareja. Y asimismo también es apreciable para la Sala y se ha constatado la reacción de rechazo social a la situación

Fuera de nuestras fronteras han tenido lugar algunos casos semejantes al descrito y juzgado por la SAP Las Palmas, con condenas similares en orden a fijar la responsabilidad del centro médico donde tuvo lugar la fertilización y/o la transferencia embrionaria errónea. Por ejemplo, en el Reino Unido el caso *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. A and B, Hight Court* 4 noviembre 2002[61], en el que se condenó al hospital a indemnizar a dos parejas como consecuencia del error al fecundar los embriones de las gestantes. El error se detecta al dar a luz la mujer embarazada de mellizos y comprobar que son fenotípicamente diferentes (uno es de piel negra y otro de piel blanca). Realizadas las pruebas preceptivas se acredita que ha existido un error en la fecundación, y cada mellizo procede, biológicamente, de un padre diferente, aunque de idéntica madre. El error se genera en la fecundación del óvulo de la gestante.

La sentencia de la Corte Suprema de Nueva York, caso Perry Rogers et al. v. Fasano et al. 26 octubre 2000[62], versa sobre un supuesto semejante de gemelos de padres diferentes por error en el proceso de implantación, detectado por ser cada uno de raza diferente. En este caso, cada uno de los niños presentaba una dotación biológica distinta, pues sus progenitores así lo eran. Igualmente, la sentencia de la Corte de Apelación de California 13 junio 2003[63] en relación a un error también en la implantación, pues los embriones sobrantes de una pareja son implantados sin el consentimiento de ninguno de sus componentes en el útero de una mujer que había acudido al Hospital para ser madre soltera con material genético de donantes

En Europa se hizo famosa la Ordenanza del Tribunal de Roma 20 de agosto de 2014, que dilucida sobre la paternidad de unos gemelos que, por error, fueron implantados en una gestante; ello produjo que los hijos nacidos no eran biológicamente de la pareja que los inscribió en el Registro[64]. En este caso no se solicita ninguna suma resarcitoria a la que, lógicamente, tendrían derecho; ni tampoco el posible daño moral a los mellizos nacidos al impedírsele conocer sus orígenes. El pleito se circunscribe a la paternidad, fallando el Tribunal a favor de la gestante y su esposo que prevalecen a los padres biológicos.

creada, es decir, el averiguar que quien se suponía que debía ser el padre de los menores no lo sea, con la atribución a Doña Tania de una conducta desleal, y por ello moralmente reprobable, que ella refiere que proviene de su entorno, de la familia de su ex-pareja y amigos comunes, y que incluso ha sido el argumento utilizado por la parte demandada para negar el nexo causal en los presentes autos."

61 (2003) FLR 412.

62 El texto íntegro de la sentencia puede consultarse: https://caselaw.findlaw.com/ny-supreme-court-appellate-division/1366796.html

63 135.Cal. Rptr. 2d 785, 109 Cal. App. 4th 1109. El texto íntegro puede consultarse: https://www.courtlistener.com/opinion/2268734/robert-b-v-susan-b/

64 Conte, G. y Landini, S.: *Principi, Regole, Interpretazione. Contrati e obligazioni, famiglie e sucessioni,* t. I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, p. 601.

3. Daños producidos en el screening genético preimplantacional.

Las técnicas de reproducción asistida, aunque su finalidad esencial es satisfacer el deseo de ser padres cuando la naturaleza o las circunstancias no permiten a los sujetos que a ellas acceden engendrar de manera natural, no sirven únicamente a ese objetivo. La propia LTRA contempla otras posibilidades, como es el *screening* genético preimplantacional al que alude y regula en el art. 12 LTRA. Como quiera que el mismo tiene lugar sobre el preembrión, es posible que el mismo sea causa de lesiones o taras del niño nacido una vez finalizado el tiempo de gestación. Para que la manipulación que el proceso supone es necesario que concurran los presupuestos exigidos en la norma. En este sentido, es preciso, en primer lugar, un diagnóstico de la enfermedad o defecto que presente el preembrión, a fin de proceder a su tratamiento, si ello fuera posible; en otro caso, los padres de intención podrán decidir la reducción embrionaria o la destrucción del preembrión defectuoso. En este escenario el debido y estricto cumplimiento de la obligación de información es clave, y, de no atenerse al contenido, detalle y accesibilidad requeridas, generará la pertinente obligación indemnizatoria, que se articula sobre la responsabilidad objetiva del centro médico y los facultativos intervinientes.

El supuesto concreto al que estamos aludiendo pudiera ejemplificarse del siguiente modo: realizado el diagnóstico preimplantacional, la información facilitada es parcial o incorrecta, de manera que los padres de intención no llevan a cabo la pertinente reducción o destrucción embrionaria, naciendo un niño con malformaciones. Dada la naturaleza de obligación de resultado de la obligación de información, y una vez constatado el incumplimiento de la misma en los términos establecidos en la LTRA y exigidos por la *lex artis*, nace la obligación resarcitoria. El daño indemnizable, desde la perspectiva de los progenitores, no es otro que el moral y el patrimonial de ser padres de un hijo enfermo, máxime cuando no era su interés (protegido por la norma) el traerlo al mundo en tales condiciones, motivo por el cual se sometieron al proceso de diagnóstico preimplantacional. También goza de dicha consideración la pérdida de oportunidad de llevar a cabo una interrupción del embarazo (si ya se había producida la implantación) o, simplemente, proceder a la eliminación de ese preembrión y, en su caso, no implantarlo en la gestante. En este punto, es de observar la doctrina jurisprudencial que puede sintetizarse en el siguiente fragmento de la STS 14 marzo 2013[65]: "El daño que fundamenta la responsabilidad existe. Estamos ante de una indebida gestión médica del embarazo que impidió detectar a tiempo las malformaciones y que de haberlo hecho hubiera provocado soluciones distintas, al margen de un posible aborto, que no resulta sustancial. El daño, dice la STS 31 mayo 2011, "es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su

65 STS 14 marzo 2013 (VLEX 430195354)

situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad".

Si la información facilitada sobre el diagnóstico preimplantacional es incorrecta por haber tenido lugar un error de diagnóstico, de manera que, confiado en esa versión, los progenitores deciden implantar el embrión, los usuarios se encuentran legitimados para exigir responsabilidad, aunque deben acreditar la *mala praxis* del profesional, como se lleva a cabo en la órbita de la medicina satisfactiva o voluntaria en la que se encuadran estos actos médicos[66].

Pero, ¿está legitimado el menor para accionar frente al centro médico donde tuvo lugar el diagnóstico erróneo por haber nacido con enfermedades o lesiones? Así descrito, podemos constatar que nos encontramos frente a un claro supuesto de lo que se ha llamado en la doctrina anglosajona *wrongful life*[67], entendiendo por tal "aquella demanda judicial que interpone el propio hijo discapacitado o sus representantes legales, contra el médico y/o centro médico por haber nacido con una malformación o anomalía, como consecuencia de un diagnóstico que conlleva a su vez una falta de información que de no haber sido errónea, él no hubiera nacido". Para que prospere cualquier petición indemnizatoria es presupuesto esencial y ineludible la existencia de un daño cierto que la sustente. Los casos

66 STS 6 marzo 2018, (VLEX 706336017) es un ejemplo de cómo proceden los Tribunales en estos casos, aplicando las reglas generales y exigiendo la prueba de la culpa del profesional para que proceda la indemnización: "En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad (sentencias 679/2010, de 10 de diciembre; 173/2012, de 30 de marzo; 33/2015, de 18 de febrero). Y si la exploración fue correcta, en los términos que han quedado probados; si no había una situación de riesgo y si se utilizaron los medios técnicos suficientes para practicar la prueba diagnóstica, la información que se proporcionó a la gestante fue la que procedía en función de su resultado y de las limitaciones técnicas de la exploración ecográfica, de la que había sido informada; no hubo, en suma, error profesional o negligencia alguna de los médicos que le atendieron, necesario para responsabilizarles del daño por el que se les demanda. En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (sentencias 508/2008, 10 de junio; 778/2009, de 20 de noviembre 2009; 475/2013, de 3 de julio, entre otras)".

67 En palabras de Soria Pérez, E.M.: "La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil", *Revista de responsabilidad civil y seguros"*, 2016, núm. 59, pp. 27 y ss., concretamente la cita es a la p. 28.

que pudieran subsumirse en el concepto enunciado, y dado que el reclamante es el nacido, el daño indemnizable lo constituye la propia vida, entendida esta como un perjuicio frente a la no-vida, como estado ideal para el sujeto actor. Por varios motivos[68], tanto en los Estados Unidos (lugar donde se ha cristalizado la terminología), como en Europa y, por supuesto, en España, estas demandas no prosperan.

Finalmente, el hecho de que la LTRA haya contemplado, expresamente[69], la posibilidad de seleccionar preembriones e implantarlos con fines terapéuticos para terceros[70], con independencia de su valoración[71], excluye la consideración de daño indemnizable el que pudiera sufrir el niño nacido como consecuencia del fin por el que fue engendrado (caso conocido como "bebé medicamento"). Siempre y cuando se adecúe el proceso a los requisitos y controles legalmente fijados en la norma[72]; pues, de no ser así, la responsabilidad de los sujetos intervinientes y del centro es evidente y de carácter objetivo (y solidario siempre que concurran los presupuestos del art. 25 LTRA).

IV. REFLEXIÓN FINAL: LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE LOS HIJOS CONCEBIDOS POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA A CONOCER SUS ORÍGENES: EL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA DE 15 DE ENERO 2020.

El reciente Informe del Comité de Bioética nos invita a plantearnos si ha llegado el momento de levantar el velo, y permitir a los menores (y mayores) concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida con material genético de donante, conocer quién o quiénes son los portadores de su carga genética. Y

68 *Vid.* el trabajo de Romero Coloma, A.: Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario,* 2010, núm. 722, pp. 2559 y ss., en orden a los motivos que justifican la improcedencia de las acciones indemnizatorias, así como las referencias a la jurisprudencia española y extranjera que lo confirman.

69 Dice la Exposición de Motivos: "El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo"

70 Art. 12. 2 "La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso"

71 El llamado "bebé medicamento" ha provocado abundantes discursos éticos y jurídicos sobre su oportunidad y su moralidad. Por ejemplo, García Moyano, L, Pellicer García, B., Buil Tricas, B., Juarez Vela, R., Guerrero Portillo, S. y Antón Solanas, I.: "Análisis bioético de la generación de bebés medicamento", *Revista de Bioética y Derecho,* 2016, núm. 36, pp. 55 y ss. o el análisis constitucional que lleva a cabo Pinto Palacios, F.: "Nacidos para salvar. Un análisis constitucional del bebé medicamento", *Revista de Derecho Político, UNED*, 2016, septiembre-diciembre, pp. 243 y ss.

72 "requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso"

con estas reflexiones poner el punto final a un discurso que ha pretendido ilustrar al lector sobre la débil posición del sujeto concebido por medio de estas técnicas, que demanda una especial protección que, en algunos casos no encuentra. Pues, el derecho a ser padres se impone al derecho a ser hijos, este último siempre supeditado al de sus progenitores. Quizás ha llegado el momento de debatir la reproducción asistida humana desde el otro polo de la relación; y, es posible, que, entonces seamos capaces de cuestionarnos algunas decisiones del legislador (como la inseminación de la mujer sola o el hijo super póstumo), cuya justificación solo reside en la voluntad de la mujer.

Ya hemos visto que la reproducción asistida humana acudiendo a material reproductor de tercero se sustenta, por razones obvias, en el anonimato del donante. En este sentido, el párrafo 5 del art. 5 LR[73] es claro y meridiano, admitiendo alguna excepción en circunstancias muy concretas y graves, de interpretación estricta. Esta opción del legislador convierte en no indemnizable el daño que pudiera sufrir el niño por habérsele privado del derecho a conocer a sus progenitores.

Sin embargo, se observa una tendencia a cuestionar esta elección[74], por estimar que el derecho a conocer los orígenes es un derecho fundamental del que nadie debe verse privado en ningún contexto. La STC de Portugal 7 de mayo 2018[75] en cuya virtud se declara inconstitucional alguno de los preceptos que conformaban el régimen jurídico de la gestación subrogada, aborda como uno de las causas, el derecho del nacido a conocer sus orígenes impedido en la norma recurrida al consagrar el anonimato del donante. En este sentido, el Tribunal estima que es este un derecho que incide en la identidad personal y que, calibrado los factores que justifican su restricción (la paz familiar o el descenso del número de donantes) no son suficientes para limitarlo, por lo que declara inconstitucional los preceptos que lo establecen[76].

73 "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 los gametos y de los 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."

74 El anonimato del donante es una opción de nuestro legislador, no unánime en Derecho comparado, ni exenta de críticas en la doctrina cuestionando su constitucionalidad. *Vid.* sobre el particular, Olaya Godoy, M.: *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario,* cit. pp. 285-292.

75 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, Disponible en: https://dre.pt/application/file/a/115227161

76 *Vid.* Lazcoz Moratinos, G.: "Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués," *Revista Internacional de Éticas Aplicadas,* 2018, núm. 28, pp. 137 y ss. concretamente la cita es a la p. 149

Aunque en su día nuestro Tribunal Constitucional estimó que el anonimato del donante establecido en la LTRA 1988, en idénticos términos que la actual, no infringía derechos del menor constitucionalmente reconocidos en nuestra Carta Magna[77], es verdad que el escenario actual no es el mismo que el de hace veinte años, por lo que sus argumentos pueden ser puestos en entredicho[78], tal y como hace el Comité de Bioética en el Informe emitido sobre el particular en enero 2020. El Tribunal Constitucional de Portugal es un claro ejemplo de cambio en la tesis mantenida en orden al anonimato del donante al declarar inconstitucional el precepto de la Ley de gestación subrogada que así lo establecía, cambiando la doctrina que años antes había sostenido en un sentido contrario al fallar sobre la LTRA de dicho país.

En verdad, el derecho del ciudadano a conocer sus orígenes es un derecho que se va imponiendo al amparo del art. 10 de la Constitución integrado en el derecho a la identidad de la persona y su derecho al libre desarrollo de su

77 STC 17 de junio 1999, BOE núm. 162 de 8 de julio 1999.

78 "El último de los argumentos que integra este bloque impugnatorio es el referido a la pretendida incompatibilidad del art. 5.5 de la Ley: 'La donación será anónima', con lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución, a saber: 'La ley posibilitará la investigación de la paternidad'. Sostienen los actores que mediante la garantía del secreto de la identidad del donante la Ley oculta deliberadamente al padre biológico, incumpliendo de este modo el mandato contenido en el citado art. 39.2 C.E. En efecto, la Constitución ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 C.E., en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad. No es éste el caso de la previsión contenida en el art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución. Habida cuenta de lo expuesto, hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del art. 5, apartado 5, de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término, que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, 'en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto'. Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos. Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas —debe nuevamente recordarse— a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo."

personalidad. Como un derecho propio del menor se encuentra reconocido en textos internacionales a los que España se ha adherido. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en su art. 7.1 dice: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos." Y el 8: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad". Preceptos que reconocen el derecho a conocer los orígenes del menor, derecho que se impide en la reproducción asistida en España, de acuerdo con el dictado del art. 5.5. LTRA al que ya nos hemos referido.

Esta pujanza del derecho a conocer los orígenes, encuentra su plasmación más significativa en la importante reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio y la LO 8/2015, de 22 de julio ambas con idéntica denominación: de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En las citadas normas se consagra el derecho de los hijos adoptados a conocer sus orígenes biológicos, rompiendo, así, un tema tabú hace unos años. Efectivamente, al igual que el anonimato del donante se erigía como pilar sobre el que sustentar la reproducción asistida humana, de igual manera se entendía en orden a la adopción. Que existe un nuevo concepto de las relaciones familiares, es más que evidente. Y que, dentro de ellas, no se considera un obstáculo el hecho de que los padres adoptivos deban silenciar su identidad como fórmula para facilitar las adopciones. Incluso, se ha trasplantado a nuestro país la llamada "adopción abierta", en la que no se rompen los vínculos entre el menor y su familia biológica, un modelo importado de los Estados Unidos donde goza de gran predicamento.

En paralelo a esta nueva manera de entender las relaciones familiares, el niño, como sujeto de derechos, cobra protagonismo, ya como individuo libre y dotado de autonomía, en franco abandono de posturas paternalistas ya superadas. El menor no debe engañado, como modo de protección, sino que es una persona activa, titular de derechos, entre ellos el de conocer sus orígenes.

Este caldo de cultivo es propicio para replantearnos, como hace el Comité de Bioética, la constitucionalidad del art. 5.5 LTRA. Pues ya no existen excusas para privar a un sujeto, el menor, de un derecho fundamental, haciendo prevalecer la intimidad del donante frente al derecho a conocer sus orígenes. Y tras este debate, que parece resuelto (al menos, desde el punto de vista teórico), habrá otros. Vaticino cambios en la actual regulación, porque, como indiqué al inicio de estas reflexiones, a la hora de legislar sobre esta delicada materia es preciso ponderar con mesura el derecho a ser padres con el derecho a ser hijos.

BIBLIOGRAFÍA

Alkorta Idiakez, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003.

Alkorta Idiakez, I.: "La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, núm. 2179, pp. 65 y ss.

Asua González, C.: "Responsabilidad civil derivada del uso de técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. Díaz Martínez), Dykinson, Madrid 2006, pp. 103 y ss.

Atienza Navarro, M.L.: "Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural", *Revista española de drogodependencia,* 2008, *núm. 31,* pp. 94 y ss.

AA.VV.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. Díaz Martínez), Dykinson, Madrid 2006.

AA.VV: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (coord. por J.J. Iniesta Delgado y J.A. Cobacho Gómez) Cizur Menor -Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

Bustos Pueche J.E.: *El derecho civil ante el reto de la nueva genética,* Dykinson, Madrid, 1996.

Cárcaba Fernández, M.: *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana,* Bosch, Barcelona, 1995.

Conte, G. y Landini, S.: *Principi, Regole, Interpretazione. Contrati* e *obligazioni, famiglie* e *sucessioni,* t. I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017.

De Verda y Beamonte, J.R.: Editorial publicada en la *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, núm. 25.

De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della familia,* 2018, vol. IV, núm. 1, pp. 301 y ss.

Diez Soto, M.: "Comentario al art. 5 LTRA", en AA.VV.: *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción asistida humana* (coord. por F. Lledo Yagüe y C. Ochoa Marieta), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 89 y ss.

Farnós Amorós E.: *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones,* Atelier, Barcelona, 2011.

Farnós Amorós E.: "La reproducción asistida ante el TEDH: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", *Revista de Bioética y Derecho,* 2016, núm. 36, pp. 93 y ss.

Femenía López, P.: "Nuevos perfiles jurídico del acto médico: responsabilidad derivada del *screening* genético", *Revista Derecho y Genoma Humano*, 2017, núm. 46, pp. 143 y ss.

Fugardo Estivill, J.Mª: *Procreación humana y acciones de responsabilidad*, Bosch, Barcelona, 2018.

García Moyano, L., Pellicer García, B., Buil Tricas, B., y Juarez Vela, R./ Guerrero Portillo, S. y Antón Solanas, I.: "Análisis bioético de la generación de bebés medicamento", *Revista de Bioética y Derecho,* 2016, núm. 36, pp. 55 y ss.

Jiménez Muñoz, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico,* Reus, Madrid, 2012.

Lazcoz Moratinos, G.: "Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués," *Revista Internacional de Éticas Aplicadas,* 2018, núm. 28, pp. 137 y ss.

Lamm, E.:"La custodia de embriones en la jurisprudencia del TEDH. A propósito del caso Evans contra Reino Unido", pp. 195 y ss.

López Moratalla, N., Huerta Zepeda, A. y Bueno López, D.: "Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación artificial. La punta del iceberg", *Cuadernos de Bioética*, 2012, núm. 2, pp. 477 y ss.

Macía Morillo, A.: "El problema de la responsabilidad por falsos positivos en el diagnóstico genético preimplantacional", *Revista Derecho y Genoma Humano,* 2018*, núm. 49,* pp. 101 y ss.

Moro Almaraz, M.J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro",* Bosch, Barcelona,1988.

Olaya Godoy, M.: *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario,* Dykinson, Madrid, 2014.

PANTALEÓN PRIETO, A.: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, 1988, núm. 5, pp. 19 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, A.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", en *La filiación a finales del S.XX Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco,* Trivium, Madrid, 1988, pp. 245 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, A.: "Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida" en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan,* 1989, pp. 641 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, A.: "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15, pp. 129 y ss.

PINTO PALACIOS, F.: "Nacidos para salvar. Un análisis constitucional del bebé medicamento", *Revista de Derecho Político, UNED*, 2016, septiembre-diciembre, pp. 243 y ss.

ROMERO COLOMA, A.: "Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario,* 2010, núm. 722, pp. 2559 y ss.

SANTOS MORÓN, M.J.: "La responsabilidad médica (en particular en la medicina "voluntaria"): Una relectura desde el punto de vista contractual", *InDret,* 2018, núm. 1, pp. 1 y ss.

SEUBA TORREBLANCA, J., RAMOS GONZÁLEZ, S. y LUNA YERGA, Á.: "Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades", *InDret*, 2002, núm. 3, pp. 1 y ss.

SORIA PÉREZ, E.M.: "La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil", *Revista de responsabilidad civil y seguros"*, 2016, núm. 59, pp. 27 y ss.

TRIGO GARCÍA, B: "La obligación de información de los profesionales médico-sanitarios y la responsabilidad por eventos adversos", *Derecho y salud*, 2013, vol. 23, núm. Extra 1, pp. 169 y ss.

VIDAL MARTÍNEZ J.: *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español,* Cívitas, Valencia, 1988.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MENORES NO DIREITO BRASILEIRO

EXTRACONTRACTUAL LIABILITY OF MINORS UNDER BRAZILIAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 716-733

Nelson
ROSENVALD

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: O Código Civil de 2002 modificou substancialmente a sistemática da responsabilidade civil dos incapazes. Há um dispositivo legal que autoriza responsabilizar pessoalmente o incapaz por um dano que cause. Todavia, em caráter de exceção dentro do sistema de reparação de danos, cuida-se de responsabilidade solidária e mitigada a lei civil busca essa modelação para a conciliação do princípio da dignidade humana da vítima e do incapaz. A conciliação dá-se pela fuga de extremos que só garantiriam a dignidade ao incapaz (se este não respondesse pelo dano e a vítima arcasse com os prejuízos) ou à vítima (se a indenização fosse integral e causasse um empobrecimento desmedido ao incapaz, privando-o do necessário). Essa é mais uma das inovações do Código Civil que evidenciam uma diferenciada abordagem das finalidades da responsabilidade civil: a cabal reparação dos danos, a fim de que a vítima possa repor o equilíbrio patrimonial subvertido pela lesão, mesmo que para tanto seja atingido o patrimônio de um inimputável.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidade; incapacidade; menor; patrimônio.

ABSTRACT: *The Civil Code of 2002 made substantial changes in the system of extracontractual liability of the minors. There is a provision that allows their personal liability for damage caused by them. However, this liability is subsidiary and mitigated. The legislator set up this framework in order to conciliate human dignity and the protection of vulnerable people with the principle of full reparation. The conciliation is given by the leakage of extremes that only guaranteed dignity to the minors (if the outcome was the refusal of any compensation) or the victims (if the indemnity was total and strongly affects the assets of the minors). This is one of the innovations of the civil code that shows a differentiated approach to the purpose of civil liability.*

KEY WORDS: *Liability; incapacity; minor; estate.*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. O ARTIGO 928 DO CÓDIGO CIVIL.- III. A SUBSIDIARIEDADE COMO FUNDAMENTO.- IV. A EQUIDADE COMO FUNDAMENTO.- V. A EMANCIPAÇÃO.- VI. A EXTENSÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.- VII. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO.

O título desse item, por si só, geraria perplexidades no direito clássico. Como se pode falar em responsabilidade civil dos incapazes? Eles, conceitualmente, não a teriam. Inexistindo o discernimento para praticar validamente os atos da vida civil, aqueles que carecem de condições psíquicas para distinguir entre o bem e o mal ou o certo e o errado não poderiam ser pessoalmente responsabilizados pelos danos que porventura causassem, mesmo que titularizassem patrimônio suficiente para suportar amplamente as lesões por eles praticadas.

Essa, de fato, era a solução no direito clássico. Como censurar o comportamento daqueles que não tinham condições subjetivas de se conduzir em sociedade conforme o imperativo legal? Porém, progressivamente, com o intuito de não deixar a vítima desamparada, legislação e jurisprudência vêm buscando formas de responsabilizar diretamente o incapaz quando imprescindível à composição do dano. O olhar do direito civil é alterado: em vez de mirar para a responsabilização do ofensor – em busca de um culpado –, procura-se acautelar a vítima, no sentido de lhe assegurar a reparação integral. A reparação cabal dos danos resultantes da violação de um dever geral de cuidado se converte na função ideal da responsabilidade civil, como forma de recomposição da situação da vítima ao instante anterior à lesão. Nesse afã de retorno ao *status quo*, mesmo que o agente seja inimputável ao tempo dos fatos (por menoridade ou interdição), se titularizar bens suficientes, terá que, em determinadas ocasiões, reparar os danos por ele causados.

O Código Civil de 2002 modificou substancialmente a sistemática da responsabilidade civil dos incapazes. Veremos, em pontos distintos, onde tal influência modificativa foi mais forte.

• Nelson Rosenvald
Pós-Doutor em Direito Civil na Universidade Roma Tre (Itália), Procurador de Justiça do Ministério Público (MG-BR), Professor de Direito Civil do IDP (DF-BR). E-mail: nelson.rosenvald@me.com

II. O ARTIGO 928 DO CÓDIGO CIVIL.

O art. 928 assim dispõe: "o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes". Temos, portanto, a partir do Código Civil vigente, dispositivo legal que autoriza responsabilizar pessoalmente o incapaz por um dano que cause. Todavia, em caráter de exceção dentro do sistema de reparação de danos, cuida-se de responsabilidade solidária e mitigada.

Note-se, como assinala JOSÉ FERNANDO SIMÃO[1], que a lei civil busca essa modelação para a conciliação do princípio da dignidade humana da vítima e do incapaz. A conciliação dá-se pela fuga de extremos que só garantiriam a dignidade ao incapaz (se este não respondesse pelo dano e a vítima arcasse com os prejuízos) ou à vítima (se a indenização fosse integral e causasse um empobrecimento desmedido ao incapaz, privando-o do necessário).

Essa é mais uma das inovações do Código Civil que evidenciam uma diferenciada abordagem das finalidades da responsabilidade civil: a cabal reparação dos danos, a fim de que a vítima possa repor o equilíbrio patrimonial subvertido pela lesão, mesmo que para tanto seja atingido o patrimônio de um inimputável. Alguém deve pagar a conta!

A norma faz genérica referência ao incapaz, porém, é igualmente apta a abranger aquele que, no momento da ação ou da omissão, não possui o necessário discernimento. Seriam os casos em que o agente se conduz em estado de inconsciência que não foi deliberada ou culposamente provocado por sua própria conduta. Pode-se ilustrar com hipóteses de sonambulismo ou os chamados atos reflexos. Nesses casos, é possível a aplicação da norma do art. 928 do Código Civil. Todavia, não se aplica o dispositivo quando o ofensor, maior e capaz, voluntariamente se pôs em estado de inimputabilidade, sendo este transitório. Ele sofrerá a reprovação social por ter culposamente se colocado em estado de inconsciência[2].

O incapaz não pratica ato ilícito, por ausência de seu elemento subjetivo, qual seja, a falta de discernimento ou maturidade para avaliar as consequências do seu comportamento. Contudo, ele só será responsabilizado se estiver presente o elemento objetivo do ato ilícito: a antijuridicidade. O patrimônio do incapaz será excepcionalmente alcançado pela vítima se a sua ação ou omissão for contrária ao direito, uma conduta que se praticada por uma pessoa plenamente capaz seria sancionada como ofensiva ao sistema jurídico. Daí o acerto do Enunciado n. 590

1 Fernando Simão, J.: *A responsabilidade do incapaz*, Atlas, São Paulo, 2008, p. 295.

2 Junqueira Calixto, M.: *A culpa na responsabilidade civil - Estrutura e Função*, Renovar, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 58-59.

do Conselho de Justiça Federal: "A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, prevista no art. 932, inc. I, do Código Civil, não obstante objetiva, pressupõe a demonstração de que a conduta imputada ao menor, caso o fosse a um agente imputável, seria hábil para a sua responsabilização"[3].

III. A SUBSIDIARIEDADE COMO FUNDAMENTO.

A responsabilidade será subsidiária, devendo a vítima cobrar, inicialmente, dos responsáveis, só indo ao patrimônio do menor na hipótese de impossibilidade econômica daqueles. Assim, se o filho de 15 anos se apossa das chaves do carro do pai – que se encontrava escondida – e atropela um transeunte em razão da ausência de destreza ao volante, inicialmente a responsabilidade civil será exclusiva do genitor. Lembramos que o menor não comete ato ilícito, em razão de sua inimputabilidade. Quer dizer, os absoluta e relativamente incapazes praticam condutas comissivas e omissivas antijurídicas, mas ante a ausência de discernimento não serão sujeitos passivos de uma demanda de reparação de danos.

Em via de princípio, portanto, incide responsabilidade civil indireta de pais, tutores e curadores pelo fato do terceiro incapaz que se encontra sob a sua autoridade, seja pelo poder de família ou determinação judicial. Cuida-se de hipótese de responsabilidade civil complexa, pois o dano é causado por uma pessoa, mas a reparação recairá sobre a órbita patrimonial de outra. Nesse diapasão, preconiza o art. 932 do Código Civil: "São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições".

No exemplo citado do filho atropelador, poderia o pai se eximir sob a alegação de ausência de *culpa in vigilando*, pelo fato de ter dado ótima educação ao filho e em nada haver contribuído para o resultado danoso? A resposta será

3 A justificativa oficial para o enunciado é a de que "A alteração do regime de responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores foi uma das inovações do Código Civil de 2002, passando-se da culpa presumida para a imputação objetiva. Por isso, ao lado de outras situações relacionadas à responsabilidade por ato de terceiro, seu fundamento não mais reside na inobservância de um dever de vigilância, mas na necessidade 'de se garantir ressarcimento à vítima'" (Tepedino, Barboza, Moraes.: *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, vol. II, p. 830). Não obstante tal necessidade, mas especialmente tendo em conta que não se trata de uma imputação que encontra propriamente o seu fundamento no exercício de uma atividade de risco, exige-se parcimônia por parte do intérprete no sentido de delimitar o alcance da sua abrangência. Em razão disso, a mais abalizada doutrina tem sustentado "que objetiva é a responsabilidade dos pais [...] e não das pessoas pelas quais são responsáveis", de modo que, para a sua incidência, "será preciso a prova de uma situação que, em tese, em condições normais, configure a culpa do filho menor", interpretando-se o dispositivo "no sentido de que, praticado o ato em condições de ser considerado culposo se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável" (Cavalieri Filho: *Programa de responsabilidade civil*, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 203). Se assim não for, chegar-se-ia ao extremo de uma mesma situação submeter-se a uma regra de imputação objetiva apenas porque cometida por um menor, quando não o seria se praticada por um imputável. Nesse sentido, inclina-se a jurisprudência do STJ, conforme se infere no Resp. n. 777327/RS, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 1-º12-2009.

negativa, pois aqui não mais viceja a tese da culpa presumida e, portanto, passível de desconstituição. A responsabilidade indireta ora tratada é de natureza objetiva, incidindo sobre pais, tutores e curadores independentemente da aferição de seu comportamento. Não se requer a demonstração de qualquer negligência por parte do custodiante, sendo suficiente que reste provada a violação de um dever de cuidado pelo menor ou interdito. De acordo com o art. 933 do Código Civil, *"as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos". O dispositivo se conecta imediatamente com o art. 932, incisos I e II, do Código Civil. Dessa maneira, aplica-se a teoria da substituição. Quer dizer, os representantes substituem os representados perante as vítimas de danos por eles causados, pois se colocam na posição de garantes dos atos de incapazes. Prevalece o exposto no Enunciado n. 450 do Conselho de Justiça Federal: "A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida".*

Mas, voltando ao exemplo do atropelamento causado pelo menor de 15 anos, eventualmente poderá o responsável carecer de recursos para enfrentar o montante reparatório e verificar-se que o incapaz, ao contrário, ostenta patrimônio suficiente para arcar com a recomposição dos danos. Por isso se assume que a responsabilidade será *subsidiária*. Afinal, alguém deve pagar a conta, mesmo sendo inimputável!

Avulta então perceber que o incapaz poderá ser considerado responsável patrimonial, mas jamais o devedor, pois é inimputável e não pratica ato ilícito. A sua incapacidade produzirá duas ordens de efeitos: (a) atrairá a responsabilidade objetiva dos pais, tutores ou curadores (art. 932, I e II, CC); (b) evidenciará a sua própria responsabilidade patrimonial, porém subsidiária e mitigada (parágrafo único, art. 928, CC).

Nessa linha de raciocínio, o filho menor não terá interesse nem legitimidade para recorrer da sentença condenatória proferida em ação proposta unicamente em face de seu genitor com fundamento na responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos cometidos por filhos menores. Nos casos em que a demanda é endereçada tão somente contra os pais, para que seja admissível o recurso de pessoa estranha à relação jurídico-processual já estabelecida, faz-se necessária a demonstração do prejuízo sofrido em razão da decisão judicial, ou seja, o terceiro deve demonstrar seu interesse jurídico quanto à interposição do recurso. O Código Civil, no seu art. 932, trata das hipóteses em que a responsabilidade civil pode ser atribuída a quem não seja o causador do dano, a exemplo da responsabilidade dos genitores pelos atos cometidos por seus filhos menores (inciso I), que constitui modalidade de responsabilidade objetiva decorrente do

exercício do poder familiar. É certo que, conforme o art. 942, parágrafo único, da lei civil, "são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932". Todavia, o referido dispositivo legal deve ser interpretado em conjunto com os artigos 928 e 934 do Código Civil, que tratam, respectivamente, da responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz e da inexistência de direito de regresso em face do descendente absoluta ou relativamente incapaz. Destarte, o patrimônio do filho menor somente pode responder pelos prejuízos causados a outrem se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Mesmo assim, nos termos do parágrafo único do art. 928, se for o caso de atingimento do patrimônio do menor, a indenização será equitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam. Portanto, deve-se concluir que o filho menor não é responsável solidário com seus genitores pelos danos causados, mas, sim, subsidiário. Assim, tratando-se de pessoa estranha à relação jurídico-processual já estabelecida e não havendo demonstração do prejuízo sofrido em razão da decisão judicial, configura-se, na hipótese, a carência de interesse e legitimidade para a interposição de recurso[4].

Ainda no que concerne ao aspecto processual, seria temerário por parte da vítima demandar apenas contra o responsável. Mesmo que a pretensão seja procedente, se a execução for frustrada diante da insuficiência ou ausência de bens, não poderia a vítima executar em caráter subsidiário aquele incapaz que não ingressou no polo passivo da lide, pois o título não teria sido constituído contra ele. Consequentemente, culminaria por ajuizar uma segunda demanda contra o incapaz. Segundo o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O ideal será que o incapaz participe do processo de conhecimento, no qual se dará um litisconsórcio sucessivo entre o causador do dano e o responsável. Ou seja, haverá uma cumulação subsidiária de pedidos com direcionamento subjetivo distinto: o segundo pedido é ofertado contra o incapaz na eventualidade da impossibilidade da condenação dos responsáveis pelo incapaz. Conforme consagra o art. 289 do Código de Processo Civil, "É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior". Diante da presença do incapaz, a intervenção do Ministério Público será obrigatória à luz do art. 178, II, do CPC/15. Em caso de procedência, a sentença será trifásica: primeiro, o magistrado reconhece a obrigação de indenizar e o respectivo *quantum*; segundo, delibera sobre a necessidade de o incapaz indenizar; terceiro, estipula qual será a participação do incapaz na reparação e o arbitramento do montante. Certamente, só se alcançará o patrimônio do menor ou do interdito se malograr a execução proposta contra o responsável,

4 STJ, *Informativo* n. 515, de 3 de abril de 2013, REsp 1.319.626-MG, rel. Min. Nancy Andrighi.

pois só nesse momento será possível constatar a ausência de patrimônio dos responsáveis. De certo modo prevalecerá raciocínio semelhante ao aferido na ação de alimentos proposta em face dos avós: estes respondem subsidiariamente, em caráter sucessivo e complementar[5].

Mas, se aquele que foi lesado pelo incapaz optar por propor ação apenas em face dos responsáveis pelo incapaz, poderá o autor, no curso do processo, requerer a citação do incapaz para integrar o polo passivo do processo, bem como a intimação do Ministério Público, consoante disposição do art. 178, inciso II, do CPC/15. Depois de conferida a oportunidade ao interessado para se defender, poderá haver o redirecionamento da ação para o seu patrimônio. O incidente cognitivo deve ser adotado sempre que se pretenda aplicar o art. 928 a um processo em curso, em qualquer fase que ele esteja. Trata-se de responsabilidade (do incapaz) sem dívida (que é do seu responsável)[6].

O art. 928, *caput*, do Código Civil, traz ainda uma segunda circunstância de incidência de responsabilidade subsidiária do incapaz: "se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo". *Abre*-se aqui a seguinte indagação: em qual situação os responsáveis desfrutarão de patrimônio suficiente para reparar os danos causados pelo incapaz, mas não terão obrigação de fazê-lo?

Cremos que a norma é despicienda, por duas razões: a uma, os pais, tutores e curadores sempre serão responsáveis primários por essa reparação; a duas, só não o serão quando destituídos da autoridade parental. Contudo, nessa hipótese, obviamente deixam de ser os responsáveis se o dano ocorreu por fato posterior à perda do poder de família. Excepcionalmente, como aponta José Jairo Gomes[7], na época da ocorrência do dano injusto pode ainda não ter sido declarada a incapacidade do portador de transtornos mentais e, pois, não existir curador nomeado. Não é razoável que a proteção legal ao incapaz só ocorra após a declaração da incapacidade, já que a doença mental é um estado preexistente à declaração: a incapacidade decorre de um estado de fato que a sentença apenas reconhece. A lei não diz quem responderá pelo dano causado pelo incapaz na circunstância aludida. Mas, se ele tiver bens suficientes, manda o princípio da solidariedade social que o dever de indenizar seja reconhecido, devendo o montante ser fixado equitativamente. Contudo, não possuindo o autor do fato

5 *Alimentos. Responsabilidade subsidiária. Avós.* A Turma deu provimento ao recurso especial a fim de deferir o chamamento ao processo dos avós maternos no feito em que os autores pleiteiam o pagamento de pensão alimentícia. *In casu*, o tribunal *a quo* fixou a responsabilidade principal e recíproca dos pais, mas determinou que a diferença fosse suportada pelos avós paternos. Nesse contexto, consignou-se que o art. 1.698 do CC/2002 passou a prever que, proposta a ação em desfavor de uma das pessoas obrigadas a prestar alimentos, as demais poderão ser chamadas a integrar a lide. Dessa forma, a obrigação subsidiária deve ser repartida conjuntamente entre os avós paternos e maternos, cuja responsabilidade, nesses casos, é complementar e sucessiva" (STJ, *Informativo* n. 464, 4ª Turma, 25 de fevereiro de 2011).

6 Pagani de Souza, A.: *Aspectos processuais da responsabilidade civil do incapaz*, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 339.

7 Jairo Gomes, J.: *Responsabilidade civil e eticidade*, Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 306.

patrimônio bastante, são também a solidariedade e a cooperação sociais que orientam no sentido de que a vítima suporte os danos sofridos.

Interessante conjuntura será aquela em que o incapaz provoca danos e os seus pais se encontram divorciados, estando o menor sob a guarda exclusiva de um dos genitores, comumente a da mãe. Muitos poderiam acreditar que estaria o pai eximido de reparar prejuízos, tendo a genitora que suportá-los isoladamente (este , aliás, é o posicionamento do STJ)[8]. Ledo engano! Quando o inciso I do art. 932 do Código Civil atribui a reparação civil aos pais, pelos filhos menores, que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, em nenhum instante delimita a demanda da vítima somente em face daquela mãe que tinha o poder de controle imediato sobre o menor ao instante do ato antijurídico. Caso o ofendido perceba que o pai possua evidente superioridade econômica, poderá contra este litigar, isoladamente ou com a formação de litisconsórcio passivo facultativo, assegurada a solidariedade passiva conforme o parágrafo único do art. 942 do Código Civil. Não se olvide que o pai compartilha o poder de família, mesmo não tendo a guarda, e que o ordenamento privilegia o acesso da vítima à reparação. Essa lide será fundada na teoria objetiva da responsabilidade civil (art. 933, CC).

Nada obstante, prosseguindo no exemplo, caso a mãe efetivamente detivesse o poder de direção sobre o filho, poderia o pai ajuizar ação de regresso em face da ex-esposa. Contudo, a demanda de regresso seria pautada na teoria subjetiva da responsabilidade civil, cabendo a demonstração do ato ilícito vazado na conduta omissiva e negligente por parte daquela que em tese poderia controlar o filho e evitar a sua conduta antijurídica. Esse é o teor do Enunciado n. 449 do Conselho de Justiça Federal: "Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos

8 STJ, *Informativo* n. 575, período: 19 de dezembro de 2015 a 4 de fevereiro de 2016. Terceira Turma. *Direito Civil. Hipótese de inexistência de responsabilidade civil da mãe de menor de idade causador de acidente.* A mãe que, à época de acidente provocado por seu filho menor de idade, residia permanentemente em local distinto daquele no qual morava o menor – sobre quem apenas o pai exercia autoridade de fato –, não pode ser responsabilizada pela reparação civil advinda do ato ilícito, mesmo considerando que ela não deixou de deter o poder familiar sobre o filho. A partir do advento do CC/2002, a responsabilidade dos pais por filho menor (responsabilidade por ato ou fato de terceiro) passou a embasar-se na teoria do risco, para efeitos de indenização. Dessa forma, as pessoas elencadas no art. 932 do CC/2002 respondem objetivamente (independentemente de culpa), devendo-se, para tanto, comprovar apenas a culpa na prática do ato ilícito daquele pelo qual os pais são legalmente responsáveis. Contudo, nos termos do inciso I do art. 932, são responsáveis pela reparação civil 'os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia'. A melhor interpretação da norma se dá nos termos em que foi enunciada, caso contrário, bastaria ao legislador registrar que os pais são responsáveis pelos filhos menores no tocante à reparação civil, não havendo razão para acrescentar a expressão 'que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia'. Frise-se que 'autoridade' não é sinônimo de 'poder familiar'. Esse poder é um instrumento para que se desenvolva, no seio familiar, a educação dos filhos, podendo os pais, titulares desse poder, tomar decisões às quais se submetem os filhos nesse desiderato. 'Autoridade' é expressão mais restrita que 'poder familiar' e pressupõe uma ordenação. Assim, pressupondo que aquele que é titular do poder familiar tem autoridade, do inverso não se cogita, visto que a autoridade também pode ser exercida por terceiros, tal como a escola. No momento em que o menor está na escola, os danos que vier a causar a outrem serão de responsabilidade dela, e não dos pais. Portanto, o legislador, ao traçar que a responsabilidade dos pais é objetiva, restringiu a obrigação de indenizar àqueles que efetivamente exercem autoridade e tenham o menor em sua companhia. Nessa medida, conclui-se que a mãe que não exerce autoridade de fato sobre o filho, embora ainda detenha o poder familiar, não deve responder pelos danos que ele causar" (REsp 1.232.011-SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 4-2-2016).

danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores".

Encerrando o exame da subsidiariedade, percebe-se aparente conflito entre a regra que a fundamenta (art. 928, CC) e o parágrafo único do art. 942 do Código Civil, dispondo que "são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932". Ora, sendo certo que os incisos I e II do citado art. 932 fazem referência à responsabilidade de pais, tutores e curadores quanto aos atos praticados por incapazes, o que prevalece, portanto, a subsidiariedade (928) ou a solidariedade (942)? Podemos buscar duas respostas, uma simplista e outra sistemática, sendo que ambas conduzem ao mesmo resultado. A primeira resposta é singela: em face do conflito aparente de normas, a regra especial prevalece sobre a regra geral. Ou seja, vale o art. 928 nos casos de fatos antijurídicos cometidos por menores e interditos. A segunda resposta é intrassistêmica. Sendo a responsabilidade do incapaz excepcional no direito privado e condicionada à falta de recursos econômicos do seu responsável, não faria sentido conceder à vítima a liberdade de, *a priori*, escolher contra quem litigar, a ponto de imediatamente convocar o patrimônio do incapaz sem que se faça um prévio exame da (in)suficiência financeira do responsável para arcar com o montante reparatório. Em suma, excluem-se da incidência do parágrafo único do art. 942 os incisos I e II do art. 928, prevalecendo a solidariedade nos demais incisos.

IV. A EQUIDADE COMO FUNDAMENTO.

Adiante, há de se destacar que a excepcional responsabilidade civil dos incapazes tem como fundamento a equidade. Definitivamente, não se trata de responsabilidade por ato ilícito (pois o incapaz não perpetra ilícitos civis), nem tampouco responsabilidade objetiva pela teoria do risco (já que não se vislumbra atividade de risco em tais casos). Pode-se atrelar à equidade o princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF), impondo maior tutela em prol das vítimas. Mas, por outro lado, qual seria o fundamento *equitativo* de se extrair o patrimônio de um inimputável?

Em verdade, a equidade resulta de um juízo de ponderação de interesses. De um lado, o ofendido contará com maiores possibilidades de recompor o patrimônio abalado pela lesão, pois poderá alcançar os bens do incapaz; de outro lado, os bens do menor ou do interdito serão alcançados apenas subsidiariamente e de forma mitigada, sem jamais correr o risco de privação de seu patrimônio mínimo. Daí a obrigatoriedade de sua observância por parte do magistrado.

Além de subsidiária – como já vimos –, a responsabilidade em questão é mitigada, consoante dispõe o parágrafo único do art. 928 do Código Civil: "A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem". Portanto, se a reparação em questão deixar o incapaz em situação de precariedade econômica ou mesmo as pessoas que dele dependam, o dano não será objeto de reparação, perdendo a norma por completo a sua eficácia. Incide aqui o Enunciado n. 39 do Conselho de Justiça Federal: "A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana".

Urge ressaltar que enquanto a incapacidade, para efeito de incidência do artigo 928, é a do momento do evento danoso, a aferição do *patrimônio suficiente* é a do momento de sua constrição e não antes, porque é nesse momento que se deve considerar a possibilidade de reequilíbrio patrimonial em relação à vítima do evento; de nada adiantaria a lei expor não haver a privação do necessário para o incapaz e quem dele dependa se essa constatação não ocorresse no momento da invasão patrimonial. Somente na fase constritiva haverá a solução subsidiária. Entendimento contrário – ou seja, avaliação do patrimônio suficiente ao tempo do ato antijurídico – equivaleria a assumir que o incapaz seria devedor, quando na verdade é mero responsável patrimonial[9].

A equidade atuará duplamente: seja como fonte e fundamento da responsabilidade; seja como justificativa para a mitigação do montante da reparação. O magistrado não fixará a reparação integral. A razão da negativa quanto à *reparação integral* será o fato de que um incapaz que não possui o mesmo poder de intelecção que uma pessoa de total discernimento não poderá pessoalmente se comprometer pela integralidade do prejuízo causado, mas apenas parcialmente.

Prosseguindo a hermenêutica do referido parágrafo único, nem mesmo parcialmente será o patrimônio do incapaz atingido, caso isso implique supressão de seu mínimo existencial. Basta cogitar do incapaz que herdou um pequeno imóvel de sua mãe enquanto o seu pai nada titulariza. O responsável não poderá indenizar, e o mesmo se diga do autor do dano, embora o valor do bem de raiz supere o montante dos danos.

Se o incapaz puder, entretanto, fazer face ao dano sem desfalque econômico, a indenização em questão não será mitigada, e sim integral. Digamos que alguém, riquíssimo, embora interditado por problemas mentais, põe fogo em modesto

9 Santos Ferreira W.: *Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz*, Juspodivm, Salvador, 2005, p. 367.

barraco, expondo humilde família à miséria. A indenização, nesse caso, deverá ser integral, abrangendo os danos morais e materiais havidos, sendo absurdo imaginar qualquer redução.

Tudo o que aqui se comentou apenas se aplica à responsabilidade civil extranegocial. Via do exposto, o menor relativamente incapaz responde diretamente pelas obrigações contratuais assumidas sem o assistente, não podendo, para se eximir de uma obrigação, "invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior" (art. 180 do CC). Não se aplica, à espécie, o art. 928 se, digamos, um menor (relativamente incapaz), com 17 anos, aluga um apartamento, dizendo-se maior (documentos falsos, por exemplo), e torna-se inadimplente (passa um ano sem pagar o aluguel). Nesse caso, o locador pode acioná-lo diretamente, e sobre o patrimônio do menor, caso exista, recairá a penhora. Portanto, de nada valerá ao menor alegar sua incapacidade relativa, e a suposta anulabilidade do contrato, já que o art. 180 é peremptório ao prescrever: "O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior". Não há necessidade, em casos tais, de, invocando o art. 928, acionar primeiro os responsáveis para, somente depois, na ausência de patrimônio destes, buscar os bens do próprio incapaz. O maior de 16 e menor de 18, se maliciosamente assume obrigações, por elas diretamente responde, em razão do que dispõe o art. 180 do Código Civil. Naturalmente que, sendo menor, no caso, relativamente incapaz, empenha responsabilidade solidária dos pais ou responsáveis (art. 932, I). Nessa trilha, inexistindo patrimônio em nome do menor, nada impede que a vítima acione os responsáveis, para ver reparados os prejuízos sofridos.

V. A EMANCIPAÇÃO.

A outro giro, a menoridade, de acordo com o art. 5o do Código Civil, cessa aos 18 anos, idade em que se está habilitado à prática dos atos da vida civil. Nesse instante cessa a autoridade parental e os deveres familiares pontuados no art. 227 da Constituição Federal. Qualquer demanda oriunda de ato ilícito danoso cometido pelo maior que completou 18 anos antes da data do fato lesivo contra ele exclusivamente será ajuizada. Contudo, é fundamental registrar que os pais serão eximidos de reparação de danos pela senda da responsabilidade objetiva (arts. 932, I, c/c 933, CC). Dessa forma, se o ilícito cometido pelo filho maior se deu com a colaboração de uma conduta culposa do pai (v. g., emprestou o carro ao filho maior e sem habilitação), fatalmente o ascendente responderá

solidariamente, a teor do parágrafo único do art. 942 do Código Civil[10]. Aliás, em caráter de simetria, basta recordar que no caso de homicídio contra filho maior de 18 anos, os pais privados de recursos recebem indenização até que completem determinada idade.

Porém, de acordo com o parágrafo único do art. 5º, não raramente ocorre a emancipação, hipótese de antecipação da capacidade plena. A emancipação, em qualquer de suas hipóteses, equivale à maioridade civil. O emancipado, em princípio, responde isoladamente pelos danos que causar. O inciso I do art. 932 pontua que os pais são responsáveis "pelos filhos menores...".

Aqui há uma única e importante exceção, construída pela jurisprudência[11] e que concerne à emancipação voluntária, ou seja, aquela em que os pais, comparecendo em cartório, manifestam o desejo de emancipar o filho maior de 16 anos. Nesse caso, como a autonomia patrimonial obtida pelos filhos é quase sempre restrita ao plano jurídico, sem consequências práticas efetivas, posto mantida a dependência econômica perante os pais – ao contrário do que ocorre na emancipação pelo casamento ou pela atuação empresarial –, tal e qual uma fraude contra credores, a emancipação em cartório permanece válida, porém ineficaz em face de eventuais vítimas de condutas antijurídicas do emancipado. Assim, o ofendido poderá não apenas litigar contra o autor do fato (na condição de plenamente capaz) e de seus pais, firmando-se responsabilidade solidária. A propósito, o Enunciado n. 41 do Conselho de Justiça Federal, cujo teor confirma: "A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do novo Código Civil".

Hipótese peculiar é aquela em que um adolescente de 12 anos pratica ato infracional, sendo condenado a uma medida socioeducativa. De acordo com o art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima". "Esse dispositivo excepciona a subsidiariedade do parágrafo único do art. 928 do Estatuto Civil, pois prevê a

10 "Responsabilidade civil. Acidente. Trânsito. Cinge-se a controvérsia em saber se o pai do condutor e proprietário do veículo causador do acidente que vitimou a mãe e filha dos autores da ação é responsável civilmente pelo pagamento de indenização pelos danos sofridos, se é devida a reparação por danos materiais e se o valor fixado a título de compensação por danos morais deve ser revisto. Embora o pai do condutor alegue que seu filho (maior de idade e legalmente habilitado) pegou o carro sem autorização e que isso afastaria a sua responsabilidade pelo acidente, o tribunal consignou que a culpa dele consiste ou na escolha impertinente da pessoa a conduzir seu carro, ou na negligência em permitir que terceiros, sem sua autorização, tomassem o veículo para utilizá-lo (culpa in eligendo ou in vigilando, respectivamente)" (*Informativo* n. 484, de 26 de setembro a 7 de outubro de 2011, 3ª Turma).

11 "A emancipação voluntária, diversamente da operada por força de lei, não exclui a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores" (STJ, AgRg no Agr. 1239557-RJ, 4ª Turma, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJe* 17-10-2012).

responsabilidade direta do adolescente infrator. Desse entendimento não discrepa o Enunciado n. 40 do Conselho de Justiça Federal": "o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas".

VI. A EXTENSÃO AS PESSOAS CURATELADAS.

A hermenêutica do conceito de "incapacidade" transcende o conceito da menoridade e alcança as pessoas sob curatela. A vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência não afetou a aplicação do art. 928 do Código Civil. A Lei n. 13.146/15 caminha no sentido personalista da Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência. Em seu art. 2º conceitua a pessoa com deficiência como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. De acordo com o art. 84, "A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas". O § 1º do mesmo art. 84 preconiza que: "Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida *à curatela, conforme a lei". Em arremate, o § 3º aduz que,* "A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível"[12].

Até aqui, percebemos que o Estatuto da Pessoa com Deficiência admite em caráter excepcional o modelo jurídico da curatela, porém, sem associá-la à incapacidade absoluta. Portanto, a Lei n. 13.146/15 nos remete a dois modelos jurídicos de deficiência: deficiência sem curatela e deficiência qualificada pela curatela. A deficiência como gênero engloba todas as pessoas que possuam uma menos valia na capacidade física, psíquica ou sensorial –, independente de sua gradação –, sendo bastante uma especial dificuldade para satisfazer as necessidades normais. O deficiente desfruta plenamente dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Porém, se a deficiência se qualifica pelo fato de a pessoa não conseguir se autodeterminar, o ordenamento lhe conferirá proteção ainda mais densa do que aquela deferida a um deficiente capaz, demandando o devido processo legal de curatela.

Equivocam-se os que creem que a partir da vigência do Estatuto todas as pessoas que forem interditadas serão consideradas plenamente capazes. A garantia de igualdade reconhece uma presunção geral de plena capacidade a favor

12 Uma visão ampla sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência se encontra no artigo de minha autoria, "Da curatela", no capítulo XIV, do compêndio organizado pelo IBDFAM, *Tratado de direito das famílias*, 2015, IBDFAM.

das pessoas com deficiência. Isso significa que, através de relevante inversão da carga probatória, a incapacidade surgirá excepcional e amplamente justificada. Por conseguinte, a Lei n. 13.146/15 mitiga, mas não aniquila a teoria das incapacidades do Código Civil. As pessoas deficientes submetidas à curatela são removidas do rol dos absolutamente incapazes do Código Civil e enviadas para o catálogo dos relativamente incapazes, com uma renovada terminologia. Doravante, o ser humano com deficiência não será uma pessoa absolutamente incapaz, mesmo se submetida à curatela. É desproporcional e desumano atrelar a curatela à incapacidade absoluta.

A nova redação do inciso III, do art. 4º (Lei n. 13.146/15) remete aos confins da incapacidade relativa "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade". Aqui se revela a intervenção qualitativamente diversa do Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades: Abole-se a perspectiva médica e assistencialista de rotular como incapaz aquele que ostenta uma insuficiência psíquica ou intelectual. Corretamente o legislador optou por localizar a incapacidade no conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura da pessoa querer e entender – e que, portanto, justifiquem a curatela –, sem que o ser humano, em toda a sua complexidade, seja reduzido ao âmbito clínico de um impedimento psíquico ou intelectual. Ou seja, o divisor de águas da capacidade para a capacidade não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de conformar ou expressar a sua vontade.

Em síntese, a Lei n. 13.146/15 absolve seres humanos do "pecado original" da incapacidade absoluta como "portadores" de grave deficiência ou enfermidade mental, remetendo-os ao rol dos relativamente incapazes, sob o pálio do impedimento de exprimir a vontade. Assim, a pessoa com deficiência será civilmente capaz e os atos patrimoniais e existenciais que protagonize serão considerados válidos e eficazes, quando não estiver submetida à curatela. O Estatuto deseja prioritariamente promover a autonomia e, subsidiariamente protegê-la. A proteção só se aplica à pessoa com deficiência quando estritamente necessária, sem que a impeça de caminhar com as "próprias pernas", eventualmente incidir em equívocos e, se for o caso, se responsabilizar, seja por atos negociais, como por comportamentos antijurídicos, na forma do art. 928 do Código Civil, dispositivo que abrange a categoria dos relativamente incapazes.

VII. CONCLUSÃO.

Seja o autor do fato um menor ou a pessoa com deficiência, quando o pai, tutor ou curador efetua o pagamento da condenação por danos patrimoniais e/ou morais, poderá obter direito de regresso contra os filhos, tutelados e curatelados?

Segundo o art. 934 do Código Civil, "Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz". Pela leitura do dispositivo, a objeção ao regresso se dá apenas nas relações entre pais e filhos. Com o objetivo de evitar conflitos familiares, o legislador vedou o ingresso dos pais no patrimônio do filho que praticou o fato ilícito, mesmo que o pagamento da condenação acarrete prejuízos mediatos a seus irmãos, eventualmente privados de um melhor nível de vida. Objetivando amortecer tais consequências, mesmo que a médio ou longo prazo, prevê o art. 2.010 do Código Civil que "Não virão à colação os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime". *Tal e qual no ditado popular,* "a vingança tarda, mas não falha". Quando da morte do responsável, aqueles valores pagos pelo falecido serão imputados como adiantamento da legítima em processo cível – o que não se aplica ao processo-crime –, sendo a reparação deduzida da cota-parte do herdeiro beneficiado.

Todavia, no que tange ao desembolso efetuado por tutores e curadores em razão de condutas danosas praticadas por tutelados e curatelados, caberá o direito de regresso. Aquelas pessoas exercem um *munus*, de nítido caráter assistencial e que visa substituir o poder familiar em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram julgados ausentes, ou ainda quando foram suspensos ou destituídos daquele poder (no caso do tutor), ou quando o maior ofensor é pessoa portadora de transtornos mentais, com redução ou eliminação de discernimento (no caso da curatela). Exceto nos casos em que a pessoa do curador coincidentemente for um dos pais, caberá o regresso por todas as quantias desembolsadas em prol da vítima, desde que não privem os incapazes de recursos necessários ao perfazimento de seu mínimo existencial. Não se olvide que o parágrafo único será aplicado para fins de resguardar o limite econômico humanitário, não apenas quando a lide for promovida pela vítima, mas também quando a demanda de regresso for instaurada pelo tutor ou curador.

BIBLIOGRAFIA

Calixto, M.J.: *A culpa na responsabilidade civil – Estrutura e Função*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008.

De Souza, A.P.: *Aspectos processuais da responsabilidade civil do incapaz*, Coleção Direito e Processo, Saraiva, São Paulo.

Fernando Simão, J.: *A responsabilidade do incapaz*, Atlas, São Paulo, 2008.

Ferreira, W.S.: "Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz", in *Reflexos do novo código civil no direito processual*, Juspodivm, Salvador, 2005.

Gomes, J.J.: *Responsabilidade civil e eticidade*, Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

Jairo Gomes, J.: *Responsabilidade civil e eticidade*, Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

Junqueira Calixto, M.: *A culpa na responsabilidade civil - Estrutura e Função*, Renovar, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

Pagani de Souza, A.: *Aspectos processuais da responsabilidade civil do incapaz*, Saraiva, São Paulo, 2007.

Rosenvald, N.: "Da curatela", in *Tratado de Direito de família*, 3ª ed., IBDFAM, Belo Horizonte, 2019.

Santos Ferreira W.: *Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz*, Juspodivm, Salvador, 2005.

Simão, J.F.: *A responsabilidade do incapaz*, Atlas, São Paulo, 2008.

MENORES Y MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR

MINORS AND MEDIATION IN THE FAMILY FIELD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 734-769

María Elena
COBAS
COBIELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad ofrecer algunas consideraciones preliminares sobre los menores de edad, los principios que informan la protección de la minoría de edad, destacando la función y papel que ostenta la mediación en el ámbito familiar cuando hay presencia de menores en conflictos familiares.

PALABRAS CLAVE: Minoría de edad; superior del menor; mediación, mediación; en el ámbito familiar.

ABSTRACT: *Summary: The purpose of this work is to offer some preliminary considerations about minors, the principles that inform the protection of minority age, highlighting the role of mediation in the family environment when there is the presence of minors in family conflicts.*

KEY WORDS: *Minority of age; the superior interest of the minor; mediation; mediation in the family environment.*

SUMARIO.- I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- II. PROTECCIÓN DEL MENOR.- 1. Normativa a destacar.- 2. Principios inspiradores del sistema de protección de menores.- 3. El interés superior del menor como principio orientador del sistema de protección de la minoría de edad.- III. MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- 1. Mediación y Menores.- a. Algunas consideraciones.- b. Categorización del interés superior del menor y mediación.- c. Conflictos y mediación con menores.- d. Algunas herramientas facilitadoras de la mediación con menores.- e. Derechos de los menores de edad en sede de mediación.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.-

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

El Derecho de familia siempre ha sido una materia en movimiento y en constante revolución, por su contenido y por la relación con la persona en todo su quehacer. Hay que recordar que el eje del Derecho Civil es la persona y en Derecho de Familia es la institución de la familia.

Más recientemente la intensificación de la protección de los derechos de los menores, la familia, las personas con capacidad modificada judicialmente, así como la atención a la dependencia ha sido una constante en esta materia. Ya no solo en su aspecto patrimonial sino también en su ámbito más personal, lo que se ha traducido en una jurisprudencia extensa y profusa en la materia adaptando instituciones a una nueva realidad, póngase de ejemplo el tratamiento de la incapacidad, y las funciones de los tutores y de los curadores, así como el instituto de la tutela y la curatela.

En este sentido habrá que atenerse a la protección constitucional que refrenda el art. 39 de la Constitución española, en relación a la protección social, económica y jurídica de la familia y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, fortaleciendo la autonomía de los menores en un contexto actual complicado[1].

1 Por mucho tiempo el Derecho de Familia ha estado impregnado de una fuerte carga pública, por el interés del Estado en proteger determinados sectores, sin embargo, en esta última década, quizás por la crisis económica, política y social, ha hecho que el Estado no pueda asumir y hacerse cargo de todos los frentes; ello hace que exista un resurgir nuevamente del Derecho Privado, y de uno de sus principios más relevantes, la autonomía de la voluntad. *Vid.* Cobas Cobiella, M. E.: "Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema", *Revista Boliviana de derecho,* núm. 17, enero 2014, p. 34.

• María Elena Cobas Cobiella
Profesora Titular de Derecho civil, Facultad de derecho, Universidad de Valencia, España. Correo electrónico: m.elena.cobas@uv.es

La minoría de edad y los menores constituyen temas de importancia para el derecho, no solo por la "necesaria protección jurídica", sino también por la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran y por el fuerte contenido ético y social que demandan, que hacen de la misma una materia de especial interés no solo para los juristas sino para los psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales y en general para la sociedad. Teniendo como paradigma y principio el interés superior del menor.

La existencia de normas imperativas y dispositivas, así como la autonomía de la voluntad, vista en conjugación con los modelos actuales de familia permiten no sólo la reflexión sino también el acercamiento a la mediación como una vía o fórmula para sopesar y ponderar la posibilidad de que los menores puedan participar en la misma., teniendo en cuenta los límites previstos por la ley, el interés superior del menor, la naturaleza jurídica de la mediación y sobre todo la casuística.

La ponderación en este tema debe ser la pauta a seguir, que deberá ser tratado objetivamente, tomando como premisa las limitaciones que establece la Ley de Mediación, Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles[2], en cuanto a los procesos que puede conocer y los principios que informan la mediación como la voluntariedad, la libre disposición, la neutralidad, igualdad de las partes, imparcialidad y confidencialidad[3].

El objetivo del trabajo es adentrar al lector en algunas problemáticas y cuestiones que puedan resultar de interés tanto para el desarrollo de la mediación como para la conformación de una sistemática en torno a la protección del menor sujeto a mediación. Sobre todo si tenemos en cuenta que la justicia sigue siendo incapaz de asumir y gestionar con agilidad la impartición y administración de justicia[4], a lo que se une por demás la necesaria modernización de la misma que parte de la asunción de otras fórmulas que permitan ofrecer una justicia efectiva que es de lo que se trata cuando se demanda la misma por parte de los ciudadanos, con todas las ventajas que proporciona poder elegir y la diversidad de fórmulas., dentro de las que se encuentra la mediación.

2 BOE núm. 162, de 07/07/2012. *Cfr.* Art. 2 que en cuanto al ámbito de aplicación señala que esta ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

3 *Cfr.* Art. 6 y siguientes de la Ley.

4 La modernización de la justicia requiere prontitud en la respuesta de los óranos jurisdiccionales, porque una justicia retardada ya no es justicia. *Vid.* Cobas Cobiella, M. E.: "El notario: De autor del instrumento público notarial a sujeto de la modernización de la justicia", en AA.VV.: *Derecho Notarial. Nuevas tendencias* (coord. y ed. por K. Cantoral Domínguez y G. M, Pérez Fuentes), Tirant Lo Blanch, México, 2020, p. 200.

II. PROTECCIÓN DEL MENOR.

1. Normativa a destacar.

La protección de la minoría de edad está reflejada en destacada normativa, en constante transformación por la necesidad de atemperarla a la realidad actual. La Constitución española ocupa el primer lugar por su importancia, en orden a la protección y tutela de los menores, de conformidad con los tratados internacionales, a la vez que impone obligaciones a los padres, como el deber de asistencia a los mismos mientras dura la minoría de edad y en los demás casos que proceda, de acuerdo al art. 39[5].

A partir de la Carta Magna habrá que tener en cuenta la profusa normativa en relación a este tema, destacándose los acuerdos e instrumentos internacionales en la materia. Así tenemos la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos.

Además, resultan reseñables dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el de 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

Téngase en cuenta también el Código Civil español que regula las cuestiones referidas a la filiación, patria potestad, la edad, la representación legal y la tutela, como norma esencial en el derecho común[6].

5 *Vid.* Constitución Española, 1978, BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

6 *Vid.* Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. *Vid.* Gaceta de 25 de Julio de 1889. Vigencia desde 01 de mayo de 1889. Revisión vigente desde 15 de octubre de 2015 hasta 29 de junio de 2018.

En España, la protección de los menores encuentra su máximo exponente en 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, que ofrece ya desde su Exposición de Motivos, a los niños un papel activo y creativa, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de los demás[7].

Transcurridos varias décadas de la aprobación de esta norma, fue imprescindible introducir cambios en la materia, con vistas a uniformar el tema y ofrecer la garantía necesaria a los menores en consonancia con una nueva etapa y una sociedad bastante diferente a la de hace dos décadas, y lo que es fundamental conceptualizar el interés superior del menor como principio básico en esta materia y en lo que a menores se refiere.

Los principios que inspiran la citada reforma se deben a una necesidad de protección por parte de los poderes públicos a los menores en un nuevo entorno, sintetizados caben señalar los siguientes: 1. Medidas estables de protección frente a medidas transitorias o de corte temporal, 2. La familia o el núcleo familiar frente a las residenciales, el acogimiento familiar en la guarda de los menores tiene un papel preponderante, priorizando en todo caso que la misma se produzca en su familia de origen. 3. El interés superior del menor se establece como rector en cualquier decisión que se tome. 4. Las medidas consensuadas prevalecen sobre las impuestas.

Más recientemente se han aprobado varias leyes de importancia en esta materia, que conviene destacar.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[8] constituye una norma a tener en cuenta por las importantes modificaciones en relación a la temática de los menores en España. La reforma ha tenido como finalidad esencial garantizar una protección uniforme en materia de menores, que además unifique y sirva como marco de referencia a las legislaciones autonómicas en el desarrollo de sus respectivas legislaciones.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[9] que potencia el interés superior del menor y entre algunas de sus reformas tenemos que desarrolla y completa de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los

7 *Vid*. BOE núm. 175 de 23 de Julio de 2015. Vigencia desde 12 de agosto de 2015.

8 *Cfr*. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, Referencia: BOE-A-2015-8470.

9 *Cfr*. BOE núm. 175 de 23 de Julio de 2015. Vigencia desde 12 de agosto de 2015.

niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

Se sustituye el término juicio por el de madurez, tanto en la presente ley orgánica como en la ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros.

Además, se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas.

Se regula, como novedad importante, en el nuevo capítulo IV del título II, el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta en los que esté prevista, como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales, así como las actuaciones e intervenciones que pueden realizarse en los mismos.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria[10], por su parte establece importantes modificaciones en materia de familia, dando en este sentido respuesta a la necesidad de una nueva ordenación legal, adecuada, razonable y realista de la jurisdicción voluntaria. Así en su Título II, desarrolla los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas, tratando cuestiones básicas como la adopción, de la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial, en relación a la tutela, la curatela y la guarda de hecho, con una extensa incidencia en las cuestiones de familia.

Téngase en cuenta igualmente, el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre

10 BOE núm. 158.

la sustracción internacional de menores[11], que se aplica a tenor de lo previsto en el art. 1 a materias civiles relativas a: a) al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Señalando además que: 2. Las materias contempladas en el apartado 1, letra b), podrán, en particular, incluir: a) el derecho de custodia y el derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes de un menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) el acogimiento de un menor en un establecimiento o un hogar de acogida ;e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de un menor.

Los capítulos III y IV del presente Reglamento se aplican en casos de traslado o retención ilícitos de un menor que afecten a más de un Estado miembro, completando el Convenio de La Haya de 1980. El capítulo IV del presente Reglamento se aplica a resoluciones que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deban ser ejecutadas en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó la resolución.

En el art. 4 del Reglamento se regulan los supuestos en que no se aplica, entre lo que se encuentran: a) a la determinación y a la impugnación de la filiación; b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción; c) al nombre y apellidos del menor; d) a la emancipación; e) a las obligaciones de alimentos; f) a los fideicomisos y las sucesiones; g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones del Derecho penal cometidas por los menores.

2. Principios inspiradores del sistema de protección de menores.

La Administración pública, en todas sus actuaciones de protección de los menores de edad, ha de regirse necesariamente por una serie de principios que recoge expresamente el art. 11 LOPJM[12]. En este sentido advierte doctrina en la materia[13] que el interés del menor es el primero de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos; así era antes y lo sigue siendo después de la reforma de 2015, si bien destaca que es cierto que las nuevas leyes introducen

11 Órgano Consejo de la Unión Europea, publicado en DOUEL núm. 178 de 02 de Julio de 2019, Vigencia desde 22 de Julio de 2019.

12 *Cfr* el art. 11. 2 de la citada Ley que establece expresamente la protección del interés superior del menor. 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. BOE núm. 15, de 17/01/1996.

13 Vázquez-Pastor Jiménez, L.: "Interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos", *Boletín Ministerio de Justicia, BMJ*, año LXXIII, julio 2019, núm. 2.221, p. 12 y ss.

novedades muy importantes en relación con este principio básico y vertebrador de todo el sistema de protección del menor de edad.

En materia de protección de menores cabe señalar que los menores pueden estar sujetos a patria potestad, pero también a acogimiento o a tutela teniendo en cuenta lo preceptuado en el Código Civil[14].

Estos principios pueden servir de orientación cuando exista la posibilidad de mediación en el ámbito familiar tanto para el mediador como para los mediados. Recuérdese que el mediador puede ser cualquier persona[15], siempre que tenga la formación requerida y los requisitos que la ley señala, por tanto si estamos en presencia de un mediador no formado en derecho, o en trabajo social o psicología pueden servir de pautas estos, con vistas al desarrollo de la mediación y a la orientación tanto de las herramientas de mediación que se empleen, como la toma de acuerdos, si los hubiere.

Los principios que ordenan estos temas son los siguientes: en primer lugar el interés del menor prevalece sobre cualquier otro interés en juego, resaltándose la supremacía que tiene el mismo, tal como refiere la Sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio 2009[16], se insiste en segundo orden que el menor se mantenga en el medio familiar salvo que no sea conveniente para su interés.

En cuanto a la integración familiar y social necesaria para el libre crecimiento de los menores, se concluye por la jurisprudencia que el derecho de estos a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesaria otras medidas y posiciones, tal como refiere la jurisprudencia[17] . Igualmente se destaca que las medidas que deban adoptarse a favor del menor deben ser las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual y la integración social del menor[18], incluso frente a los derechos de los padres biológicos, que no es reconocido ni por

14 *Cfr.* art. 161, 162, 172.1 y siguientes del CC. Así como a lo previsto en el art. 222 CC.

15 Art. 11. Condiciones para ejercer de mediador. "1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley. 2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. 3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga". *Cfr.* igualmente Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

16 *Cfr.* STS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581).

17 STS 13 junio 2011 (RJ 2011, 4526) y STS 17 febrero 2012 (RJ 2012, 3924).

18 STS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581).

las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional, si se trata de adoptar medidas de protección de un menor desamparado.

Las medidas que se establezcan en favor de los menores se fijan en interés de ellos, incluso con independencia de los pedido por las partes en litigio, así téngase en cuenta la STC número 120, 10 diciembre 1984 [19] y la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia número 687, 2 diciembre 2015[20]. Por tanto, ante ese interés superior del menor debe ceder el de los padres biológicos.

En lo que respecta a los menores igualmente hay que considerar la especial situación de los menores extranjeros tanto acompañados como no acompañados que deben gozar de la protección como cualquier otro menor.

En el ámbito de menores la existencia de movimientos migratorios, cada vez más acuciantes, inciden en el ámbito de los menores, los cuales no son ajenos a este proceso, en ocasiones siguen el destino de sus padres, en otras, no tan escasas como quisiéramos, llegan por diversas vías a España y se encuentran igualmente inmersos y afectados por la doble condición de menores y de inmigrantes, los que los lleva a una situación de especial vulnerabilidad[21].

La UNICEF y el Consejo General de la Abogacía han establecido un conjunto de principios básicos en relación a los menores extranjeros.

Entre los principios se destacan en primer lugar que el fenómeno de la inmigración es un hecho imparable y cambiante: de ahí que, tanto la legislación migratoria como la de protección de menores deben adaptarse a esta nueva realidad, considerando muy especialmente las necesidades de estos menores y los contextos respectivos.

En segundo lugar se destaca un principio que marca todo el Informe internacional y nacional en relación a esta temática; que son menores, antes que extranjeros: un niño es un niño en cualquier lugar del mundo con independencia

19 *Cfr.*STC 120/1984, de 10 diciembre (RTC 1984, 120).

20 *Cfr.* STS 2 diciembre 2015 (RJ 2016, 117). "Por tanto, ante ese interés superior del menor debe ceder el de los padres biológicos recurrentes, no por motivos de recursos económicos, que sería contrario al art. 18 LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, tras su modificación por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio con idéntica finalidad, si ese fuese el único factor valorado, sino en atención a los vínculos existentes ya entre el menor y sus acogedores, así como por las circunstancias que dieron lugar a las medidas iniciales de protección, (Sala de lo Civil, Sección1ª) STS 21 diciembre 2016 (RJ 2016, 6271)".

21 *Cfr.* Ortega Giménez, A. y Heredia Sánchez, L.: "Critical Analysis of the Process of Determination of the Age of Unaccompanied Foreign Minors in Spain", *International Journal of Latest Research in Humanities and Social Science (IJLRHSS)*, vol. 03, pp.39-47: y Ortega Giménez, A. y Heredia Sánchez, L.: "Efectos jurídicos de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Una polémica que no termina" (dir. por A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 19-34, en ambos trabajos se analiza críticamente la forma de determinar la minoría de edad en España en detrimento del interés superior del menor.

de su documentación o situación legal, y por tanto le amparan todos los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que La Convención de los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en su art. 2 señala que: "todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación", y el art. 3 que establece que: "todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo".

En lo que respecta al menor extranjero acompañado que son aquellos que o bien viven con sus padres, familiares o tutores, cabe decir una regla que es de aplicación en toda la materia de extranjería, y es que estos ostentan la misma situación o idéntica que sus progenitores. Téngase en cuenta que habrá que estar a los diversos supuestos que regula la Ley de Extranjería y el Reglamento correspondiente[22].

Entre los supuestos que marca la normativa está la residencia del hijo nacido en España de residente[23], la residencia del hijo no nacido en España de residente[24], cuya situación está aparejada a la de los padres y tutores.

En lo que respecta a los menores extranjeros no acompañados, la citada Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre introdujo importantes reformas en la Ley de

22 *Cfr.* Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Reformado igualmente en virtud de Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, publicado en BOE número 103, de 30 de abril de 2011.

23 *Cfr.* art. 185 del Reglamento de Extranjería que contempla tres supuestos a tener en cuenta en orden a la obtención de la residencia. En primer lugar, regula la situación del hijo nacido en España de residente extranjero con exactitud. El citado art. contempla a su vez tres supuestos: en el apartado 1 establece que los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo en España adquirirán automáticamente la residencia de la que sea titular cualquiera de los progenitores. De ahí que los padres, bien los dos o uno de ellos deberá solicitar "personalmente" la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia, acompañando original y copia del certificado de nacimiento. En el apartado dos establece el supuesto del hijo nacido en España de padre o madre reconocidos como refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria, los cuales podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de protección internacional o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor. El apartado tres recoge el caso de un hijo nacido en España de un extranjero titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar en condición de descendiente de otro residente, regulando la norma, que aquel adquirirá una autorización de residencia por reagrupación familiar dependiente de su progenitor.

24 Este supuesto contempla a los menores que no han nacido en España, pero son hijos de extranjeros con residencia en España, así como los menores sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, a virtud de lo previsto en el art. 186 del Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería.

El citado art. expresa que podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios económicos y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar. La vigencia de la autorización concedida por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, la madre o el tutor del interesado.

Extranjería y en su Reglamento, en relación con los menores extranjeros, tanto acompañados como no acompañados. En este sentido, configura un régimen jurídico integral, de especial interés en el caso de estos últimos, regulándose por primera vez en detalle el procedimiento de repatriación del menor, con intervención destacada del Ministerio Fiscal, así como el tránsito de la minoría a la mayoría de edad y la normativa al respecto[25]. Téngase en cuenta además lo previsto en el art. 35 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre que establece algunas cuestiones de interés en aras de la protección de los menores no acompañados y algunas garantías que han de tenerse en cuenta en este sentido, con vistas a garantizar una uniformidad en la materia y que han de respetarse por los organismos que estén implicados, el primero de ellos, es el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen de forma integrada, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados.

Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos, a tenor de lo previsto en el apartado 1 del citado texto. El apartado tercero del art. 35 de la Ley de Extranjería, articula algunas de las garantías y procedimientos con vistas a la protección de los menores, que abarca desde la localización del menor, la atención inmediata, la investigación de identidad, la determinación de la edad del presunto menor, la intervención del Ministerio Fiscal quien ha de ser puesto en conocimiento inmediato, en relación a la determinación de la edad, estableciendo en los siguientes apartados el mecanismo a seguir con vista el cuidado y protección de los menores, los que deberán ser puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de esta es inferior a los dieciocho años. Presunción que le favorece.

Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para este, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento

25 La protección de los menores no acompañados se regula en doce apartados frente a la mínima regulación anterior de cinco apartados. El art. 189 del Reglamento de la Ley de Extranjería ofrece la definición del menor no acompañado como el "extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación". Los requisitos que por tanto han de darse para hablar de un menor no acompañado al decir de la doctrina son: que el menor carezca de la compañía de un adulto al llegar a territorio español que se haga responsable de él, que la responsabilidad que recae sobre el adulto puede ser de hecho o de derecho, y finalmente la declinación por parte del adulto de su responsabilidad, una vez que el menor ha entrado en territorio español, de manera que se le deja solo.

previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita[26] .

3. El interés superior del menor como principio orientador del sistema de protección de la minoría de edad.

El interés superior del menor ha sido objeto de estudio y de análisis doctrinal, bien como fórmula, como noción abstracta, como principio de interpretación de la ley, con diversas interpretaciones pero todas convergentes en la necesidad de protección del menor y de situarlo en el centro del derecho y en especial del derecho civil extensible hasta el ámbito patrimonial[27], posibilitando el libre desarrollo del mismo como persona. Pero teniendo en cuenta que debe ser esgrimido y adaptado a cada caso en concreto y a las circunstancias específicas de cada menor y cada entorno familiar, porque cabe que en algunas ocasiones no sea posible argumentarlo y tampoco deberá ser utilizado para la obtención de disímiles intereses ni familiares ni parentales.

El interés del menor como ya he señalado no debe emplearse como un cajón de sastre para esgrimir y argumentar pretensiones, en muchas ocasiones que nacen de las relaciones conflictivas, de los progenitores y sólo enfocado al aspecto material de la cuestión, ni tampoco debe ser apreciado como un castigo[28].

Constituye un principio a atender y que al entrar en colisión con otros derechos fundamentales puede no ser preponderante, porque tiene como cualquier otro derecho límites que han de ser observados.

Igualmente, el Tribunal Supremo ha considerado en orden al interés superior del menor, que en determinados casos como el que trata el supuesto, estamos en presencia de no sólo un concepto jurídico indeterminado, sino que puede constituir un "concepto esencialmente controvertido" al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. La aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado. La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales

26 *Vid.* Cobas Cobiella, M. E.: "Menores y extranjería: situaciones de regularización", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 108 y ss.

27 El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que se ha desarrollado frecuentemente en el Derecho de familia. Por ello, la novedad de la sentencia comentada radica en que aplica por primera vez este principio al derecho patrimonial como medida de protección de los intereses de los menores en este ámbito. *Vid.* Guillén Catalán, R.: "El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928)", *Revista. Boliviana. de derecho*, núm. 19, 2015, p. 765.

28 Cobas Cobiella, M. E.: "Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema", cit., p. 47.

puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma"[29].

Cabe además señalar que, a pesar del significativo avance en la materia, dejando por lo menos a efectos normativos de ser un concepto jurídico indeterminado, siguen siendo criterios de corte general por lo que habrá que atenerse a cada caso en concreto. Razón por la cual la doctrina jurisprudencial por su parte en su momento delimitó el ámbito del interés superior del menor, teniendo en cuenta lo dispuesto según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones "A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales ...". [30].

Tras la reforma legal del 2015 se produce una nueva configuración del interés superior del menor que como señala Verdera Izquierdo confiere al operador jurídico una serie de elementos y criterios para valorar los hechos que sirven al juzgador para concretar su contenido y extensión. Y todo ello a los efectos "de interpretación y aplicación» de dicho principio que le permiten concretar su alcance en cada supuesto planteado y, de esta forma, otorgarle un contenido particular en cada caso. No solo como criterio hermenéutico sino también como derecho sustantivo y norma de procesamiento. Así, frente a la limitada configuración del interés del menor como un principio general antes de la reforma, ahora este concepto abarca una triple dimensión, considerándose como un derecho

29 *Cfr.* STS 6 febrero 2013 (RJ 2014, 833*)*.

30 *Cfr.* STS 2 diciembre 2015 (RJ 2016, 117).

sustantivo del menor, como un principio general de carácter interpretativo y como una norma de procedimiento"[31].

Se produce, por tanto, una relevante mejora de la conceptuación del interés del menor en relación con la regulación anterior como advierte Vázquez- Pastor[32].

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece en su art. 2 el ámbito y el interés superior del menor, estableciendo que: "1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Reafirmando que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Regula además los criterios generales en la interpretación y aplicación del interés superior del menor, lo que se aplicarán además atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto. Entre los que destacan:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia

31 *Vid.* Verdera Izquierdo, B.: "El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* (dir. por M.V. Mayor Del Hoyo), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, p. 525.

32 *Vid.* Vázquez- Pastor.: "Interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos", cit., p. 13.

de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Regula además la ley que estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta determinados elementos generales, entre los que destacan: la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales y cualesquiera otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

En la aplicación del interés superior del menor se tendrán que observar los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. Cuestión planteada por la jurisprudencia al expresar que: "en relación con el principio de proporcionalidad, y las medidas restrictivas de derechos que se ha de concretar, en las tres siguientes condiciones: 'si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)'[33], de forma tal que en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

33 *Cfr.* STC número 199/2013, de 5 de diciembre (RTC 2013, 199).

Matizando algunas cuestiones hay que tener en cuenta que el interés superior del menor constituye un principio y un procedimiento de actuación como ha destacado y ratificado la jurisprudencia en la materia[34] y como se ha expresado anteriormente.

En cuanto a los menores extranjeros cabe señalar en orden tanto a su protección como a la salvaguarda del interés superior del menor que Estados tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que les conciernan, visto como derecho colectivo y como derecho individual, tal como señala la Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: "un niño es en primer lugar y sobre todo, un niño. Sólo después puede él o ella ser visto como un migrante".

Esta consideración, junto con la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, tal y como establece el art. 3 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, y la prohibición de discriminación entre los niños, debería constituir el punto de partida de cualquier discusión relativa a los menores migrantes no documentados. La cuestión de su estatus migratorio puede sólo considerarse en segundo lugar[35].

III. MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

1. Mediación y Menores.

A) Algunas consideraciones.

La mediación constituye una fórmula o instrumento extrajudicial de conflictos, cuya importancia y función en la sociedad actual es innegable. Ello no debe ocupar cuartillas innecesarias en el trabajo, a pesar de que en los tiempos de pandemia que vivimos en este momento -espero que sea sólo eso que se escriben estas líneas-, la mediación está teniendo un auge increíble en los temas de custodia

34 STS 14 febrero 2018 (RJ 2018, 452).

35 "5.1 Les enfants non accompagnés doivent être traités avant tout comme des enfants et non comme des migrants; 5.2. l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans toutes les décisions prises à son égard, quel que soit son statut au regard de la réglementation sur l'immigration ou sur le séjour; 5.3. aucun enfant ne devrait être privé de l'accès au territoire ni refoulé par une procédure sommaire à la frontière d'un Etat membre; il conviendrait de l'orienter immédiatement vers les services spécialisés qui pourront lui fournir une assistance et le prendre en charge afin de vérifier s'il est mineur, de préciser les particularités de son cas, de déterminer ses besoins de protection et de trouver finalement une solution durable dans son intérêt supérieur" Résolution 1810, 2011. Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe. http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/FRES1810.htm. *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: "Menores y extranjería: situaciones de regularización", cit., p.107.

compartida[36] por ejemplo, sin contar por supuesto el papel que tendrá en todos los conflictos que estos tiempos difíciles traerán[37]. Téngase en cuenta que el conflicto no disminuye en momentos complejos, al contrario es posible que crezcan las tensiones, los sentimientos encontrados, la primacía del interés individual sobre los generales y la indisciplina social, de lo que no escapa el entorno familiar, sobre todo en estos momentos en que se escriben estas líneas, de confinamiento absoluto. Y a la espera del desenvolvimiento de la primera fase de apertura del confinamiento permitiendo la salida con límites de menores hasta 14 años de edad[38], que no estará exenta de conflictividad tanto por la incoherencia de las medidas[39] como por el control casi imposible de la casuística. Sin contar con la aparición a destacar en la citada orden de un nuevo concepto "adulto responsable", que es quien está autorizado a pasear a los niños[40].

Continuando con lo expuesto anteriormente. Sí, resulta desde mi punto de vista, más atractivo e interesante para el lector es la mediación donde los sujetos o mediados sean los menores. Tema que por demás resulta bastante complejo, dada la especial dificultad que tiene la cuestión y por la problemática ya en sí que tiene el tratamiento de los menores y el conjunto de figuras que intervienen en

36 En este sentido señala que algún sector de la doctrina que : "otro escenario donde también se ha planteado mucha conflictividad y mucha disparidad de criterios es en el relativo a la suspensión, o no, del régimen de visitas y los periodos de la custodia compartida, ya que ha habido dos puntos de vista al respecto, en tanto en cuanto algunos profesionales eran partidarios de seguir cumpliendo el régimen que corresponda durante el estado de alarma para mantener el derecho del progenitor de estar con sus hijos, pero, por otro, se ha mantenido un criterio, quizás más coherente, de suspender toda movilidad del menor de domicilio a domicilio, precisamente amparándonos en el propio interés del menor, y fijando posteriormente un sistema de compensación de los periodos de tiempo no disfrutados". *Vid*. Magro Servet, V.: "La Ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus", *Diario La Ley,* núm. 9618, Sección Plan de Choque de la Justicia, 22 de abril de 2020, Wolters Kluwer, s/n.

37 *Vid*. Vázquez, A.: "El régimen de visita de los menores copa la mediación durante la pandemia",https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20200418/custodia-visitas-menores-copa-mediacion-pandemia-7931158 donde se señala que: "El coronavirus nos ha hecho replantearnos las prioridades y el estado de alarma decretado para rebajar los contagios ha modificado nuestra forma de vida tanto en el trabajo como en las relaciones sociales. En las familiares, donde ya de por sí no siempre son raras las fricciones, especialmente en situación de separación y divorcio, los conflictos se han multiplicado. De ahí que sean las que copan el servicio gratuito de mediación puesto en marcha por el Departament de Justícia para resolver a distancia los problemas que puedan surgir durante la emergencia sanitaria" ... En estas semanas, ha constatado que muchas de las consultas reflejan la preocupación de uno de los dos progenitores por sus hijos, tanto por estar con ellos y ser el otro un profesional de los que prestan servicios esenciales, como médicos, policías o bomberos, pero también cajeros de supermercado o periodistas, como por no poder estarlo. El objetivo es que a través del diálogo las dos partes encuentren una solución a su conflicto, para lo que las posibilidades son casi infinitas, aunque una opción práctica es acordar "una compensación" en tiempo con los niños para cuando termine el estado de alarma., Madrid - Sábado, 18/04/2020 - 23:04.

38 El Gobierno autoriza a los niños a salir una hora entre las nueve de la mañana y las nueve de la noche, https://www.lasprovincias.es/sociedad/salud/gobierno-aprueba-ninos-20200424104701-ntrc.html.

39 Orden SND/370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE núm. 116, de 25 de abril de 2020.

40 Así en el art. 5 se señala: "1.A los efectos de lo previsto en esta orden, se entiende por adulto responsable aquella persona mayor de edad que conviva en el mismo domicilio con el niño o niña actualmente, o se trate de un empleado de hogar a cargo del menor. Cuando el adulto responsable sea una persona diferente de los progenitores, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales o de hecho, deberá contar con una autorización previa de estos. 2. Es responsabilidad del adulto acompañante garantizar que se cumplen durante la realización del paseo diario los requisitos para evitar el contagio previsto en el art. 3".

torno a la minoría de edad, padres, tutores y la familia en general, que en algunos casos podría ser la biológica y en otros la adoptiva, todas ellas cargadas de fuentes componentes personales, sentimentales y patrimoniales, que inciden las notas peculiares que ostentan los conflictos familiares y que se extienden a diversas áreas del derecho civil, como puede ser la sucesoria y la contractual[41].

La mediación como fórmula de resolución extrajudicial de conflictos, a pesar de que no ha sido- opino- pensada e ideada para paliar conflictos donde los sujetos activos sean los menores en la toma de las decisiones, no solo por las dificultades que ello implica en orden a la existencia de una madurez o no, sino porque la propia naturaleza de la mediación, los principios que la informan siguen un cauce diferente, recordemos que son los mediados los líderes y actores de las decisiones y del proceso, bajo la mirada atenta del mediador, son los que toman sus propios acuerdos, los materializan y llegan o no al final de la solución del conflicto. Pero ello no obsta en modo alguno, que la mediación pueda y es casi ineludible en procesos de familia, en conflictos familiares con menores, como método más acertado para poder desentrañar las situaciones y misterios que se esconden dentro del ámbito familiar, esta conclusión no es novedosa, ya que en familia es donde ha tenido más auge y preponderancia la mediación.

En este sentido es acertado el planteamiento de un sector de la doctrina que al analizar la mediación con las características y principios que le son intrínsecos llama la atención sobre la factibilidad de la misma. Comenta la doctrina que: "en el ámbito específico de la mediación familiar, y ello en cuanto suponga la intervención directa o indirecta con los menores, es donde los beneficios de la mediación en relación a la concreción del interés superior del menor se pueden manifestar con mayor claridad. La ventaja que ofrece la mediación, en orden a individualizar el interés superior del menor, en comparación con la interpretación jurisprudencial, por ejemplo, es que permite una valoración de las circunstancias y de los intereses en juego alejada de una actitud obstruccionista por parte de los padres o titulares de la guarda que difícilmente puede superarse con medidas rígidas establecidas coactivamente[42].

De hecho, la Ley 5/2012, de 6 de julio no regula la participación de los menores en mediación, no así alguna normativa autonómica como la catalana,[43] que prevé

41 Debemos tener en cuenta el nuevo panorama del Derecho de familia, que involucra nuevas modalidades familiares y nuevos entornos en este sentido.

42 Belloso Martín, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario Facultad de Derecho* - Universidad de Alcalá X (2017) 1-42, pp. 31-32.

43 *Cfr.* Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Comunidad Autónoma de Cataluña, "DOGC" núm. 5432, de 30 de julio de 2009, "BOE" núm. 198, de 17 de agosto de 2009. Referencia: BOE-A-2009-13567 que establece en el art. 4: Personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación.1. Pueden intervenir en un procedimiento de mediación e instarlo las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación. 2. Los menores de

específicamente, la intervención de menores en las mediaciones que les afecten., o más recientemente la valenciana[44] que legitima a las menores para intervenir en la mediación, bien por sí mismo o a través de sus representantes legales, regulando en el art. 22 que:

"1. Podrán ser parte en un procedimiento de mediación todas las personas físicas o jurídicas, ya sean éstas públicas o privadas, que se vean afectadas por un conflicto o litigio definido en el art. 4.d de esta ley.

2. Las personas menores de edad y las personas con capacidad modificada judicialmente podrán intervenir en los procedimientos de mediación en la medida en que según la normativa vigente tengan capacidad para disponer del objeto del conflicto. En su defecto, podrán intervenir a través de sus legales representantes".

Este argumento puede reforzarse en primer lugar con la existencia de las diversas Escuelas de Mediación que posibilitan un abanico de posiciones en la forma de apreciar el conflicto, facilitando de esta forma el acceso a aquella que pueda trabajar con los menores y con la normativa de la minoría de edad[45]. Adaptando la elección de la Escuela al caso, a la edad y madurez del menor y a las circunstancias que le rodean, así como al tipo de conflicto, no será lo mismo un conflicto en el aula con menores, que un conflicto en el seno familiar.

B) Categorización del interés superior del menor y mediación.

La categorización del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado permite flexibilidad en cuanto al tema, y cierto margen, por parte de los operadores (jueces, fiscales, administración), para su concreción. Pero a la vez, como señala algún sector de la doctrina, provoca cierta e indeseable inseguridad jurídica, especialmente en un Derecho que, como el español que, a diferencia de otros, carece de criterios normativos preestablecidos para la concreción de este concepto[46].

Los jueces en su actuación han empleado del interés superior del menor como fundamento y solución para los asuntos siempre delicados donde se produce la

edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, pueden instar la mediación en los supuestos del art. 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora.

44 Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 23, de 26 de enero de 2019.

45 En este sentido téngase como referencia VALERO LLORCA, J.: "Influencia de las diferentes escuelas de mediación en el desarrollo del proceso", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y conciliación, Una puesta al día* (dir. por M.E. COBAS COBIELLA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 42 y ss.

46 *Vid.* BELLOSO MARTÍN: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar", cit., p. 2.

intervención de menores de edad. Existe profusa jurisprudencia en ese sentido que marca el devenir de la protección de los menores como ya no sólo criterio de ponderación frente a otros derechos sino como un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que finalmente coadyuva en un conjunto de acciones, procedimientos todos encaminados a solventar la situación jurídica de los menores que en definitiva tienen la capacidad de actuación en el mundo jurídico sujeta a limitaciones. Téngase en cuenta que los menores como se ha señalado anteriormente y, a pesar de su amplia protección son sujetos de derecho, pero sujetos a la vez a una capacidad de obrar limitada que es el criterio preponderante y con más ecos en la actualidad[47]. Téngase en cuenta que la menor edad es la situación en la que se encuentra la persona desde que nace hasta que cumple dieciocho años (art. 315.I CC y art. 12 CE). En realidad, el Código Civil no contiene una regulación expresa de la minoría de edad, sino de la situación del menor que está sometido a patria potestad o, en su caso, a tutela.

De ahí que dentro del régimen jurídico de los menores se establezcan una variedad de supuestos que les permiten ostentar una inserción dentro de la sociedad y una participación en la esfera jurídica en un conjunto de actos, que carecen lamentablemente de sistematización en el Código Civil, pero que les legitima para la realización de determinados actos jurídicos, tomando como presupuesto la edad. Señaladamente, el art. 162.II.1º CC, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece que en los actos relativos a los derechos de la personalidad que el menor, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo, queda excluida la representación legal que tienen los padres sobre él. Dicha ley, además, añade al precepto que "no obstante, en esos casos, los responsables parentales intervendrán en virtud de los deberes de cuidado y asistencia".

Para todos los demás actos, los padres o el tutor del menor actúan como representantes legales del mismo y pueden realizar actos jurídicos que afectan a su esfera patrimonial (en ese sentido, pueden vender bienes de la propiedad de sus hijos, arrendarlos, etc.). No obstante, el art. 166 CC pone límites a esas actuaciones de los padres y exige que dispongan de autorización judicial para realizar determinados actos, que son los siguientes: renunciar a los derechos cuya titularidad sea de los hijos; enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos, y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones; y repudiar la herencia o legado diferidos a su hijo. En los dos primeros casos, además, los padres habrán de justificar el acto por causas de utilidad o necesidad.

47 *Vid.* Verdera Server, R.: *Lecciones de Derecho Civil,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 259, que advierte: "no existe un principio general de incapacidad de obrar del menor. No es cierto que los menores no pueden realizar válidamente ninguna clase de actos, aunque deberá determinarse cuáles son los actos que sí pueden realizar".

Es necesario tener en cuenta que hasta la reciente reforma, introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, los menores de edad no emancipados, al tener limitada su capacidad de obrar, no podían prestar un consentimiento válido para contratar (art. 1263.1º CC). El contrato celebrado por ellos podía, en consecuencia, ser anulado por sus representantes legales o, por ellos mismos, en plazo de cuatro años, a contar desde que cumplieran la mayoría de edad (art. 1300 CC).

La constante opinión crítica de la doctrina y la jurisprudencia encuentran un reflejo en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha dado una nueva redacción al art. 1.263 CC. El precepto, en su redacción actual, en línea con lo que acabo de explicar, señala que los menores no emancipados no pueden prestar el consentimiento válido para contratar, pero exceptúa los supuestos en que "las leyes les permitan realizar actos por sí mismos o con asistencia de sus representantes", "así como "los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales"[48].

Tras la reforma del interés superior del menor, como derecho con sustantividad propia, al decir de Sánchez Martínez[49], como derecho específico del menor, no sustitutivo de otros derechos, sino complementario y, precisamente, dirigido a garantizarlos; su objetivo no es otro que garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos del menor y su desarrollo integral. Todos los derechos del menor, por tanto, forman parte de su interés superior. Por tanto, el interés del menor no se refiere únicamente a los derechos de naturaleza protectora, sino que abarca también los derechos dirigidos a promover su autonomía y participación en los asuntos que le conciernen. Ello explica que se mantenga, junto con el reconocimiento del derecho del menor a que su interés sea considerado primordial, la obligación de interpretar de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, añadiéndose una última precisión: y es que, en todo caso, dicha interpretación se hará siempre en interés superior del menor (art. 2.1 *in fine* LOPJM). Esta modificación sitúa en su verdadera dimensión a las limitaciones de la capacidad de obrar del menor en tanto que solo tienen sentido en su propio interés y es así como deben interpretarse.

Dicho esto, y en correspondencia con la autonomía de la voluntad que es uno de los pilares que sostienen la mediación, una de las caras más expuestas en la conformación de la citada fórmula de resolución extrajudicial de conflictos, se abre

48 *Vid.* Atienza Navarro. M. L.: "La edad", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho a la persona)*, 2ª ed. (coord.por J.R De Verda Y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.102.

49 Sánchez Martínez, O.: "Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 2017, pp. 57-58.

paso a la conformación de un paradigma y a un posicionamiento de la figura del menor dentro de la mediación.

La mediación en el ámbito familiar con presencia de menores, tendrá que tener en cuenta la casuística, la naturaleza del conflicto, la situación de la familia y el mediador deberá utilizar los instrumentos que la mediación ofrece y que resultan más interesantes para esta modalidad como son los genogramas por ejemplo[50]. Todo ello permitirá ponderar no sólo el interés superior del menor, sino también el lugar que ocupa en el seno familiar y ser oído si la edad y la madurez así lo permiten.

En el ámbito de la mediación familiar con menores, de la misma forma que la mediación en el ámbito educativo o la mediación intercultural existen complejidades que no podemos soslayar y es los límites que la ley impone en orden a la edad. Otras circunstancias que se tiene que tener en cuenta es la presencia e influencia de los padres y la familia en la personalidad de menor, la existencia de tipologías de familia, o de padres conflictivos, también la educación recibida por los niños y adolescentes es otro de los factores a tener en cuenta, así y para mayor abundamiento la pertenencia o no a un determinado grupo o etnia, como puede ser la gitana, o cualquier otra que tiene sus propios cánones de actuación y reglas que requieren una formación específica para enfrentar el conflicto e instrumentos específicos para lograr los fines que se hayan propuesto con la mediación[51] . De ahí que el mediador deberá tener una doble percepción a la hora de mediar con menores y diría que una especial sensibilidad.

Igualmente quizás, podríamos aventurarnos en la necesidad de abordar el interés superior del menor en los primeros incumplimientos de uno de los progenitores en orden a los deberes familiares y no realizar únicamente ex post la valoración de tal interés, y en este sentido cabría mencionar esa arista de la mediación, como herramienta preventiva, incluso antes de entrar en el conflicto, pero previendo un conflicto en ciernes[52]. Evidentemente teniendo en cuenta que el mediador no es un terapeuta, pero si una persona con la suficiente empatía y formación para este tipo de retos.

No obstante hay que asentir que como he señalado es la mediación familiar un primer paso para encauzar la toma de soluciones en el conflicto al apoyo de

50 Los genogramas permiten contextualizar el marco familiar, la existencia de hijos de otros matrimonios, de nuevas parejas, la presencia de abuelos tanto maternos como paternos, ofreciendo una imagen cartográfica de la situación de la familia.

51 *Vid.* Azcárraga Monzonís, C.: "La formación del mediador en la mediación internacional", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y conciliación, Una puesta al día* (dir. por M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 166 y ss., donde destaca la aptitud intercultural que ha de tener el mediador, pp. 166 y ss.

52 A manera de ejemplo en los protocolos familiares puede intervenir un mediador, para facilitar la comunicación y la conformación de los acuerdos.

una protección "real y objetiva del interés del menor", porque el mediador, puede facilitar, acompañar y lograr que en definitiva los mediados adopten las soluciones más acertadas para la protección de sus hijos, si los hubiere. Por algunas razones que cierran por lo menos temporalmente este debate, entre las que cabe señalar que nadie puede estar más capacitado que los padres para querer y proteger a sus hijos, y si lo olvidarán, cosa que puede suceder y que sucede a menudo, el Derecho cuenta con los mecanismos necesarios para reestablecer e imponer todas las garantías, sin contar que como advierte la doctrina en la materia: "la mediación familiar es un procedimiento a través del cual, en cierta medida, se desjudicializan los conflictos en la familia pues corresponde a los miembros de la misma, ayudados por el mediador, autorresolver su propia crisis sin necesidad de acudir en vía contenciosa al Juez correspondiente, evitando en definitiva, la actuación de los Tribunales de Justicia, en el sentido por todos conocido, pues es cierto que la complejidad de la mediación requiere de manera prácticamente constante la interrelación entre la mediación y el tribunal competente, quien deberá homologar, en su caso, el acuerdo al que hayan llegado los interesados"[53].

C) Conflictos y mediación con menores.

Los conflictos son los que marcan la naturaleza de la mediación, como he advertido en alguna otra publicación[54].

Los conflictos con menores pueden ser de cualquier naturaleza, inclusive penal. Existen los educativos, los familiares, civiles, los interculturales e incluso laborales teniendo en cuenta que pueden trabajar a determinada edad, de salud (menores pacientes).

En orden a los conflictos que se presentan en la familia[55], habrán algunos en que podrán intervenir los menores como sujetos de la mediación, pero otros ni aun en aras de protección del interés superior del menor su presencia será aceptable desde mi punto de vista, como pueden ser los referidos al divorcio, la cuantía de la pensión de alimentos, la liquidación del régimen económico matrimonial, la atribución de la vivienda familiar, por ejemplo u otros en que la presencia de los menores lejos de facilitar entorpece la mediación. A pesar de que muchas decisiones se tomen en aras del interés superior del menor, pero ello no indica en absoluto que este interés se relacione directamente con la presencia e

53 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: "Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema", cit., pp. 48-49. *Vid.* Casado Román., J. E. y Isábal Ordóñez, E.M.: "La Mediación Familiar en el Derecho Español", *Revista Aranzadi Doctrinal,* Parte Estudio, 2010, 7, pp. 1-20.

54 *Vid.* "Mediando en Derecho de Sucesiones", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y conciliación, Una puesta al día, (*dir. por M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 84.

55 En cuanto a la conceptualización de la mediación familiar y los conflictos que se suscitan. *Vid.* Vega Cardona, R.J.: "Nuevos enfoques de la mediación en España", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y conciliación, Una puesta al día* (dir. por M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67 y ss.

intervención de los menores en la mediación, a pesar de la relación entre ambos son caminos que, si bien confluyen, en ocasiones la no presencia del menor puede facilitar que se logre con más éxito la protección de sus intereses con las medidas o el acuerdo a que se llegue en mediación. Con independencia de que en el proceso de divorcio uno de los derechos del menor es ser oído.

En este sentido coincido con al señalar que el menor tiene la consideración de un receptor indirecto de la mediación, término que acuña como "beneficiario de la mediación", que son destinatarios del posible consenso, pero ajenos a la consideración de parte real en aquel proceso, pues, como hemos tenido ocasión de observar, la mayoría de las directrices normativas referidas a la mediación familiar, abundan en la consideración de los sujetos partícipes de la misma como mayores de edad en situación de conflicto, y en la clara tendencia a consolidar la base de la mediación como fórmula de conciliación extrajudicial de los problemas surgidos entre ellos. Sin embargo, lo que no es menos cierto, es que los destinatarios principales y, por tanto, beneficiarios de la solución coyuntural, son, en la gran mayoría de los supuestos, los hijos menores[56].

Por supuesto en conflictos educativos los menores dentro de la mediación ostentan un papel preponderante. Incluso se apuesta por los especialistas en la materia, la formación de menores de edad en mediación o la educación en mediación, para que puedan ejercer como tales o por lo menos coadyuvar a ello, pero teniendo en cuenta la edad y la madurez del menor, téngase en cuenta que hay mediadores naturales que deberíamos potenciar.

Nos dice en este sentido Agüero Ugalde al definir la mediación educativa que: "es un procedimiento basado en principios y fases, realizado por estudiantes mediadores, quienes, ayudados de un docente mediador, actúan imparcialmente para sus compañeros, por sí mismos, logren acuerdos beneficiosos para ambas partes y preserven sus relaciones de compañerismo. Se funda en valores de amistad, confianza, respeto y confidencialidad"[57].

"La mediación escolar parte de la base de que los niños y los jóvenes pueden y deben ser protagonistas en la resolución de sus propios conflictos. Fomenta el diálogo y la participación cooperativa. Les muestra que no hay una verdad única, que incluso los hechos más objetivos pueden ser vistos desde perspectivas diferentes y que todo el mundo puede tener su parte de razón. Ayuda a entender y respetar la diferencia, a ser más tolerantes (…) es una importante herramienta

56 *Vid.* Díaz Cappa, J.: "Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación", http: //weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf, p. 6.

57 Agüero Ugalde, E.: "La mediación educativa: Enfoque de derecho comparado entre España y Costa Rica", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y conciliación, Una puesta al día* (dir. por M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 391-392.

formativa y también, de prevención de la violencia. La mediación escolar (ME) parte de las mismas premisas que la mediación en general: dos personas de la comunidad educativa que tienen un conflicto, buscan a una tercera persona imparcial, el mediador, que les ayuda a llegar a acuerdos que sean satisfactorios para ambos. El mediador, en este contexto, podrá ser cualquier miembro de la comunidad educativa (profesor, alumno, padre, personal no docente) después de pasar por aprendizaje de técnicas mediadoras''[58].

En el caso de los menores extranjeros tendrá que tenerse en cuenta las herramientas que se emplean en el ámbito intercultural[59] como apoyo a la mediación en el ámbito familiar, ya que facilita el equilibrio entre las partes, que en supuestos donde el conflicto se produce entre extranjeros y nacionales constituye uno de los puntos más complicados a la hora de realizar una mediación con todas las garantías establecidas por la ley. En concreto en estos supuestos es altamente dificultoso alcanzar la igualdad de las partes que constituye uno de los principios de la mediación, por la situación de desventaja en que se encuentra una de las partes (el no nativo o extranjero) , agravada la situación cuando se trata de una mediación intercultural, que es la más habitual, por lo menos hasta bastante reciente entre un colectivo de inmigrantes, o un inmigrante y la escuela, un servicio hospitalario, o en contextos en que las minorías o mayorías demográficas en otros casos se encuentran en franca desventaja y ''minoría de apoyo'', por lo menos frente a contextos políticos y sociales. Existiendo una tendencia a que el mediado forastero se encuentre en una posición más débil e insegura que el mediado autóctono[60], por razones típicas e inherentes a la condición humana.

D) Algunas herramientas facilitadoras de la mediación con menores.

La mediación con la participación de menores permite la utilización de las diversas herramientas que en manos de los mediadores facilitan el cumplimiento de la misma, que bien puede ser hasta la no consecución del acuerdo, pero sí el entendimiento y la potenciación de una cultura de paz, que es la nota identificativa de la mediación.

58 Maeso García, L, Monjo Larrañaga, M. y Villanueva Rey, N.: *Mediación escolar y resolución de conflictos en las escuelas. Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Nau Llibres, Universidad de Valencia, 2003, pp. 133 y 134.

59 Hay que recordar que la mediación intercultural incide no sólo en el conflicto específico que puede ser civil, laboral, vecinal, sino que además aborda la variante cultural, que nace del pluralismo cultural presente en la sociedad contemporánea y actual, son campos de interacción que no pueden ser analizados desconectados entre sí. *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: "Mediación en el ámbito intercultural", en AA.VV.: *Tratado de Mediación Mediación en conflictos de familia,* (edit. por C. Azcárraga Monzonis y P. Quinzá Redondo), t. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 75.

60 Cobas Cobiella, M. E.: "Mediación en el ámbito intercultural", cit., pp. 78 y ss.; Giménez Romero, C.: "La naturaleza de la mediación intercultural", *Revista Migraciones* 2, 1997, p. 147.

Apostar por todas las herramientas e instrumentos que la mediación nos pone a su disposición, es una apuesta segura y acertada es válido en especial por el genograma como se ha indicado anteriormente, ya que permiten contextualizar el marco familiar, la existencia de hijos de otros matrimonios, de nuevas parejas, la presencia de abuelos tanto maternos como paternos, ofreciendo una imagen cartográfica de la situación de la familia, ahora bien teniendo en cuenta que estamos en presencia de una visión esquematizada, que no desvela la problemática y el trasfondo que subyace en los conflictos.

"El genograma se incardina dentro de los instrumentos más proclives a trabajar el conflicto, porque permite por un lado entender la historia de la familia de una forma estructural y esquemática, y por otro lado, entender el tipo de relación entre los miembros de la familia. Se distingue del árbol genealógico, porque este último es intemporal"[61]

En cuanto al caucus que constituye una técnica que emplea el mediador, como reunión privada, para explicar individualmente, averiguar, o para actuar como puente entre propuestas y contrapropuestas de los mediados, no tiene consenso la aplicación de la misma dentro de la práctica de mediación, cuando se trata de menores, así por ejemplo Valero Llorca, no la ve recomendable.

Igualmente, en dependencia de la formación del mediador, sería recomendable la co- mediación permitida por la ley[62], con la presencia de mediadores que tengan formación en pedagogía y psicología. En el caso además de menores con determinados problemas en la familia y con especial vulnerabilidad es recomendable igualmente la presencia de trabajadores sociales.

E) Derechos de los menores de edad en sede de mediación.

La normativa vigente en la materia reconoce determinados derechos y deberes a los menores[63], que no entran en contradicción con la posible aplicación de la mediación en los conflictos de familia, con una intervención de menores. A pesar de que la práctica y la doctrina en la materia no es homogénea en cuanto a participación de los menores en los procesos de mediación, si optamos por

61 Cobas Cobiella, M.E.: "Mediando en Derecho de Sucesiones", cit., p. 106.

62 Como señala Valero: "en la mediación en general suele utilizarse la figura de la co- mediación, esto es, serán dos los mediadores que intervengan en el proceso, dos hombres, dos mujeres o un hombre y una mujer, o más en los casos de mediaciones multipartes", *Vid.* Valero Llorca, J.: "ADRS en el ámbito del derecho de sucesiones. Mediación y arbitraje", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. por J. Alventosa Del Río, y M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1269.

63 *Cfr.* 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 ya citada. *Cfr.* Art. 4 y ss, que reconocen el derecho de los menores al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el art. 5 referido al derecho a la información, el art. 6 de Libertad ideológica, conciencia y religión, el art. 7 reconoce el derecho de participación, asociación y reunión, por su parte el art. 8 refrenda el derecho a la libertad de expresión.

ella habrá que tomar como presupuestos básicos los derechos reconocidos a los menores y que son de aplicación a la mediación, en combinación con los principios que la informan y con la naturaleza de la misma.

Los derechos de los menores lo legitiman en algunos casos a recabar la intervención de los poderes públicos, en otros a ser oídos, y en algunos supuestos a realización de actos jurídicos. Con carácter general al decir de la doctrina en muchos actos no se exige una edad concreta, debiéndose en determinados supuestos estar a las condiciones específicas de madurez.

La intervención de los menores en la mediación plantea algunas cuestiones que habrá que ir delimitando y remodelando tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y en concreto por la propia practica de las mediaciones. Teniendo en cuenta que el propio instituto de la mediación tiene sus propias reglas, principios, matizaciones, y que ha sido concebida en sus inicios para que los mediados sean personas con capacidad de obrar.

Entre las cuestiones que hay que apreciar, está en primer lugar la posibilidad de que los menores sean sujetos activos de la mediación, en segundo orden habrá que detenerse en los límites de la edad y el derecho a ser oído, en tercer lugar y por ello no menos importante el requisito de la madurez ajustado a cada caso en concreto. Igualmente también habrá que precisar la naturaleza del conflicto y los límites en que ha de intervenir el menor. Situaciones que de manera general, no están lo suficientemente precisadas, en relación a la mediación, dado por lo novedosa de la institución dentro de un sistema jurídico basado en la judicialización, como uno de sus pilares y porque no ha tenido el suficiente empuje para aflorar como fórmula exitosa en la solución de los conflictos.

Todos estos temas están interrelacionadas y resulta complicado deslindarlos y poder delimitarlos.

En lo referido a si los menores pueden ser sujetos activos de la mediación, parece ser que existe una apuesta favorable, sobre todo si partimos del papel activo de los niños y jóvenes en la sociedad actual, y así como se ha referenciado en alguna legislación autonómica, que considera que pueden participar en la mediación.

La doctrina en la materia al tratar el tema advierte certeramente al tratar la capacidad de los menores sujetos a la mediación familiar lo siguiente: **"**tales circunstancias, -me refiero a la mayoría de edad o la emancipación-, como premisas básicas de la mediación familiar, en cuanto contrato, y derivado, en la mayoría de los casos, de la exigencia de la capacidad de obrar necesaria para someterse al mismo, no está tan clara cuando se observa la diferente legislación

autonómica al respecto, en la que, salvo excepciones, no aparece claramente definida la necesidad de la mayoría de edad para ser considerado sujeto de este tipo de fórmulas extrajurídicas de consenso, introduciendo en el objeto de las mismas situaciones que, si bien no necesariamente, sí disponen la posibilidad de intervención de sujetos menores de edad como elementos directos de la mediación. Así mediante una pretendida ampliación indefinida del concepto de conflicto familiar, se implica necesariamente como sujeto del mismo a personas que, por su especial consideración (en este caso la minoría de edad) no responden, o no deben responder, a los mismos parámetros de posibilidad de intervención que aquellos otros que por su mayoría de edad, gozan, inicialmente, de todas las posibilidades de participación en el proceso mediador, como ya mencionamos"[64].

En cuanto a la edad y a la capacidad como factor de madurez también son elementos a tener en cuenta. Dice Díaz Cappa que habrá que diferenciar entre voluntad y consentimiento advirtiendo que el consentimiento supone una manifestación concreta encaminada para la ejecución de un acto o para su sometimiento, mientras que la voluntad supone una afirmación o reafirmación de la disponibilidad del menor para el desarrollo de una actuación dilatada en el tiempo, en mayor o menor medida, que implica la continuidad de actos concretos o de sus consecuencias durante el mismo. Igualmente conceptos como capacidad jurídica y capacidad de obrar deberán ser tenidos en cuenta porque evidentemente para mediar con menores, el mediador deberá considerar previamente las posibilidades reales de sometimiento del menor al proceso mediador, y, de otro, de la verosimilitud, consistencia y no condicionamiento de la voluntariedad del sometimiento del menor al referido proceso, así como de la real comprensión por el mismo, tanto de su contenido como de sus objetivos, esto es, la valoración de lo que podría denominarse capacidad natural**,** entendida como posibilidad real de toma de decisiones plenamente consentidas, válidas, y no condicionadas[65].

64 Díaz Cappa, J.: "Mediación con menores. Límites jurídicos para su aplicación", http: //weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf, pp. 6 y ss.

65 Finalmente con lo que se ha expuesto se tendrá en cuenta si resulta en estos supuestos necesario complementar la capacidad del menor, con los mecanismos legales como la representación legal. *Vid*. Díaz Cappa, J.: "Mediación con menores. Límites jurídicos para su aplicación", cit., p. 7. *Cfr*. igualmente la STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141) : "desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el 'superior' del niño: STC 260/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 260), STC 60/1995, de 17 de marzo (RTC 1995, 60) y STC 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134) y STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann".

En este sentido, siendo realistas hay que apuntar, que la determinación de la madurez y la comprensión en una mediación por parte de un mediador, requerirá una formación más especializada o una co-mediación con mediadores bien pedagogos o psicólogos.

En cualquier caso, de existir desacuerdo por parte del menor, el mediador al tratarse de un procedimiento voluntario deberá dar por finalizada la mediación, a tenor de lo dispuesto en el art. 6. 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que establece que: "nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo".

En lo que concierne a los límites de la edad y el derecho a ser oído, es importante señalar que no es lo mismo ser oído, a ser un sujeto activo dentro de la mediación, son situaciones distintas con consecuencias diferentes. El hecho de que el menor pueda ser oído tal como preceptúa el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor[66] indica un derecho que ostenta el menor, pero ser sujetos de la mediación activamente requiere una participación mucho más activa, asumiendo funciones que recabarán de él mucho más madurez,

66 Regula el citado texto en cuanto al derecho a ser oído y escuchado lo siguiente: "1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.
En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.
2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.
Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.
No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.
3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración. Se modifica por el art. 1.4 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Ref. BOE-A-2015-8222. *Cfr.* también el art. 92.2 del CC establece 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" y, el art. 92.6 regula la audiencia de los menores por el Juez, cuando estos tengan suficiente juicio y el Juez lo estime necesario. Por otro lado, el art. 158.6 desprende "en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses". Igualmente téngase en cuenta lo previsto en el art. 770.4 LEC 2000.

entendimiento y es probable que haya que reconsiderar la edad mínima, debiendo ser quizás mayor que 12 años. Pero ello sería aventurarse y requiere estudios más especializados y multidiscipinarios.

De ahí que si bien un niño de 12 años puede ser oído, escuchado y tenido en cuenta, ello no significará que en cualquier conflicto familiar pueda participar como sujeto activo de la mediación, dependerá como se ha expuesto del tipo de conflicto y sobre que el supuesto recae, respetando además los principios que informan la protección de los menores, los propios límites de la autonomía de la voluntad y los principios de la mediación y, por supuesto la normativa general en la materia sobre patria potestad, representación legal y derechos y deberes de los padres, así como las instituciones que le protegen, reguladas y reconocidas en el Código civil español.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

La mediación en el ámbito familiar con menores constituye una garantía y por tanto una apuesta que no podemos desdeñar. Por diversas razones que se han ido apuntando a lo largo del desarrollo del trabajo y otras que de futuro se podrán ir incorporando.

La garantía de la mediación nos permite ampliar el horizonte no sólo en el marco de la solución de los conflictos en general, sino en específico en el ámbito familiar donde existan menores, porque permite un cúmulo de oportunidades que quizás la vía judicial, tradicionalmente un bastión de protección y seguridad jurídica no ofrezca porque en otro orden de cosas la modernización de la justicia y el acceso a una justicia que sea lo suficientemente efectiva conlleva fórmulas que se adapten a los intereses privados y generales.

La categorización del interés superior del menor en base a los nuevos criterios que informan el interés superior del menor como derecho sustantivo, como norma de procedimiento y sobre todo la nueva configuración del interés superior del menor tras las reformas legislativas, así como la posición cada vez más creciente de los menores en el ámbito de la vida civil y familiar conforman un entorno más favorable para la mediación en el ámbito familiar como un camino que podrán recorrer de la mano también de la mediación educativa y la intercultural si estamos en presencia de menores extranjeros tanto acompañados como menores extranjeros no acompañados, porque los conflictos pueden producirse igualmente.

La intervención de los menores en la mediación plantea algunas cuestiones que habrá que ir delimitando y remodelando tanto por la doctrina como por la

jurisprudencia y en concreto por la propia practica de las mediaciones y fortalecida con la intervención y formación de los mediadores. Cuestiones interrelacionadas como madurez, discernimiento, voluntad, edad que en sede de minoría de edad suelen ser complejas, no sólo por la especial protección de los menores, sino porque la casuística es variada, dependiendo ya no sólo del menor, sino de la familia y de la naturaleza del conflicto y las personas implicadas en el mismo.

Habrá en cualquier caso que desaprender el derecho que conocemos y el propio concepto de la minoría de edad, adaptada tanto a la modernización como a los intereses de los menores que distan mucho de las concepciones más tradicionales que se han mantenido durante muchas décadas. Pero siempre con mesura y sobre todo intentando proteger las categorías tradicionales del derecho, que aunque se han de atemperar a los nuevos tiempos deben ser trabajadas siguiendo tanto las fuentes del derecho, la Constitución española y el Código civil español en este sentido.

Legislar requiere preparación, sentido común y respeto a la ley.

BIBLIOGRAFÍA.

AGÜERO UGALDE, E.: "La mediación educativa: Enfoque de derecho comparado entre España y Costa Rica", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y conciliación, Una puesta al día* (dir. por M.E. COBAS COBIELLA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 387-400.

ALARCÓN CAÑUTA, M.: "Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación", *Revista Ars Boni et Aequi,* vol. 11, núm. 2, 2015, pp. 11-47.

ARAIZ CÁCERES, A.: "El interés superior del menor en mediación familiar", *Trabajo Final del Máster en Mediación, Arbitraje y Gestión del conflicto en Derecho Privado* (dir. por M. E. COBAS COBIELLA), curso académico 2018-2019.

ATIENZA NAVARRO. M. L.: "La edad", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho a la persona*), 2ª edición, (coord. por J.R DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 97-109.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: "La formación del mediador en la mediación internacional", en AA.VV.: *Mediación. Arbitraje y Conciliación. Una puesta al día* (dir. por M.E. COBAS COBIELLA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 163-178.

BELLOSO MARTÍN, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario Facultad de Derecho* - Universidad de Alcalá X (2017) 1-42, pp. 1-42.

BERNAL SAMPER, T.: "Mediación extrajudicial", en *Mediación y protección de menores en derecho de familia. Cuadernos de derecho Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 3-35.

BOLAÑOS, I.: "Mediación familiar en contextos judiciales", en AA.VV.: *Mediación familiar y social en diferentes contextos* (coord. por A. POYATOS GARCÍA), Editorial Universitat de València, Nau Llibres, Valencia, 2003.

CALLEJA SANZ, M. ª B.: "La intervención de los menores en la mediación familiar en supuestos de ruptura de la pareja progenitora", *Revista Internacional de Mediación (RIM),* múm. 1, 2014, pp. 24-55.

CASADO ROMÁN., J. E. y ISÁBAL ORDÓÑEZ, E.M.: "La Mediación Familiar en el Derecho Español", *Revista Aranzadi Doctrinal,* Parte Estudio, 2010, 7, pp. 1-20.

COBAS COBIELLA, M.E.: "La mediación y la autonomía de la voluntad. Notas introductorias sobre la cuestión", en AA.VV.: *Mediación en el ámbito civil, familiar,*

penal e *hipotecario* (coord. por. A. Giménez Ortega y M.E. Cobas Cobiella), Economist & Jurist,, Madrid, 2013, pp.81-104.

Cobas Cobiella, M. E.: "Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema", *Revista Boliviana de derecho*, *núm. 17,* 2014, pp.32-51.

Cobas Cobiella, M. E.: "Menores y extranjería: situaciones de regularización", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, págs. 100-119.

Cobas Cobiella, M.E.: "Mediación en el ámbito intercultural", en AA.VV.: *Tratado de Mediación, Mediación en conflictos de familia,* (ed. por C. Azcárraga Monzonis y P. Quinzá Redondo), t. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 78 y ss.

Cobas Cobiella, M. E.: "Mediando en Derecho de Sucesiones", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y conciliación, Una puesta al día* (dir. por M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp.83-115.

Cobas Cobiella, M. E.: "El notario: De autor del instrumento público notarial a sujeto de la modernización de la justicia", en AA.VV.: *Derecho Notarial. Nuevas tendencias* (coord. y ed. por K. Cantoral Domínguez y G. M. Pérez Fuentes), Tirant Lo Blanch, México, 2020, pp. 199-225.

Díaz Cappa, J.: "Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación", http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf.

Floyer Acland, A.: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizacione*s, Paidós Ibérica, Barcelona 1997, pp. 10-349.

Folberg, T. y Taylor, A.: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio,* Limusa, México, 1996, pp. 52-367.

Guillén Catalán, R.: "El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928)", *Revista Boliviana de derecho*, núm. 19, enero 2015, pp. 758-767.

Giménez Romero, C.: "La naturaleza de la mediación intercultural", *Revista Migraciones* 2, 1997, p. 147.

Maeso García, L, Monjo Larrañaga, M. y Villanueva Rey, N.: *Mediación escolar y resolución de conflictos en las escuelas. Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Nau Llibres, Universidad de Valencia, 2003, pp. 133 y 134.

Magro Servet, V.: "La Ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus", *Diario La Ley,* núm. 9618, Sección Plan de Choque de la Justicia, 22 de abril de 2020.

Martínez Calvo, J.: "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 3, 2015, pp.198-206.

Ortega Giménez, A. y Heredia Sánchez, L.: "Critical Analysis of the Process of Determination of the Age of Unaccompanied Foreign Minors in Spain", *International Journal of Latest Research in Humanities and Social Science (IJLRHSS)*, vol. 03, pp.39-47.

Ortega Giménez, A. y Heredia Sánchez, L.: "Efectos jurídicos de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Una polémica que no termina",", en AA.VV.*: Protección de Menores y Derecho Internacional Privado* (dir. A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González), Comares, Granada, 2019, pp. 19-34.

Ravetllat Ballesté, I.: "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Revista Educatio Siglo XXI,* vol. 30, *núm. 2,* 2012, pp. 89-108.

Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.

Romero Navarro, F.: "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* n*úm.* 40, 2002, pp. 31-54.

Sánchez Martínez, O.: "Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 2017, pp. 57-58.

Souto Paz, J. A.: "Derecho de familia y menores",", en AA.VV.: *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*, (coord. por M. ÁLVAREZ), Dykinson, Madrid, 2013, p. 121-161.

Tejedor, M.A.: "El interés de los menores en los procesos contenciosos de separación o divorcio", *Revista Anuario de psicología jurídica*, *núm. 22,* 2012, pp. 67-75.

Touzard, H.: *La mediación y la solución de los conflictos: estudio psicosociológico,* Herder, Barcelona, 1980, pp. 40-365.

Valero LLorca, J.*:* "ADRS en el ámbito del derecho de sucesiones. Mediación y arbitraje", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. por J. Alventosa Del Río y M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp.1259-1319.

Valero LLorca, J.*:* "Influencia de las diferentes escuelas de mediación en el desarrollo del proceso", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y conciliación, Una puesta al día, (*dir. por M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 40-57.

Valero Matas, A.: "La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés", *Revista de investigaciones políticas y sociológica.,* vol. 9, n*úm. 1,* 2010, pp. 89-100.

Vázquez De Castro, E.: "El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar", *Revista de Derecho de Familia,* núm.67/2015.

Vázquez-Pastor Jiménez, L.: "Interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos", *Boletín Ministerio de Justicia, BMJ,* año LXXIII, julio 2019, núm. 2221, pp. 79-115.

Vega Cardona, R.J.: "Nuevos enfoques de la mediación en España", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y conciliación, Una puesta al día, (*dir. por M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 61-79.

Verdera Izquierdo, B.: "El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*", (dir. por M.V. Mayor Del Hoyo,), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 519-535.

Verdera Server, R.: *Lecciones de Derecho Civil,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 15-426.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL JUICIO DE FAMILIA. EL MITO DEL DERECHO A SER OÍDO

CHILDREN'S PARTICIPATION IN FAMILY JUDGMENT. THE MYTH OF THE RIGHT TO BE HEARD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 770-793

Cristián LEPIN y
Belén LAMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 26 de julio de 2020

RESUMEN: Este trabajo analiza la participación de los niños, niñas y adolescentes en los juicios de familia, teniendo como parámetro las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales, que garantizan el derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales en que se resuelvan materias que le conciernan. Los autores parten de la base que, a partir de la entrada en vigencia de la Convención y el cambio de paradigma del niño como sujeto de derecho, la participación de los niños, niñas y adolescentes, debe entenderse como un derecho subjetivo que cada niño puede ejercer o no, en consideración a su autonomía progresiva y su interés superior. Por lo que el tribunal de familia debe considerarlo como parte del proceso, concretándose como una manifestación del debido proceso legal.

PALABRAS CLAVE: Derecho a ser oído; derecho de participación; juicio de familia; infancia.

ABSTRACT: *This work analyzes the participation of children and adolescents in family trials, taking as a parameter the norms of the Convention on the Rights of the Children and other international instruments, which guarantee the right of the child to be heard in judicial proceedings in to resolve matters that concern him. The authors start from the basis that since the entry into force of the Convention and the paradigm shift of the child as a subject of law, the participation of children and adolescents, should be understood as a subjective right that each child can exercise or not, in consideration of their progressive autonomy and best interests. Therefore, the family court must consider it as part of the process, materializing as a manifestation of due process of law.*

KEY WORDS: R*ight to be heard; right to participation; family trial; childhood.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAMBIO DE PARADIGMA: EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN A SUJETO DE DERECHO.- III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A SER OÍDO.- IV. AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO.- V. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO.- VI. FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA CHILENO.- VII. MATERIAS EN QUE SE DEBE ESCUCHAR A LOS NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES.- VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El cambio de paradigma del niño de objeto de protección a sujeto de derecho consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño y los intrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes nos conducen a revisar cómo se materializa el derecho a ser oído en los procedimientos judiciales en el ordenamiento jurídico chileno.

Para realizar nuestro análisis recurrimos a la evolución histórica de los derechos de los niños, la revisión de los instrumentos internacionales que consagran este nuevo estatuto, su relación con la autonomía progresiva, y su naturaleza jurídica y contenido.

Luego, analizamos las formas en que se materializa la participación de los niños en juicio y las materias en que deben ser escuchados.

La concepción de los derechos de los niños como derechos humanos fundamentales, que deben considerar su opinión y la participación en la construcción de las decisiones que afecten su vida, elemento central para ser considerado efectivamente sujeto de derecho.

II. CAMBIO DE PARADIGMA: LA NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN A SUJETO DE DERECHO.

La Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, luego de haber sido ratificada por los veinte Estados necesarios para ello.

• Cristián Lepin Molina
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, correo electrónico: clepin@derecho.uchile.cl.

• Belén Lama Gálvez
Ayudante de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, correo electrónico: blama@derecho.uchile.cl.

Así, por primera vez en la historia del derecho internacional, los derechos de la infancia son incorporados en un tratado con fuerza obligatoria para todos aquellos Estados que los ratifiquen, a diferencia de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959[1], que se quedaba en tan sólo un pliego de buenas intenciones. Al mismo tiempo, con esta Convención, se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular[2], que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones y pasó a predominar la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino[3].

Con el término "doctrina de la protección integral" hacemos referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto fundamental en la consideración social de la infancia. Así, esta doctrina aparece representada por cuatro instrumentos básicos: a) La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; b) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); c) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad; y d) las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). No caben dudas de que, de todos estos instrumentos, la Convención constituye el más importante, en la medida en que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa[4].

Por su parte, el 28 de agosto de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en ejercicio de su función consultiva prevista por el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[5] –, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitió la Opinión Consultiva 17 a la que denominó "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"[6]. De tal

1 La Declaración de los Derechos del Niño fue aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 1386 (XIV), y de manera unánime por los 78 Estados Miembros de la ONU. Este instrumento, se convierte en la primera Declaración Universal en el ámbito de las Naciones Unidas sobre un grupo de seres humanos, la que, en diez principios, otorga una mayor cobertura a los derechos consagrados en la anterior, mejorando su sistematización desde el punto de vista jurídico.

2 La esencia de esta doctrina, se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los "menores". La indistinción entre menores abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. En este sentido, la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas. García Méndez, E: *Infancia. ¿Hacia dónde van sus derechos?*, Ediciones Didot, Argentina, 2017, pp. 95-96.

3 Lama Gálvez, B: *El derecho del niño, niña y adolescente a vivir en familia*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, p. 44.

4 *Ibidem*, pp. 99-100.

5 Art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

6 Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf

forma, y por primera vez en ejercicio de su función consultiva, la Corte, en sus párrafos 28[7] y 41[8], reconoció al niño como sujeto de derecho. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no flaquea en afirmar que todos los seres humanos independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes, y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección. Así, este cambio de paradigma necesitaba de la jurisprudencia internacional y no sólo de la reforma legal, la cual muchas veces queda circunscrita en tan solo una declaración de buenas intenciones.

En este sentido, el sistema de la protección integral se origina con la Convención sobre los Derechos del Niño, con instrumentos de protección de derechos humanos y con otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado ciertos tratados, representan la intención de la comunidad internacional en esta materia. No resulta posible dar una definición exacta de qué significa protección integral de los derechos de los niños; sin embargo, sí podemos afirmar que protección integral es protección de derechos. En ese sentido, el cambio con la doctrina de la situación irregular es radical e impide considerar a cualquier ley basada en esos principios como una ley de protección integral[9].

La Convención sobre los Derechos del Niño es el pilar de esta doctrina. Si bien esta normativa no es la primera en el orden cronológico, tuvo el mérito de llamar la atención sobre el manejo arbitrario de la infancia. Planteó una percepción radicalmente nueva del menor, otorgándole una precisa categoría jurídica, y abandonando el discurso pseudo-proteccionista que lo tomaba como una vaga categoría social y utilizaba eufemismos para tapar un sistema punitivo sin límites ni garantías[10].

Ahora bien, el paso de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral ha sido explicado por algunos autores en la vinculación entre

7 Párrafo 28 de la Opinión Consultiva 17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Por lo que toca al citado art. 19 de la Convención Americana vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.

8 Párrafo 41 de la Opinión Consultiva 17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana

9 Lama Gálvez, B: *El derecho*, cit., p. 58.

10 Diaz Cortes, L: *Introducción al Derecho Penal Juvenil*, Colección de Estudios Penales, Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 126-127.

infancia y democracia. Así, la evolución del derecho para la infancia ha coincidido con los avances que se han tenido en torno a la democracia. Prueba de esto es que, con la reducción de los niveles de discrecionalidad del Estado propios del modelo tutelar, vino un crecimiento de espacios reales de la democracia que, en materia de Derecho Penal Juvenil, se manifestó en un modelo garantista que tomaba como punto de partida el niño como "sujeto de derechos". Por esta razón, no es novedad que la doctrina de la situación irregular tuviera un fácil acomodo en los gobiernos autoritarios imperantes[11].

Para Gómez de la Torre, la doctrina de la protección integral tiene como elemento fundamental la consideración del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho y de persona en desarrollo, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. Además, bajo esta doctrina los niños, niñas y adolescentes poseen derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, al mismo tiempo, los derechos especiales derivados de su condición, según los cuales hay que otorgarles medidas especiales de protección[12].

Para Cillero, esta doctrina abarca, tal como su nombre lo indica, "todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia"[13].

Para Beloff, el reconocimiento y protección de los derechos de los niños se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de menores[14].

De este modo, la Convención sobre los Derechos del Niño propició una forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos, mediante el reconocimiento de todo niño -en tanto persona- como sujeto social de derechos, en un contexto democrático que facilita su interacción en la familia y en la sociedad, materializada en la doctrina de la protección integral[15].

En definitiva, la doctrina de la protección integral se sustenta en dos pilares: 1. La exigibilidad y 2. El interés superior del niño. En consonancia con ello, la concepción de la infancia basada que aquí se adopta se funda en los siguientes principios 1. El

11 *Ibidem*, p. 128.

12 Gómez de la Torre Vargas, M: "El nuevo derecho de la niñez", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp.435-436.

13 Cillero Bruñol, M: "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez-Adolescencia y el grupo familiar*, núm. 10, Delta Editora, Paraná, 1999, p. 33.

14 Beloff, M: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 36.

15 García Méndez, E: "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia", en AA.VV.: *Infancia, ley y democracia en América Latina* (compiladores E. García y M. Beloff) Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998, p. 25.

reconocimiento de los niños como titulares de derechos y 2. El reconocimiento de la niñez como una etapa específica e indispensable del desarrollo humano[16]. De esta forma, protección integral significa protección de derechos; e interés superior del niño significa satisfacción de esos derechos.

Siguiendo a Beloff, una legislación basada en un marco de protección integral contiene las siguientes características:

a) Se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio de éstos.

b) Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, "por lo que no tienen, no saben o no son capaces", y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho.

c) De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para "menores".

d) Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen las personas más un plus de derechos específicos, precisamente por reconocerse el hecho de que están en crecimiento. De ahí que, de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

e) Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia), estando limitado en su intervención por las garantías.

f) En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos según la Constitución y los instrumentos internacionales pertinentes, más las garantías específicas. La privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave[17].

16 Gil Dominguez, A, Fama, M. y Herrera, M: *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 21.

17 Beloff, M: "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago, 1999, núm. 1, pp. 16-20.

III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER OÍDO.

La Convención recoge, en sus primeros 41 artículos[18], los derechos de todos los seres humanos menores de 18 años que se deben respetar y proteger, exigiendo que se apliquen a la luz de los principios rectores de la misma. Los principios rectores de este instrumento son: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el derecho a la participación u opinión del niño.

Este derecho, consagrado en el art. 12[19] de la Convención, consiste en la obligación de los Estados de garantizar a todo niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión, teniéndose debidamente en cuenta ésta, de acuerdo con su edad y grado de madurez. Este derecho es uno de los pilares fundamentales donde se asienta la concepción del niño como sujeto de derechos.

Así, en la práctica, debe extenderse a asegurar su debida defensa, siendo obligación de los Tribunales asegurar la garantía del debido proceso, designando un curador *ad litem* en su representación, con anterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria[20].

El derecho a opinar y ser oído es una de las formas en que se instrumenta en la práctica el principio de los niños como sujetos activos de derecho, o, en otras palabras, como sujetos plenos de derecho. He aquí su importancia fundamental[21]. De esta manera, se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que este lugar debe ser respetado[22].

18 Esto, ya que de los arts. 42 al 54 de la Convención se analiza la aplicación de los derechos consagrados por este instrumento, y se explica la manera en que los gobiernos, y organizaciones internacionales como UNICEF, colaboran para asegurar la protección de los derechos de la infancia.

19 Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

20 Gómez De La Torre Vargas, M: *Sistema filiativo. Filiación biológica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 114-115.

21 Perdomo, J: "El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en la Convención sobre los derechos del Niño y la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes", en AA.VV.: *La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales*, *Recopilación de aportes para la formación en el ámbito judicial*, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela, 2008, p.21.

22 Grosman, Polakiewicz y otros: *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1998, p.40.

Se hace necesario destacar la importancia que le otorga la Convención al derecho a opinar y a ser oído del niño en el ámbito de los procedimientos administrativos y judiciales, precisamente donde suelen tomarse decisiones de especial trascendencia sobre su vida, al ordenar expresamente que debe ser incluido y desarrollado en las leyes nacionales en materia procesal. Es por ello que este tratado internacional incorpora este derecho dentro de las garantías fundamentales del debido proceso de los niños, niñas o adolescentes[23].

No solo la Convención ha consagrado este derecho, sino que el Comité de los Derechos del Niño, con el propósito de dar a conocer el contenido de este instrumento, elabora el año 2009 la Observación General núm. 12, en donde se refiere específicamente al derecho del niño a ser escuchado, cuya finalidad es colaborar con los Estado Parte en la aplicación electiva del art. 12 de la Convención. Así, el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. Refiere, además, que las leyes internas de los Estados no deben limitar el ejercicio del derecho a ser oído y deben apuntar a garantizar un procedimiento justo. El niño no sólo debe ser escuchado como parte de un juicio, sino también en procesos que conozcan materias de su interés, donde la decisión que se tome le afecte de alguna manera[24].

IV. AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE.

Esta nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica[25].

Para Kemelmajer y Molina[26] el nuevo régimen de capacidad prescinde del tradicional binomio capacidad-incapacidad y se asienta en el principio constitucional convencional de la autonomía progresiva de la niña, niño y adolescente para el ejercicio pleno de sus derechos, contenidos en los arts. 3°, 5° y 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

23 Perdomo, J: "El derecho", cit., p.25.

24 Ahumada Bisquett, O.: "Rescatar la voz de los niños, niñas y adolescentes: propuesta de modelo de representación jurídica desde el enfoque de los derechos humanos", en AA.VV.: *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2020, p. 250.

25 Cillero Bruñol, M: "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en AA.VV.: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 4.

26 Kemelmajer, A. y Molina, M: "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", Disponible en: http:// colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participación-delniño-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 5°[27], establece el principio de la autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes, señalando que la autonomía de éstos deberá ir de acuerdo con la evolución de sus facultades, posibilitando a los padres o a la persona que esté a su cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que puedan ejercer sus derechos.

De esta forma, el ejercicio progresivo de tales derechos implica que los niños van adquiriendo capacidad para ejercitarlos a medida que se van desarrollando como personas, no señalando una edad fija a partir de la cual éstos pueden ejercerlos, sino que evaluando el desarrollo de cada niño o niña en particular. Este desarrollo estará estrechamente relacionado con los procesos de maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños y niñas adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus propios derechos[28].

Así, desarrollando sus capacidades y de acuerdo con su edad, el niño toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado, adquiriendo una autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos[29].

Por su cuenta, a los padres o personas que estén a su cargo les tocará dirigir y orientar al niño o niña para que pueda ejercer sus derechos, lo que implica que éstos tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que les otorgan. Estos ajustes deben tener en cuenta los intereses y deseos del niño, así como las capacidades de éste para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Es decir, la autonomía es inversamente proporcional a la orientación de los padres: a menor autonomía del niño, mayor orientación y apoyo de los padres o personas a su cargo. A mayor autonomía, menor apoyo y orientación por parte de los padres o personas que estén a su cargo[30].

El principio del interés superior del niño se encuentra muy ligado a la autonomía progresiva. Este, se encuentra establecido en el art. 3°[31] de la Convención, y ha

27 Art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los 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 impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

28 Gómez De La Torre Vargas, M. "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho UCUDAL*, año 14, núm. 18, Uruguay, 2018, pp. 119-120.

29 Laino, S: "Autonomía progresiva de la voluntad. Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia", *UNICEF*, Montevideo, 2012, p. 17.

30 Gómez De La Torre Vargas, M. "Las implicancias", cit., p. 120.

31 Art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1. 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. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado

llegado a ser considerado como "principio rector-guía" de la misma, por cuanto debe ser respetado en todas aquellas decisiones tomadas por las autoridades que afecten a los niños, niñas o adolescentes. De esta manera, los Estados Partes deben comprometerse a asegurar a las niñas, niños y adolescentes su debida protección, tomando para ello las medidas que sean necesarias, asegurándose de que las instituciones o servicios encargados del cuidado y protección de los mismos, cumplan con las normas establecidas. Pero, ¿qué entendemos por interés superior del niño? Cillero lo ha definido como la plena satisfacción de sus derechos, por tanto, el contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho en este caso se identifican[32].

Así, la autonomía progresiva se relaciona con este principio, en cuanto el interés superior del niño se materializa en la medida que éste ejerce sus derechos de manera progresiva, tomando en cuenta la evolución de sus facultades y el deber de los padres y demás responsables de impartir la orientación y apoyo debidos para concretar su interés superior.

No solo con el interés superior del niño se relaciona la autonomía progresiva, sino que también, con su derecho a la participación en juicio y a ser oído. Así, es la propia Observación General núm. 12, en su párrafo 20[33], la que expone que los Estados Partes deberán garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, y que esto último no debe verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones, por el contrario, deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas.

Sin embargo, muchas veces el derecho del niño a ser oído no está garantizado de manera efectiva. Eso, pues los procedimientos judiciales no son diseñados

que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

32 Cillero Bruñol, M: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño", *Justicia y Derechos* del Niño, núm. 1, p. 78.

33 Observación General núm. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, párrafo 20: "20. Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio". Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad."

considerando las características específicas de la infancia, existiendo diversas barreras de acceso a la justicia cuando una niña, niño o adolescente participa en un proceso judicial, encontrándose enfrentado a un lenguaje complejo, inmerso en espacios ajenos a su experiencia e incluso intimidantes por estar vinculados con la justicia[34].

V. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO.

Determinar la naturaleza jurídica es establecer la calificación de una institución, es decir, fijar si corresponde o no a una figura jurídica existente en el ordenamiento jurídico con la finalidad de poder aplicar las normas supletorias o poder llenar los vacios legales. En defintiva tiene importancia a efectos de poder aplicar o interpretar la institución en un caso concreto.

Para efectos de nuestro estudio, nos parece importante determinar si el derecho del niño a ser oído, es propiamente un derecho subjetivo o es un principio que debe orientar la labor judicial y administrativa al resolver una materia que concierna a un niño, niña o adolescente.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 12[35] señala expresamente que los Estados deben garantizar el "derecho" del niño a expresar su opinión en todas aquellas materias que le afecten. En cambio, la Observación núm. 12 del Comité de Derechos del Niño[36] y la legislación de familia chilena lo reconoce como un principio general o un principio rector que debe orientar la labor del juez[37].

34 Fernández Espinoza, W: "La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial", *Vox Juris*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú, 2017, pp. 172-173.

35 Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

36 Observación General núm. 12, p. 5 núm. 2: "El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ("el Comité") ha señalado el art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos".

37 Art. 16 inciso 2° Ley núm. 19.968 que crea los Tribunales de Familia: "Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.
El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.
Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad".

De lo señalando surgen un par de interrogantes que intentaremos responder: ¿Se trata de un derecho o de un principio? ¿tiene importancia su determinación?

En cuanto a la primera cuestión, es necesario aclarar que es un derecho subjetivo y que es un principio. Así, en términos generales se puede decir que derecho subjetivo es la facultad para exigir el cumplimiento de la ley o una norma, en cambio, los principios son normas jurídicas que tiene una textura abierta, que dan una orientación clara y precisa al juez para resolver un conflicto sometido a su conocimiento[38].

De lo señalado resulta que no son términos equivalentes. Reconocer el derecho del niño a ser oído como un derecho, implica reconocerle la facultad de ser parte de la decisión que se tome respecto de su persona o intereses, a diferencia de considerarlo como un principio, que se trata de una norma jurídica que entrega una orientación al juez de familia, como ocurre con el interés superior del niño, que le entrega un margen de discrecionalidad al juez para resolver el conflicto. Es decir, más allá que se trate técnicamente de naturaleza jurídica distinta, el efecto vinculante para el juez es además diverso, y en esto nos parece radica la importancia de la distinción. En el primer caso, el juez se encuentra obligado a generar el espacio y la oportunidad para que los niños participen en el proceso judicial, ya que se trata de un derecho subjetivo.

Lo particular de este derecho es que se reconoce para los niños considerados individualmente y en forma colectiva, es decir, que se debe garantizar también a los grupos de niños que pueden integrar un curso, una comunidad, un barrio, un colegio, un equipo deportivo, una religión, etnia, etc[39].

¿En qué consiste el derecho del niño a ser oído? según lo dispuesto en el citado art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben garantizar el derecho de los niños a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten. Es decir, los Estados parte de la Convención deben establecer los mecanismos que garanticen a los niños poder participar en los procedimientos en que se ventilen asuntos que le conciernan.

Esta norma, además, establece dos condiciones, primero, que el niño, niña o adolescente esté en condiciones de formarse un juicio propio y que se trate de materias que le afecten. Por último, establece un segundo deber para el juez de tomar debidamente en cuenta la opinión de los niños en función de la edad y madurez.

38 *Cfr.* Lepin Molina, C: "Los nuevos principios del derecho de familia" *RChDP* [online], núm. 13, Santiago, 2014, [citado 2020-06-20], pp. 9-55.

39 Observación General núm. 12 Comité de los Derechos del Niño, p. 7 núm. 9, disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf.

Este derecho de participación en las decisiones que afecten su vida, se encuentra garantizado no sólo para los procedimientos judiciales, sino también en los procedimientos administrativos que afecten al niño. Eso sí, la Convención se encarga de dejar a la legislación nacional la fórmula que se utilizará para cumplir este objetivo, así como la forma en que participarán los niños en el procedimiento, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

VI. FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA CHILENO.

Lo prescrito en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño nos obliga a analizar la forma en que debemos escuchar a los niños, así pueden participar directamente, a través de su representante, o por un órgano apropiado. En este punto la Convención sobre los Derechos del Niño nos remite al derecho interno, donde los niños pueden participar directamente, considerando su edad y madurez, o a través de su representante, que podría ser un curador *ad litem* o un abogado del niño, o a través de un órgano apropiado, que en la legislación interna puede ser el consejero técnico o podrían considerarse también, a nuestro parecer, los peritos que participen en juicio.

La primera forma de participación, parece ser la ideal, que el niño pueda comparecer personalmente a expresar su opinión directamente al juez, lo que en Chile se materializa en algunos casos, por medio de la denominada audiencia reservada, la que no se encuentra regulada, y que resulta ser una práctica arraigada en los tribunales de familia.

1°) La audiencia reservada[40] se fija en la audiencia preparatoria de juicio, conjuntamente con las diligencias probatoria, ordenando que los niños concurran al tribunal y sean escuchados por la jueza o juez que conduzca la audiencia de juicio, en algunas ocasiones en presencia de un curador *ad litem* y un consejero técnico, y en otros con la asistencia de este último. Recordemos que los consejeros técnicos normalmanente son asistentes sociales, y en algunos casos, psicólogos.

La experiencia chilena conoce de dos prácticas relativamente recientes en cuanto a la audiencia reservada de niños, niñas o adolescentes. La primera de ellas se refiere al sistema de perros judiciales, que se encuentran especialmente adiestrados para dar apoyo emocional a niños que participen en los procesos judiciales[41]. En este sentido, Martínez explica que "estos perros que dependen

40 Fuentes Maureira, C. y García Odgers, R.: "Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia", *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp. 55 y ss.

41 Martínez, P: "Sistema de perros de asistencia judicial. Hacia una humanización del Proceso Penal y de Familia. Experiencia comparada. El caso de Chile", *Revista Jurídica Región Cuyo,* Argentina, núm. 4, mayo, 2018, en que señala "el sistema de perros de asistencia judicial consiste en la utilización de perros profesionalmente entrenados, en los juzgados penales y de familia, para proporcionar apoyo emocional a

del Poder Judicial, tienen como función, acompañar a niñas, niños, adolescentes y adultos en las audiencias reservadas ante los jueces. Es un servicio judicial gratuito, que se solicita ante la Unidad de Atención al Público del Tribunal respectivo. También, este servicio funciona a requerimiento del juez, si considera que, en un caso concreto, es necesario por la trascendencia de las cuestiones objeto de debate en el proceso judicial, sobre todo cuando intervienen menores en aras de la defensa del interés superior del niño. Es un servicio más de los juzgados".

En la práctica judicial, se encuentra operando desde el año 2010, en que la perrita Peseta se incorpora a colaborar en el Primer Juzgado de Familia de Santiago. Según señala la misma autora, comparece "como una funcionaria más, Peseta tiene labores definidas, un horario (lunes de 9.30 a 12.30 de la mañana), uniforme de trabajo, vacaciones y licencias por enfermedad y llega acompañada por sus entrenadoras y su hija Rayén. Su oficina propia está junto a las salas de audiencia, e incluso aparece en la foto institucional del primer Juzgado de Familia"[42].

Otra práctica, más reciente, es la implemetación de las salas Gesell para tener un espacio apropiado para poder escuchar a los niños. La experiencia piloto parte el año 2010, pero encuentra regulación a través del Auto Acordado núm. 237-2014 de la Corte Suprema[43], haciendo su uso generalizado e implementando salas en los distintos tribunales de familia del país.

Según Carreta "en el ordenamiento jurídico chileno, para cumplir con esa finalidad, en los tribunales de familia se ha incorporado una sala especial denominada Gesell. Dicha infraestructura lleva cerca de seis años de implementación. Consiste en una pieza que posee un vidrio oscurecido que separa el espacio en dos. En un sector, generalmente se sitúa el juez con los funcionarios encargados del monitoreo informático, el control de video y audio, y en el otro, el niño con un profesional idóneo. El ambiente es ornamentalmente acondicionado para un infante y desde él no le es posible ver a quienes se encuentran detrás del espejo. No obstante, la mayoría de las veces se le informa de aquella circunstancia al niño"[44].

Si bien esta práctica ha implicado una importante inversión en infractura por parte del Poder Judicial chileno, se ha cuestionado en cuanto al principio de inmediación. Así, el mismo autor señala que "la inmediación requiere que el juez entreviste al niño, sin intermediarios. Se entienden por estos, cualquier aditamento que lo separe de una comunicación directa y empática con el niño. En

todas las personas que participan o acuden al sistema judicial, especialmente a menores víctimas de delitos sexuales, o violencia intrafamililar, y personas vulnerables".

42 Ídem.

43 Acta núm. 237-2014 Corte Suprema.

44 Carreta Muñoz, F: "Luces y sombras de las salas Gesell en la justicia de familia chilena: estudio a partir de un análisis empírico" *Revista CES Derecho* (9), 1, enero-junio 2018, p. 119.

particular, tanto el espejo que separa ambos espacios que conforman la sala, como el personal aparentemente capacitado, obstruyen la aplicación efectiva de aquel principio. Para solucionar esto, ha de hacerse un giro. El consejero debe pasar al lugar de observación y desde ahí, a través del *sono pronter*, orientar al juez en el desarrollo de la entrevista'"[45].

2°) Representante o curador *ad litem*[46], según el art. 19 de la Ley que crea los Tribunales de Familia señala: "En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el art. 109 letra b) del Código Procesal Penal.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello'"[47].

Esta disposición, es la única que se refiere a la figura del curador *ad litem*, y que ha generado una serie de dudas de interpretación, como las siguientes:

A) "En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados".

Esta parte del art. 19 de Ley que crea los Tribunales de Familia se refiere a expresamente a niños e incapaces, incorporando que la figura del curador *ad litem* está asociada a una institución creada para la protección de los incapaces, cuestión

45 *Ibidem*, p. 138.

46 Lama Gálvez, B: "Análisis crítico del rol del curador ad litem en Chile", *Revista de Derecho de Familia*, 89, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, pp. 287 y ss.

47 Falta inciso final que se refiere a otra materia.

que no se condice con el modelo de protección integral de los derechos. Más bien dicha figura pugna con la concepción del niño como sujeto de derecho.

Es menester destacar que establece una obligación o deber al juez de familia, al utilizar el término imperativo "deberá", situación que no deja margen a la interpretación o criterio del juez. Evidentemente, se refiere sólo a aquellas materias que son de compentencia de los tribunales de familia, según el art. 8 de la Ley que crea los Tribunales de Familia.

B) "El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos (…)".

Lo primero que es preciso advertir es que el curador *ad litem* será designado por el juez de la causa, sin ninguna intervención del niño, desconociendo de este modo su calidad de sujeto de derecho y su autonomia progresiva.

Es más, incluso nuestro Código Civil que data de 1855, establece una regla diversa, en que el nombramiento del curador corresponde al menor adulto, y solo en subsidio al juez[48].

En cuanto a la persona del curador, sólo podrá ser designado como curador *ad litem* un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos. Lo determinante para proceder al nombramiento es que la institución en que trabajen se dediquen a la defensa judicial de los derechos de los niños, y que tratándose de instituciones privadas se encuentren constituidas legalmente. Nos parece que los tribunales deberían preferir la trayectoría de la institución y el prestigio profesional de sus integrantes, ya que el pertenecer a una de las instituciones que señala el artículo en análisis no es suficiente garantía de que el abogado designado tenga conocimientos en materia de infancia.

C) "(…) en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación".

La norma parece restringir el mandato amplio que establece su inciso primero, a los casos en que los niños carezcan de representante legal o cuando exista un conflicto de interes con sus representantes, reforzando el carácter proteccional y

48 Art. 437 del Código Civil: "El menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez, designando la persona que lo sea.
Si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes; pero la designación de la persona corresponderá siempre al menor, o al juez en subsidio.
El juez, oyendo al defensor de menores, aceptará la persona designada por el menor, si fuere idónea".

alejándose de la consideración de los niños como sujetos de derecho. No obstante, nos parece que la interpretación correcta, es que al tratarse de sujetos de derecho distintos resulta evidente que tienen intereses a lo menos independientes. Al respecto, cabe señalar que la defensa técnica es una garantía del debido proceso, de la cual también son titulares los niños, y no se justifica su limitación o restricción a los casos señalados.

Por último, para poder determinar estos supuestos, la oportunidad en que se designa al curador *ad litem* es la audiencia preparatoria, a continuación del ofrecimiento de prueba, lo que produce una confusión en los operadores con los medios de prueba, incluso es ofrecido como medio probatorio por los abogados, y por otro lado, produce indefensión, al permitir emitir opinión sólo en una instancia en que ya no es posible realizar alegaciones o defensas, ni tampoco ofrecer medios de prueba.

3º) Por Órgano apropiado, que en la legislación interna puede ser el consejero técnico o podrían considerarse también, a nuestro parecer, los peritos que participen en juicio.

En el sistema chileno los integrantes del Consejo Técnico intervienen en forma individual, participando en las audiencias que se realizan en una de las salas del tribunal, que es presidida por un juez o jueza, además de un funcionario de acta. Normalmente, participan en las audiencias reservadas en que se escuchan directamente a los niños, según ya hemos analizado.

Por último, se ha señalado como otra alternativa, escuchar a los niños a través de peritos que intervienen en un juicio. Parece que esta posibilidad se restringe a los psicólogos que son los habilitados para interpretar las situaciones que puedan afectar a un niño, niña o adolescente, en especial, cuando se trata de niños pequeños que no puedan manifestar su opinión atendida su edad.

Vargas y Correa explican que "fundan esta práctica principalmente en las mejores condiciones de escucha por la preparación de los profesionales a cargo y los tiempos involucrados, pero muy pocos entrevistados repararon en que el objetivo de los informes periciales o de diagnóstico no es recoger los deseos y sentimientos de los niños. Bien sabemos que las pericias son medios de pruebas, cuya finalidad es aportar información experta al juez acerca de los hechos, sucesos o personas involucradas en el caso. Se trata de evaluaciones técnicas formuladas por una persona que tiene conocimientos en una determinada ciencia o arte, quien luego debe emitir un informe ante el juez'[49].

49 Vargas Pavez, M. y Correa Camus, P: "La voz de los niños en la Justicia de Familia de Chile", *Ius et Praxis* [online], 2011, vol.17, núm. 1.

VII. MATERIAS EN QUE SE DEBE ESCUCHAR A LOS NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES.

Nos falta analizar las materias en que se debe escuchar a los niños en el Derecho chileno. Así, la Ley que crea los Tribunales de Familia establece que el interés superior del niño y el derecho a ser oído son principios rectores que el juez de familia debe considerar en los asuntos sometidos a su conocimiento[50], lo que se debe interpretar en relación con el art. 8 de la ley, que establece las materias de competencia de dicha judicatura especializada. En cambio, en el proceso de mediación, solo se puede citar a los niños cuando sea estrictamente indispensable[51].

Sin embargo, la legislación chilena establece, al regular distintas materias principalmente relacionadas con las relaciones filiales, que se debe oír al hijo(a) y velar por su interés superior, al establecer la Relación Directa y Regular entre los progenitores que no tienen el cuidado personal y sus hijos, según prescribe el inciso 3º del art. 229 del Código Civil[52].

Una situación similar se establece para la determinación del cuidado personal de los hijos, en que uno de los criterios que fija el Código Civil (incorporado por la Ley núm. 20.680 de 21 de junio de 2013[53]) es la opinión del niño, norma que debe ser complementada con lo prescrito en el art. 242 del mismo cuerpo legal, en el sentido que en la regulación judicial de las relaciones filiales el juez debe, además de considerar el interés superior del niño, su opinión en función de su edad y

50 Art. 16 inciso 2° Ley que crea los Tribunales de Familia: "Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.
El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.
Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad".

51 Art. 105 letra e) Ley que crea los Tribunales de Familia: "Principios de la mediación. Durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan:
e) Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación".

52 Art. 229 inciso 3° del Código Civil: "Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, y velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, considerando especialmente:
a) La edad del hijo; b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos; c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado; d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo (…)". (lo destacado es nuestro).

53 Art. 225-2 letra f) del Código Civil: "En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:
f) La opinión expresada por el hijo".

madurez, disposición que se encuentra a tono con lo prescrito en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya señalado[54].

Otra norma que establece un deber similar, se encuentra regulada en el art. 84 inciso 2° de la Nueva Ley de Matrimonio Civil[55], en el sentido que el juez que conoce del divorcio, la separación o nulidad de matrimonio de los padres, debe considerar la opinión de los niños al resolver las materias que se relacionan con su persona o sus bienes. Dicha norma se debe interpretar en el sentido de que, en los tribunales de familia, se pueden acumular las distintas materias de familia, por lo que conjuntamente con los procesos relacionados con la ruptura conyugal, se pueden tramitar las materias relacionados con los hijos de manera contenciosa o someter a aprobación del juez las mismas materias a través de la conciliación, mediación o de los acuerdos que los padres puedan celebrar respecto a la persona y bienes de sus hijos.

Por último, la Ley núm. 19.620 sobre Adopción de Menores prescribe que se debe oír al adoptado en función de su edad y madurez, y en los casos de menores adultos, se requiere su consentimiento[56].

VIII. CONCLUSIONES.

Según lo que hemos analizado, los niños, niñas o adolescentes tienen derecho a participar en todos los procesos judiciales en que tengan interés comprometido, ya sea en aspectos personales o patrimoniales, lo que implica un deber para el juez de informar al niño su derecho para que pueda manifestar su opinión, y poder realizar sus peticiones, alegaciones o defensas, en la misma forma que pueden participar las otras partes del juicio. Este derecho debe necesariamente incluir la posibilidad de nombrar o designar su defensa técnica, o a lo menos participar en su designación. Al ser considerado parte, su opinión no es vinculante, como ocurre con las otras partes del juicio, salvo en cuanto pueda realizar peticiones

54 Art. 242 del Código Civil: "Las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales.
En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez".

55 Art. 85 inc. 2° Nueva Ley de Matrimonio Civil: "Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oirá a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes".

56 Art. 3° Ley sobre Adopción de Menores: "Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.
Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento".

directamente o a través de su representante, sobre las cuales deberá pronunciarse el juez de familia.

El sistema chileno, si bien incorpora en su normativa el derecho del niño a ser oído, tanto al ser parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, como también en la incorporación expresa en su legislación nacional, y sin perjuicio de los esfuerzos por implementar nuevas prácticas judiciales, no logra garantizar este derecho fundamental de los niños, por lo que la consideración de éste como sujeto de derecho es una mera ilusión.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA BISQUETT, O: "Rescatar la voz de los niños, niñas y adolescentes: propuesta de modelo de representación jurídica desde el enfoque de los derechos humanos" en AA.VV.: *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2020.

BELOFF, M: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

BELOFF, M: "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en AA.VV.: *Justicia y Derechos del Niño, UNICEF*, Santiago, 1999, núm. 1.

CARRETA MUÑOZ, F. "Luces y sombras de las salas Gesell en la justicia de familia chilena: estudio a partir de un análisis empírico", *Revista CES Derecho* (9), 1, enero-junio 2018.

CILLERO BRUÑOL, M: "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez-Adolescencia y el grupo familiar*, núm. 10, Delta Editora, Paraná, 1999.

CILLERO BRUÑOL, M: "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en AA.VV.: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, 1998.

DIAZ CORTES, L: *Introducción al Derecho Penal Juvenil*, Colección de Estudios Penales, Librotecnia, Santiago, 2010.

GARCÍA MÉNDEZ, E: *Infancia. ¿Hacia dónde van sus derechos?,* Ediciones Didot, Argentina, 2017.

GARCÍA MÉNDEZ, E: "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia", en AA.VV.: *Infancia, ley y democracia en América Latina* (compiladores E. GARCÍA y M. BELOFF), Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.

GIL DOMÍNGUEZ, A, FAMA, M. y HERRERA, M: *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M: "El nuevo derecho de la niñez", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

Gómez De La Torre Vargas, M. "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho UCUDAL*, Año 14, núm. 18, Uruguay, 2018.

Gómez De La Torre Vargas, M: *Sistema filiativo. Filiación biológica,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

Grosman, Polakiewicz y otros: *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Fernández Espinoza, W: "La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial", *Vox Juris*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú, 2017.

Fuentes Maureira, C. y García Odgers, R: "Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia", *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Santiago, Chile.

Kemelmajer, A. y Molina, M: "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", Disponible en: http:// colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participación-delniño-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf

Laino, S: "Autonomía progresiva de la voluntad. Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia", *UNICEF*, Montevideo, 2012.

Lama Gálvez, B: "Análisis crítico del rol del curador ad litem en Chile", *Revista de Derecho de Familia*, 89, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

Lama Gálvez, B: *El derecho del niño, niña y adolescente a vivir en familia*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

Lepin molina, C: "Los nuevos principios del derecho de familia" en *RChDP* [online] 2014, núm. 23 [citado 2020-06-20], pp. 9-55.

Lepin Molina, C y Lama Gálvez, B: *Código de Infancia*, Editorial Hammurabi, Santiago, Chile, 2019.

Martínez, P: "Sistema de perros de asistencia judicial. Hacia una humanización del Proceso Penal y de Familia. Experiencia comparada. El caso de Chile", *Revista Jurídica Región Cuyo Argentina*, núm. 4, mayo, 2018.

Perdomo, J: "El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en la Convención sobre los derechos del Niño y la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes", en AA.VV.: *La garantía del derecho de los niños,*

niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales, Recopilación de aportes para la formación en el ámbito judicial, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela, 2008.

Vargas Pavez, M. y Correa Camus, P: "La voz de los niños en la justicia de familia de chile" en *Ius et Praxis* [online], 2011, vol.17, núm. 1 [citado 2020-06-23], pp. 177-204.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL MARCO DE LA UTILIZACIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO PENAL

THE BEST INTEREST OF THE MINOR IN THE FRAMEWORK OF THE USE OF ALTERNATE CONFLICT RESOLUTION METHODS IN THE CRIMINAL FIELD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 794-819

Arnulfo
SÁNCHEZ
y Yulisán
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El interés superior del menor en la actualidad constituye un principio rector que rige las relaciones paternofiliales y regula el alcance de la responsabilidad parental. Su proyección ha irradiado también a la esfera penal, ámbito en que se aplican una serie de medidas para evitar la revictimización del infante. Desde esta óptica, la mediación constituye una vía ideal, para el manejo asertivo del conflicto con intervención de menores. Sin embargo, aún resulta una interrogante la actuación de órgano judicial, cuando los padres sin motivo fundado privan al infante, víctima de un delito, a participar en un proceso de mediación, conllevando un riesgo de revictimización por el desgaste emocional que genera el proceso penal. El trabajo analiza el interés superior del menor desde un enfoque transversal, acentuado en el ámbito penal, y las limitaciones que este postulado impone al ejercicio de la patria potestad. Así mismo, se evalúa los aspectos de la mediación que le califican como instrumento efectivo de garantía de los derechos humanos, en especial lo relativo al bienestar de los infantes.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor; patria potestad; mediación; revictimización del infante.

ABSTRACT: *The best interests of the minor at present constitute a guiding principle that governs parent-child relationships and regulates the scope of parental responsibility. Its projection has also irradiated the penal sphere, an area in which a series of measures are applied to avoid the re-victimization of the infant. From this perspective, mediation is an ideal way to assertively handle conflict with the intervention of minors. However, the judicial body's performance is still a question mark, when parents without a well-founded reason deprive the infant, victim of a crime, of participating in a mediation process, carrying a risk of re-victimization due to the emotional exhaustion generated by the criminal process. The article analyzes the best interests of the minor from a transversal approach, accentuated in the penal field, and the limitations that this postulate imposes on the exercise of parental authority. Likewise, the aspects of mediation that qualify it as an effective instrument to guarantee human rights are evaluated, especially those related to the well-being of infants.*

KEY WORDS: *Best interest of the minor; parental authority; mediation; revictimization of the infant.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. – II. LA TUTELA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DESDE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. - 1. El interés superior del menor. Fundamentos teóricos esenciales. - 2. Naturaleza y alcance del interés superior del menor: es un principio o derecho, o una conexión jurídica de ambos. - 3. Criterios interpretativos sobre la ausencia de una definición convencional del interés superior del menor. - 4. El aseguramiento de interés superior del menor desde la responsabilidad parental. - III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MENOR VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. – 1. Tratamiento procesal al menor como víctima y como ofendido. - IV. LA MEDIACIÓN PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS. – V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La utilización de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos— en adelante MASC— en las diversas áreas jurídicas constituye un tópico de gran referencia en la actualidad. El impacto de estos dispositivos pacíficos no solo se ha reflejado en el marco de la esfera privada de los involucrados en el conflicto, sino que en ámbitos del derecho público también ha contribuido a optimizar las funciones de los órganos judiciales, y de otras autoridades que de igual forma ejercen una función pública.

Con respecto al proceso penal, la utilización de los MASC, en especial de la mediación, ha contribuido a reacondicionar el rol de la víctima y el infractor, convirtiéndose en los protagonistas de la gestión, y solución—a través de la suscripción del acuerdo reparatorio—de conflicto penal. La mediación constituye en la actualidad un atributo del proceso penal, considerando su efectividad en la solución de controversias que emanan de una conducta delictiva. Desde la perceptiva de las víctimas, la mediación, ha permitido proscribir el estado de vulnerabilidad de los ciudadanos perjudicados por eventos delictivos, alejando el riesgo de revictimización que se genera con la tramitación del procedimiento penal.

• Arnulfo Sánchez García
Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor titular de derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Abogado. Investigador del Centro de Investigación de tecnología Jurídica y Criminología de la facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel I Conacyt (SNI-I). Secretario General de la Asociación Internacional de doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos ASID/MASC. correo arnulfosanchezgarcia@hotmail.com.

• Yulisán Fernández Silva
Doctorando en Métodos Alternos de Solución de Conflictos y Becario Conacyt en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Máster en Criminología por la Universidad de la Habana, Cuba. Profesor de Derecho Penal y Cultura de Paz por la misma Universidad. Correo fedezyulisan@gmail.com.

Ahora bien, el tema planteado cobra aún más importancia, cuando la condición de víctima recae en un menor. Cuando es un infante quien resulta afectado por la comisión de una conducta delictiva, el riesgo de victimización es mayor, por lo que deberán adoptarse las medidas pertinentes encaminadas a disminuir la presencia del infante en las diligencias procesales. En ello, reviste gran importancia la participación de los padres, en representación y defensa de sus derechos, considerando que, aunque se reconoce la personalidad del infante, su capacidad de ejercicio se encuentra limitada por una razón natural. Sin embargo, ni la presencia de los progenitores, ni la utilización nuevas tecnologías que sustituyen los medios rudimentarios de investigación, constituyen métodos infranqueables para impedir la victimización secundaria, sino que son herramientas que se implementan para evitar en la medida de lo posible las consecuencias del proceso penal.

De ahí que la mediación penal, represente una vía de recuperación de la estabilidad del menor, que se aleja del ambiente hostil que impera en el proceso penal, y se inserta en un espacio de cordialidad, donde existe mayor posibilidad de recuperación de las heridas emocionales del evento delictivo, y salir fortalecido; propiciándose además la reparación de daño en base a la magnitud real de la afectación recibida.

Sin embargo, la oportunidad de acceder a la mediación en el proceso penal puede verse afectada ante la mera negativa de los padres, actitud que conlleva a privar al menor de una reparación expedita, suponiendo, además, que tal decisión implica un riesgo de victimización secundaria para el infante. Lo anterior supone una contraposición de intereses, y puede tener una trascendencia en el ejercicio de la patria potestad, puesto que la responsabilidad parental de los progenitores debe sustentarse en el respeto a los derechos y puede ser impugnable cuando se ejerce de forma desmedida, pudiendo ser privados o suspendidos del ejercicio de esta.

De acuerdo con lo anterior, el presente texto aborda la intervención del menor dentro del proceso penal, y los aspectos que genera una segunda victimización en el infante, postulándose la mediación como un método más sano, y revitalizador del bienestar del menor. Además, se evalúa la naturaleza y alcance del interés superior de la infancia, tomando como referencia el ordenamiento jurídico mexicano, planteándose la posibilidad de preponderar el bienestar del menor con la utilización de vías pacíficas**,** ¨a contrario sensu¨ de los daños psíquicos que pueden generar las diversas diligencias procesales— tales como interrogatorios y declaraciones como testigo—en el proceso penal.

II. LA TUTELA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DESDE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

1. El interés superior del menor. Fundamentos teóricos esenciales.

Las concepciones sobre el tratamiento y protección del menor a nivel internacional han sufrido una trasformación a partir del reconocimiento del menor como sujeto de derechos. Ello ha motivado un reforzamiento de los medios de protección refrendados desde el orden constitucional, ponderándose el interés superior del menor como un pilar fundamental y preponderante en cualquier acontecimiento que derive en una intervención judicial efectiva.

Esta proyección ha tenido un impacto significativo en la esfera de las relaciones paternofiliales, direccionando la responsabilidad parental a resguardar el bienestar del menor como postulado supremo. Ahora bien, es importante destacar los fundamentos esenciales que permiten identificar la naturaleza y alcance del interés superior del menor— en adelante ISM— como aspecto cardinal en el cambio de paradigma sobre la tutela de los derechos de la infancia.

El primer aspecto a señalar, es que no existe en la actualidad una conceptualización general, o quizás diáfana, sobre el interés superior de la infancia, a partir de que se han presentado diversas posturas en cuanto a la concepción jurídica de todo lo que puede englobar el concepto de ¨menor¨, los aspectos que conducen a evaluar la capacidad de obrar en su persona, y la trascendencia que conlleva el invocar este ISM, desde el ámbito de principio, derecho, o una conexión jurídica de ambos.

Se parte del criterio, que la indefinición del ISM obedece a conceptualización vaga de la figura del ¨menor¨, y la confusión que ello implica en la estimación de la capacidad de obrar del infante, al punto de equipararse en algunas ocasiones con la de un incapaz. En ese sentido, la capacidad jurídica, puede ser analizada desde dos vertientes; la capacidad de derecho, adquisición o goce; y la capacidad de ejercicio, de hecho, o de acción. Estos aspectos constituyen el eje cardinal del protagonismo del menor dentro de las relaciones jurídicas como titular de un derecho, o destinatario de un deber o una obligación.

Ahora bien, en la constitucionalización del derecho civil, el concepto de persona está vinculado con su dignidad. La persona está jurídicamente conformada con componentes estructurales de su individualidad y que son por eso sus atributos, así que entendemos por atributo de la persona las cualidades o propiedades del ser jurídico, por medio de las cuales el sujeto persona puede individualizarse y formar parte de la relación de derecho[1].

1 Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 13-20.

Luego, la capacidad de ejercicio se percibe como la idoneidad para realizar actos jurídicos eficaces, desde el ejercicio personalísimo de los derechos de los que se es titular, y que se reconocen en el ordenamiento jurídico. De ahí, que no pueda atribuírsele en el mismo grado a todos los sujetos, por ello algunos la poseen plenamente, otros de forma restringida y otros carecen totalmente de ella. Por ende, la capacidad de ejercicio contiene un plus de idoneidad, y que es variable en función de la aptitud de cada persona para autogobernarse, al realizar determinado acto y con conocimiento del alcance jurídico del mismo[2].

En el caso de los menores de edad, no son incapaces, sino que simplemente tienen limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud. Así, una tendencia cada vez mayor a tener en cuenta es la capacidad natural del menor de edad en aras a otorgar eficacia a los actos jurídicos que éste realice; entonces, mientras que la capacidad de goce es una consecuencia necesaria de la personalidad, la capacidad de ejercicio se fundamenta en la capacidad natural o autogobierno, de tal manera que siempre que exista capacidad natural deberá reconocerse al menor, capacidad de ejercicio[3].

Sobre el infante no puede hablarse propiamente de ausencia de capacidad jurídica, puesto que no se debate si en la figura del menor existe idoneidad para gozar de los derechos y asumir obligaciones, sino que lo que se está limitando es la posibilidad de ejercitar actos personalísimos y no por ello carece de personalidad. Es decir, hay un reconocimiento de la autonomía progresiva en el sujeto, reconociéndose en un principio una capacidad restringida, la que se va adquiriendo paulatinamente y que mientras tanto, ha de suplirse a través de la representación de los progenitores[4].

De modo que, aunque el menor desarrolla progresivamente el ejercicio de derechos, estos deben tutelarse con independencia de la edad. La minoría de edad implica una restricción en la capacidad de obrar por orden natural y no necesita justificarse en tanto el menor carece de experiencia para conducirse, por ello, la ley debe estipular la protección, considerando que aún están por desarrollarse las facultades cognitivas y volitivas, que le incapacitan para autogobernarse, por ello debe estar auxiliado por una persona que lo represente[5].

2 Galiano Maritan, G.: "Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho", *Revista Derecho y cambio social*, 2013, vol. 10, núm. 31, p. 17.

3 Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K.: *Daño moral*, cit., pp. 133-140.

4 Villar, M.: *Interés superior del menor, significado y alcances*, 1ª ed., México, Poder Judicial del estado de Guanajuato, 2008.

5 Villar, M.: *Interés superior del menor*, cit., p. 8.

De lo anterior, puede entenderse que el nivel de incapacidad— que se inicia desde el nacimiento hasta la emancipación— puede estar sujeto a diversos grados, en tanto el sujeto este impedido de hacer valer sus derechos, o contraer obligaciones, ejercitando actos en nombre propio.

Ahora bien, no puede confundirse el hecho de que al menor por cuestiones de orden natural se le impida realizar actos personalísimos, con la condición especial de un sujeto declarado incapaz. Como ya se ha mencionado, el menor posee un tipo especial de capacidad, considerada en evolución, que va perdiendo notoriedad a medida que el infante va madurando, por ello se habla de una capacidad de obrar limitada, que justifica la función tuitiva del poder parental.

Es decir, el infante ante todo es una persona, que no solo puede valorarse desde una dimensión jurídica sino también humana, puesto que, desde su realidad se refleja lo que para él es realmente importante, su devenir, en tanto cada día que transcurre se acerca más a su emancipación y a la plenitud jurídica que aspira[6].

Finalmente, para poder definir la capacidad de ejercicio de las niñas y los niños, hay que tomar en consideración que el desarrollo de capacidades y su madurez, va evolucionando con el transcurso del tiempo, por lo que deberá evaluarse la autonomía progresiva del infante de acuerdo con la evolución de las facultades psíquicas, a fin de concederle el autogobierno de sus derechos y la asunción de obligaciones[7]. Lo anterior, se traduce en una evolución paulatina de la capacidad de ejercicio en las distintas etapas de la vida y desde el entorno donde habitan las niñas y niños[8]. De ahí, que resulte indispensable fomentar la autonomía progresiva a través de atributos conductuales que incentiven su independencia y faciliten su emancipación.

2. Naturaleza y alcance del interés superior del menor: es un principio, derecho, o una conexión jurídica de ambos.

Otro tópico importante resulta la naturaleza y alcance del interés superior del menor, por cuanto su validación conlleva a identificar en qué medida resulta más efectiva su aplicación, desde la égida de su postulación como principio, o como un derecho que debe ser resguardado con mayor recelo, por el grado de sensibilidad que genera la intervención de un menor en las relaciones jurídicas.

6 González Martín, N., Rodríguez Jiménez, S.: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano* (Serie Doctrina Jurídica núm. 586), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

7 López-Contreras, R. E.: "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, Niñez y Juventud, 2015, vol. 13, núm. 1, pp. 51-70.

8 Ochoa, M. L.: "Participación y autonomía progresiva del adolescente. Democratización escolar en Buenos Aires (Argentina)", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2019, vol. 17, no 1, pp. 125-137.

Desde la perspectiva trazada, un enfoque de pensamiento mayoritario considera que el ISM, representa un grupo de acciones y procesos tendientes a garantizar una vida digna a los infantes, a través de la materialización de un conjunto de condiciones afectivas y materiales[9]. Ello significa que el interés superior del menor se proyecta como un principio fundamental que contempla un grupo de derechos los cuales deberán ser refrendados desde la interpretación y aplicación de este postulado.

Entendido de esta manera, el ISM, puede percibirse como un pilar vinculante para todos aquellos órganos que tengan facultades para resolver todo asunto o proceso en que se vea inmiscuido un menor, también a los progenitores desde las funciones tuitivas del poder parental, y todas aquellas instituciones que de algún modo contribuyen a resguardar los derechos de la infancia. Así mismo, los operadores del sistema de justicia, y el órgano legislativo deberán entrar a considerar el carácter teleológico de este postulado, preponderando las acciones que favorecen la consolidación del derecho del menor en el orden jurídico y social[10].

Al mismo tiempo, la percepción del interés superior de la infancia como postulado rector, impone la articulación de políticas públicas proyectadas hacia el reforzamiento de los derechos fundamentales y la promoción de una cultura de no discriminación y equidad[11]. Ello posibilita la inclusión de los menores en los programas de protección efectiva de derechos, a través de la instrumentación de mecanismos de salvaguarda, entre los que es muy representativa, la mediación.

Por otra parte, la vaguedad recurrente en cuanto a la ausencia de definición del ISM, en los instrumentos jurídicos internacionales, determina que este sea considerado un ¨concepto indeterminado y ¨estándar¨[12] de difícil definición¨, concebido como uno de los valores representativos del derecho moderno que tiene una connotación universal, e irradia a las esferas jurídicas tanto en la parte sustantiva como procesal.

Ahora bien, desde otra postura doctrinal, se plantea que el postulado cardinal sobre la infancia puede ser entendido desde una doble naturaleza—como principio y como derecho—, y esto es lo que permite que pueda recabarse de

9 *Vid.* Villar, M.: *Interés superior del menor*, cit., p.4.

10 Belloso Martín, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. L. X-2017, 2017, p. 1.

11 Belloso Martín, N.: "La concreción del interés (superior) del menor", cit., p.6.

12 Hernández Rivero, F.: "El interés del menor", citado en González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S.: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano,* Serie Doctrina Jurídica núm. 586, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

las autoridades, una tutela efectiva de los intereses de los menores[13], puesto que la adaptabilidad del ISM, como derecho subjetivo, posibilita que los órganos judiciales, puedan contextualizarlo mediante una pretensión que reclama en el reconocimiento de ese derecho, del cual se contrajo una obligación. Por otro lado, el ISM también es visualizado como principio jurídico interpretativo fundamental, por el cual toda norma susceptible de aplicación en asuntos donde es imperiosa la protección los intereses de los infantes deberá ser interpretada en consonancia con la literalidad de este pilar[14].

Por ende, el interés superior de la infancia, comprendido con un principio que ha sido concebido para la virtualización de los derechos subjetivos, deberá tener una representatividad en las obligaciones de los estados e instituciones, para preponderar derechos de corte familiar como la autonomía progresiva y el derecho a ser escuchado.

Finalmente hay que agregar que el abordaje de este principio desde una definición convencional indeterminada permite la convergencia de los derechos de los niños y la diversidad cultural, pudiendo interpretarse de manera casuística de acuerdo con el contexto social en que se desenvuelven las relaciones jurídicas, y solucionar conflictos en los que el interés social se contraponga inclusive a otro pilar universal, considerando que los derechos de la infancia requieren de la mayor prioridad[15].

De ahí que resulte necesario comenzar a establecer las pautas esenciales de lo que se considerarían criterios mínimos de una definición conceptual del ISM, que permitan clarificar todas estas cuestiones, aspectos que son analizados en el acápite siguiente.

3. Criterios interpretativos sobre la ausencia de una definición convencional del interés superior del menor.

Un aspecto que ha generado gran interés sobre la postulación del ISM, como pilar fundamental de las relaciones paternofiliales, es la ausencia de una definición conceptual en los distintos instrumentos internacionales que promueven su aplicación.

13 Torrecuadrada García-Lozano, S.: "El interés superior del niño", *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2016, vol. 16, pp. 131-157.

14 Torrecuadrada García-Lozano, S.: "El interés superior del niño", cit., p. 140.

15 Cillero Bruñol, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niñonúmero*, 1998, p. 125.

Desde esa óptica, el término es percibido como un concepto jurídico indeterminado, que constituye una cláusula abierta[16], y que impone a los órganos jurisdiccionales ajustar su actuación al ejercicio de ponderación que conllevará tomar decisiones en asuntos donde deba evaluarse el ejercicio pleno de los derechos de un menor.

En palabras de Belloso Martín, la complejidad de invocar un concepto indeterminado no radica tanto en la cuestión normativa, sino en el grado de interpretación y aplicación. De ahí que resulte apremiante facilitar la concreción práctica del ISM, desde la aportación de soluciones a situaciones concretas, y no desde la construcción de categorías generales. Por tanto, el análisis casuístico deberá comprender además una evaluación ponderativa sobre la participación del menor como sujeto de protección especial, y concederle prioridad ante cualquier supuesto que pueda socavar la virtualidad de sus derechos[17].

Visto lo anterior, el ISM, constituye un principio rector, que debe prevalecer en cualquier valoración o interpretación casuística, considerando la relevancia que adquiere el preponderar el derecho de las niñas y los niños ante de los de cualquier tercero, buscando garantizar el desarrollo integral y el máximo de bienestar de los infantes y erradicar cualquier disparidad que pueda colocarles en un estado de vulnerabilidad.

Así mismo, la estimación del interés superior del menor debe incluir políticas públicas que contemplen un grupo de acciones dirigidas a proporcionarle una formación integral a los infantes, coadyuvando a su desarrollo psíquico y emocional, así como la satisfacción de una vida digna. Por ello, resulta necesario de acuerdo con el análisis del caso en concreto, aplicar una metodología basada en la ponderación que permita distinguir, qué derechos de la infancia pueden verse afectados frente a un tercero, y con ello, qué solución resulta la más adecuada para asegurar el ejercicio pleno de estos.

Por otra parte, el ISM, al constituir un pilar fundamental que contempla cualquier circunstancia o hecho, en las que el menor se encuentre implicado, su aplicabilidad tiene también un impacto en la órbita de los derechos fundamentales, lo que, en el ámbito del menor, constituyen derechos preferentes que requieren de mecanismos que garanticen el goce efectivo de estos[18].

16 Pérez Fuentes, G. M., *et al.*: "El interés superior del menor Como Principio", *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, UJAT, Año 1, núm. 2, México, 2014.

17 Belloso Martín, N.: "La concreción", cit., p. 6.

18 Contreras López, R. E. y Hernández Hernández, M. Á.: "El interés superior del menor desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista Letras Jurídicas*, núm. 40, 2019, pp. 179-187.

Pasando a otro tema, la aplicabilidad del ISM, como un principio carente de una conceptualización diáfana, contempla dos características esenciales: la relatividad y la movilidad.

La relatividad constituye un aspecto cardinal al momento de interpretar y aplicar el ISM, considerando que, al hacerlo, deberá centrarse el análisis en las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. Ello significa, que la decisión a que se arribe deberá contemplar toda la información que expone la condición legal del menor y todos aquellos aspectos que puedan definir con claridad la situación jurídica y los protagonistas en ella[19]. En cuanto a la movilidad, este aspecto se refiere a la adaptabilidad del principio mencionado, con relación a los contextos específicos en los que se invoca, y que evoluciona juntamente con el menor, lo que significa que siempre podrá adaptarse a las necesidades de los infantes[20].

Estos componentes, han sido identificados a partir de la necesidad de que el ISM, como concepto indeterminado, pueda adecuarse a las circunstancias actuales de la creciente internacionalización de las relaciones familiares, y el vínculo paterno filial; buscando tener aplicabilidad en los diversos modelos de justicia familiar, que impulsan la salvaguarda de los derechos de la infancia[21].

Pasando a otro tópico, algunos tratadistas consideran que la indefinición en la conceptualización del interés superior del menor constituye un atributo de flexibilidad propio de este principio vinculante, que le concede un espacio de discrecionalidad a los jueces, para poder aplicarlo con base a los hechos y circunstancias concretas.

Desde esta postura, se considera que la volatilidad que acompaña al término, que identifica al referido principio, ha impedido que pueda operar una definición acorde a la naturaleza de este postulado, desde la doctrina, o bien en la norma. Y, si bien es cierto que la ausencia de una conceptualización supone cierta inseguridad jurídica a partir de las incertidumbres que genera concederle al poder judicial un rango discrecional ilimitado; en la práctica resulta más beneficioso, pues permite circunscribir la decisión en función de las necesidades concretas del menor y la adaptación personalizada a las necesidades que puedan aparecer en su vida[22].

De manera que, al representar el ISM, un concepto voluble, constituye un acierto dejar en las manos de los operadores jurídicos la decisión sobre cuál será

19 Contreras López, R. E., y Hernández Hernández, M. Á.: "El interés superior del menor", cit., p. 181.

20 *Idem*.

21 González Martín, N y Rodríguez Jiménez, S.: "El interés superior, del menor", cit., p. 25.

22 *Vid*. González Martín, N; Rodríguez Jiménez, S.: "El interés superior, del menor", cit., pp. 26-28.

la forma más efectiva de garantizarlo, depositando en el propio órgano judicial el alcance del mencionado principio vinculante[23].

Desde esta línea de pensamiento, la ausencia de una definición convencional sobre el término puede resultar favorable, considerando que aún no existe consenso entre las diferentes corrientes jurídicas, sobre la edad y atributos de la persona reconocida como sujeto de derechos, el alcance, y carácter vinculante de la aplicación de este principio. De ahí que, solo un número reducido de países haya ratificado el texto convencional. Por ello, puede entenderse que la falta de conceptualización justifica la necesidad de mantener un dinamismo en cuanto a la realidad social, cultura política y jurídica de un país, circunstancia que impide que pueda restringirse desde un único contexto legal, pues no respondería a título universal tomando en cuenta la proliferación de instrumentos jurídicos sobre menores[24].

Desde otra postura científica, la flexibilidad atribuida al ISM, como concepto indeterminado, implica depositar en el órgano titular de la aplicación normativa, la potestad judicial decisoria en torno a la forma más adecuada de salvaguardar la figura jurídica del menor, lo que puede dar cabida a factores subjetivos—éticos, morales o religiosos— que podrían entorpecer el juicio de ponderación de la autoridad, y conducir a una decisión desafortunada. Por el contrario, definir este postulado, en función de las necesidades físicas, psicológicas del menor, así como las características del entorno, contribuye a limitar el ejercicio desmedido de discrecionalidad que trastoca la naturaleza y contenido teleológico de este principio[25].

Desde esta perspectiva, es válido el criterio de Belloso Martín— y con el que coinciden los autores de este trabajo—, quién plantea que la ausencia de una definición convencional tiene un impacto notorio en la actuación de los operadores del sistema de justicia, especialmente en los aplicadores de la norma, puesto que serán estos quienes tendrán un rol fundamental en la estimación, del interés superior del infante como presupuesto del ejercicio pleno de los derechos de la niñez. En ese sentido, deberá existir un equilibrio básico entre la flexibilidad y seguridad jurídica, que puede materializarse a partir de los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en función de contribuir a enriquecer la dogmática con la incorporación de nuevo material científico. Así mismo, resultará necesario establecer criterios mínimos de determinación, con el propósito de orientar la

23 *Idem.*

24 *Vid.* Villar M.: *Interés superior del menor*, cit., p. 25.

25 *Cfr.* Torrecuadrada García-Lozano, S.: "El interés superior del niño", cit., p. 144.

actividad jurisdiccional, y reducir la desmesurada discrecionalidad que dificulta el ejercicio pleno de los derechos de la infancia[26].

Lo anterior, impone una mayor responsabilidad y compromiso de los jueces, como funcionarios que aplican las leyes, y la necesidad de establecer parámetros de estimación del interés superior como principio cardinal, enfocados a potenciar el desarrollo integral de los menores, a través de su reconocimiento como sujetos de derechos.

Hay que agregar que la estimación de los marcos operacionales de la actividad judicial con motivo de preponderar el interés superior del menor, ante actuación de tercero, tiene también una proyección hacia el ejercicio de la patria potestad, y deberán los jueces velar porque la autoridad parental no se ejerza de manera disfuncional.

4. El aseguramiento de interés superior del menor desde la responsabilidad parental.

El interés superior del menor, como principio rector, tiene su máxima expresión en el entorno de las relaciones paternofiliales. En este ámbito, se requiere prestar mayor atención, tomando en cuenta que el ejercicio de la patria potestad contempla una serie de obligaciones encaminadas a preservar el desarrollo integral de las niñas y niños, procurándole condiciones materiales y afectivas, que puedan proveerle entorno saludable para su crecimiento afectivo y espiritual.

Esto significa, que el ejercicio de parentalidad no responde únicamente a la responsabilidad por la educación y alimentación, sino que comprende el respeto a los derechos reconocidos al infante otorgándole participación en la medida en que vaya adquiriendo gradualmente madurez.

Es decir, una interpretación adecuada del alcance del ISM, en las relaciones paternofiliales impone la necesidad de reconocer al niño en su condición de persona, y así, evitar considerarlos como objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad del Estado[27]. El cambio de paradigma, que resultó del reconocimiento del menor como sujeto de derechos en los instrumentos jurídicos supranacionales, dispone una salvaguarda especial de los derechos de los infantes, y la preminencia de estos por encima de otros que puedan colisionar con los refrendados en defensa de los infantes.

Al realizar una lectura de los principales instrumentos internacionales en materia de protección a la infancia, se advierte que la responsabilidad de los padres

26 *Vid.* Belloso Martín, N.: ¨La concreción¨, cit., pp. 17-18.

27 *Vid.* Torrecuadrada García-Lozano, S.: "El interés superior del niño", cit., p. 144.

cumple el propósito, la protección y el seguimiento al desarrollo progresivo del menor, tomando en cuenta que sus facultades se encuentran limitadas por orden natural, y son los progenitores lo que deben asegurar el ejercicio efectivo de sus derechos.

Por ende, los padres constituyen los aplicadores habituales del ISM, y principales responsables de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el respeto a los derechos reconocidos a los infantes. De incumplir los padres con la función tuitiva que le vienen impuesta debido al ejercicio de la patria potestad, los jueces serán los encargados de acuerdo con el análisis casuístico, de asegurar y preponderar los derechos la infancia mediante la aplicación de normas en circunstancias en que se ve comprometido el bienestar del menor[28].

Con respecto al poder parental, es dable señalar que la institución mencionada no solo tiene un carácter potestativo, sino que también incluye una carga obligacional dirigida a impulsar la formación integral de los menores, y además a respaldar el ejercicio pleno de sus derechos. En consecuencia, la titularidad de patria potestad contempla ambas dimensiones—derecho/deber— las que definirán los marcos operacionales de ejercicio de la patria potestad[29].

Por otro lado, es necesario distinguir el alcance de las funciones que acompañan el ejercicio de la patria potestad; de la representación legal habilitada para intervenir a nombre de un tercero. En este sentido, la representación legal, implica que los progenitores podrán intervenir en todos los actos jurídicos que pudiera celebrar el menor a gestión personal, pudiendo inclusive abstenerse de participar, en caso de desearlo. Sin embargo, el ejercicio de parentalidad contempla una función tuitiva, para amparar y proteger al infante de cualquier acto, o decisión que pueda perjudicarle, sin que pueda en tal caso el progenitor renunciar a ella[30].

De lo referido hasta aquí, puede concluirse que la actuación de los progenitores, en torno a la salvaguarda del interés superior del menor, es un presupuesto fundamental dentro de la responsabilidad parental, e impone límites de orden normativo— sustantivo y procesal—a la autonomía de la voluntad de los padres, con el fin de evitar que se ejecuten actos en detrimento de las prerrogativas reconocidas al infante, las que deberán preponderarse desde el poder judicial a través de mecanismos de protección efectiva[31].

28 *Idem*, p.145

29 Sánchez García, A. y Fernández Silva, Y.: "El derecho de corrección en el contexto de las relaciones paternofiliales y su apreciación como causa de justificación en la legislación penal cubana", *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, 2020, vol. 7, no 14.

30 De Lama Aymá, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad.* Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona, 2006.

31 Considerando los límites que impone ISM a la autonomía de la voluntad de los progenitores, en la legislación mexicana, se hace necesario ilustrar, desde la jerarquización normativa, las pautas que orientan

Lo referido, tiene trascendencia en todos los ámbitos del derecho, resultando de valoración especial, el ISM en la esfera penal, especialmente cuando el infante resulta víctima de delito y tiene la posibilidad acogerse a mecanismos que garantizan la protección de sus derechos, pero no puede acceder a ellos, por la negativa de sus padres. Este tópico será objeto de análisis en el siguiente acápite.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.

Durante las últimas décadas han surgido nuevas tendencias que apuntan, por un lado, a la diversificación de las reacciones de la justicia ante el delito, y por otro a la resolución extrajudicial de conflictos donde la víctima pueda regresar a su papel protagónico, a través del reforzamiento de sus derechos, y una mayor participación.

Lo anterior, había sido obviado por el Estado en la medida en que progresivamente fue haciéndose cargo de la administración de justicia, como respuesta al reclamo social, de eliminar el abuso de la venganza y la arbitrariedad, escenario que propicia la instauración de un modelo de represión para el

las funciones tuitivas de la autoridad parental.
Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.
Art. 4. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.
Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. *vid.* Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, consultado el 26 de abril del 2020
Código Civil Federal.
Art. 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.
Art. 440.- En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.
Art. 441.- Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.
vid. Código Civil Federal en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_030619.pdf, consultado en fecha 27 de abril del 2020.
Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes
Art. 103. Son obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como de las demás personas que por razón de sus funciones o actividades tengan bajo su cuidado niñas, niños o adolescentes, en proporción a su responsabilidad y, cuando sean instituciones públicas, conforme a su ámbito de competencia, las siguientes:
V. Asegurar un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad;
VII. Protegerles contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación;
VIII. Abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral. El ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes no podrá ser justificación para incumplir la obligación prevista en la presente fracción véase Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_171019.pdf, consultado, 27 de Abril del 2020.

enjuiciamiento de conductas catalogadas de antisociales. Visto de esa manera, el derecho penal se convierte en un instrumento de control social que actúa ante ataques graves a los bienes jurídicos considerados relevantes.

La necesidad de que el Estado actuara enérgicamente contra las conductas temerarias que ponen en peligro la seguridad ciudadana y los intereses públicos, generó un descuido en la protección de los derechos de las víctimas, relegándole a un papel secundario hasta llegar al aislamiento, y asentar en el rol principal al delincuente. Resultante de esta plataforma jurídica, han ido incrementándose las insatisfacciones de los ciudadanos que son afectados por la ocurrencia de hechos delictivos, sujetos que se mantienen al margen del proceso sin recibir ninguna información, con posterioridad a formular la denuncia. Esta condición procesal de la víctima-que ha sido relegada a la condición de testigo-le impide participar íntegramente de las sesiones del juicio, menos aún con asesoramiento; y solo comparece cuando sea llamada a declarar; el delito se sigue visualizando desde una perspectiva adversarial, donde la condena es proporcional a la afectación del bien jurídico protegido por la norma.

Es de esa manera que, desde el derecho internacional y los órganos supranacionales, comienza a plantearse la necesidad de desarrollar una definición universal de víctima, que pueda incluir no solo las personas afectadas directamente por el hecho del delito, sino a todos aquellos que hayan sufrido las consecuencias del ilícito penal, ya sea familiares o ajenos, individuales o colectivos.

Para materializar ese postulado, la Organización de las Naciones Unidas adoptó en la Asamblea General de fecha 29 de noviembre de 1985 en la resolución número 40/34, la primera declaración sobre la protección a la víctima, a la que llamó ¨Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder¨[32]. Este instrumento jurídico, postula un concepto que constituye una referencia sobre las víctimas, puesto que resulta bastante abarcador en tanto incluye a todas aquellas personas que han visto vulnerados sus derechos fundamentales, con independencia del vínculo familiar que pueda haber entre el agresor y el perjudicado, u otras personas que tengan relación inmediata con la víctima y que hayan sufrido daño al intervenir para asistir al perjudicado en peligro o para prevenir la victimización[33].

32 Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder. Organización de Naciones Unidas. Resolución número 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Art. 1

33 En la Declaración de Naciones Unidas sobre Principios Fundamentales a las Víctimas del Delito y de Abuso de Poder, el concepto que se brinda comprendía a las personas que sufrían un daño o perjuicio por un hecho calificado en la ley como delito y a los familiares o personas que tuvieran relación inmediata con la víctima, además a los que sufrieron daños al intervenir para asistir al perjudicado en peligro o para prevenir la victimización. Como resultado de este criterio el organismo internacional adoptó, más tarde, en la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985 en la resolución número 40/34, la primera declaración sobre la protección a la víctima, donde se formula un concepto más acabado de la categoría de víctima, definiéndole como: "aquellas personas que de forma individual o colectiva han sufrido un perjuicio, especialmente, un

Este instrumento, reivindica a la víctima desprotegida por mucho tiempo, previéndose además que en caso de que no se imponga condena a los responsables, permita acceso a la justicia y trato justo; resarcimiento, indemnización y asistencia[34]. De ahí que adquiera virtualidad en los diferentes modelos jurídicos al nivel, de que tomamos como referencia la legislación mexicana[35].

Comienzan a visualizarse, desde el enfoque doctrinal, diversas tipologías victimales encaminadas a distinguir el rol de la víctima en el hecho conflictivo. Unos de los principales exponentes es Benjamín Mendelsohn, quien realiza un estudio sobre la víctima, desde el ámbito de la correlación de culpabilidad entre víctima e infractor. El exponente sostiene que existe relación inversa entre la culpabilidad del agresor y de la víctima, lo que a su vez determina el vínculo con la actitud victimal[36].

Por su parte los criminólogos Hans Von Hentig[37] y Elías Neuman también presentaron una clasificación de las diferentes categorías de víctimas que ameritan

ataque a su integridad física o mental; un sufrimiento moral o una pérdida material, o un ataque grave de sus derechos fundamentales, en acciones u omisiones que infringen las leyes penales vigentes de un estado". *vid*. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Justicia-Victimas-Delito.pdf.

34 *Vid*. Declaración 40/34 De las Organización de Naciones Unidas de 1985. Art. 8, 9, 10 y 11.

35 La normativa mexicana, de acuerdo dispuesto en la Resolución 40/34, y a tono con el Derecho Internacional Convencional, incorpora en las leyes orgánicas, algunas categorías que permiten distinguir algunos tipos de víctima. En el caso de la legislación procesal penal, se unifican en un mismo numeral los conceptos de víctima y ofensor:
Art. 108 Para los efectos de este Código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.
También la Ley General de Víctimas contempla una definición
Art. 4. Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.
Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella. Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito. Véase Ley General de víctimas en http://www.diputados.gob.mx.

36 Mendelsohn incorporó una amplia clasificación tipología victimaria que sirvió de base para las posteriores clasificaciones de estas categorías: Víctima inocente Es la víctima inconsciente que nada ha hecho o nada ha aportado para desencadenar la situación criminal por la que se ve damnificada. Es totalmente ajena a la actividad del delincuente. Víctima por ignorancia: El sujeto por cierto grado de culpa o por medio de un acto poco reflexivo causa su propia victimización facilitando la actuación del agresor. Ej. mujer que se provoca un aborto por medios impropios pagando con su vida su ignorancia. Víctima provocadora: Aquella que, por su propia conducta, incita al infractor a cometer el hecho criminal. Tal incitación, es decisiva, pues crea y favorece la explosión previa a la descarga que significa el crimen. Víctima voluntaria Es la que evidencia aún más la colaboración con el victimario, o sea tan culpable como el infractor. Ej. suicidio por adhesión, eutanasia; Víctima por imprudencia La que determina el accidente por falta de control. Ej. quién deja el automóvil mal cerrado o con las llaves puestas. Víctima culpable. Esta acepción ofrece una doble fisonomía: de un lado simuladora (que acusa falsamente); de otro, la imaginaria (que inventa su propia condición de víctima cuando no se ha producido la infracción). *Vid*. Mendelsohn, B.: "La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea", *Revista Alamud, al día*. San José, Costa Rica,1981, vol. 4.

37 Hans Von Henting se aparta de criterios legales para proponer cinco categorías de «clases generales» y seis de «tipos psicológicos». Pretende ocuparse de las categorías de víctimas más frecuentes, estas son: A) Las clases generales son: 1. los niños o jóvenes, por inexperiencia son los más propenso a sufrir la comisión de

reconocimiento y protección. En caso del primero, el autor propone cinco categorías de clases generales de víctimas, en la que se distinguen los sujetos que ostentan alguna condición de vulnerabilidad. Además, se incorporan seis tipos psicológicos, que acogen los más generales estados conductuales. Desde otra postura científica, Neuman centra su clasificación en un arquetipo llamado sistema social básico[38] del cual extrae una clasificación cuyo rango distintivo es que permite nuevas formulaciones y ajustes, buscando un tratamiento más moderno y dinámico cuya característica esencial era que no debía ser exhaustiva[39].

Cabe señalar como aspecto interesante, que ambos autores coinciden reconocer al menor como una víctima en condición de vulnerabilidad, por lo que tendrá que prestarse especial atención a los hechos delictivos de los que resulta víctima un infante, de lo que puede significar un peligro físico, psíquico o emocional, y que puede resultar tanto de las secuelas resultantes del hecho delictivo, como de la propia revictimización que genera la inadecuada atención al infante una vez que se apertura el proceso. De ahí, que resulte importante evaluar la condición procesal que detenta el menor cuando interviene en el ámbito penal, el tratamiento en calidad de víctima u ofendido que recibe, tomando como referencia la legislación mexicana que contempla su inclusión dentro de estas categorías.

1. Tratamiento procesal al menor como víctima y como ofendido.

La intervención del menor en proceso penal como víctima u ofendido, no exenta de vivir las experiencias infortunadas que comúnmente padecen los ciudadanos que son objeto de una agresión u otro tipo de conducta ilícita. A los efectos nocivos que trae consigo el impacto emocional de evento de esta naturaleza, hay que sumarle las diversas vicisitudes que vive la víctima dentro de las instancias policiales y judiciales.

El hecho de estar sometido a extensos interrogatorios e interminables diligencias instructivas puede generar un estado de impotencia y abatimiento en la persona afectada por el delito. Ello es, producto de revivir los acontecimientos traumáticos de los que fue objeto, a lo que se suma la estigmatización social que

un delito.2. La mujer, que por su debilidad reconocida hasta por la ley.3. El anciano, por su discapacidad en diferentes formas. 4. Los débiles y enfermos mentales, se incluyen los drogadictos, los alcohólicos etc.5. Los inmigrantes, las minorías y los ton-tos, por su situación de desventajas al resto de la población. *Vid.* Von Hentig, H.: *The Criminal and his Victim*, Archon Books, Hamdem, citado en Márquez Cárdenas, A. E.: "La victimología como estudio: Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal", *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores De La Facultad De Derecho*, 2011, vol. 14, no 27, pp. 27-42.

38 García Pablos de Molina, A.: *Criminología,* 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 81.

39 Neuman, desarrolla dicha tipología en su obra y elabora la siguiente clasificación: Víctimas individuales (las clasifica en cuanto su actitud victimal culposa y dolosa), familiares (niños y mujeres maltratados), víctimas colectivas (la comunidad como nación, Ej. rebelión, sedición; comunidad social, ejemplo, el terrorismo subversivo. *Vid*. Neuman, E.: *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 69.

genera el acudir frecuentemente a instancias judiciales, cuestión que no solo aqueja a la víctima, sino que también puede verse afectado el ofendido[40].

Ahora bien, desde el punto de vista, de las categorías que se han manejado en las diversos instrumentos jurídicos para identificar a las personas que han sido perjudicadas de una u otra forma por hechos delictivos, y que se distinguen como víctima/ofendido; el menor puede considerarse, un sujeto apto de recibir tal calificación puesto que su condición legal no impide que pueda ejercer sus derechos—a través de la representación legal de los padres, y reclamar de los órganos de administración de justicia una tutela efectiva, y reparación oportuna del hecho ilícito que ha violentado su tranquilad.

De acuerdo con la legislación procesal penal mexicana, las víctimas y el ofendido, aunque convergen en un mismo acápite como sujetos del procedimiento, ostentan una posición distinta en cuanto a la forma en que repercute la conducta delictiva en su figura. En el caso de la víctima, esta figura la tiene con el hecho delictivo, y es directamente afectado por la conducta ilícita que recae directamente en su persona[41]. La víctima recibe a nivel personal los efectos económicos, psicológicos, morales y físicos del delito, que insta a la apertura del proceso y el ejercicio de la acción penal[42.]

Por otro lado, el ofendido— también llamado víctima indirecta—es una persona afectada indirectamente por el hecho punible y del que resulta perjudicada ya sea por ser el titular del bien afectado, o puesto en peligro. La intervención del ofendido en el proceso puede reflejarse en personas que tienen una dependencia con la víctima, y ésta al no encontrarse presente, asiste para hacer valer sus derechos[43]. El caso de los delitos contra la integridad corporal, especialmente el de homicidio, es un ejemplo de la intervención de personas perjudicadas por el delito que priva de la vida a la víctima.

Ahora bien, tomando como referencia el Código Nacional de Procedimientos Penales de México, si bien es cierto que la normativa contiene una descripción diáfana de las categorías mencionadas, no existe dentro de este cuerpo legal una regulación detallada de las pautas que marcan el tratamiento al infante como víctima/ofendido, lo que se traduce en que desde la intervención judicial se

40 Villacampa Estiarte, C.: "Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas", *Revista de derecho penal y criminología,* 2005, núm. 16, pp. 265-299.

41 Vid Código nacional de procedimiento penales, Art. 108, en http://www.diputados.gob.mx

42 Tesis 2010615 1a, Aislada Constitucional Penal. *Gaceta de Semanario Judicial de la Federación.* Diciembre de 2015. Vol. Tomo 1, 25, p. 267.

43 Gorjón Gómez, F. J. y Sánchez García, A.: *Vademécum de mediación y arbitraje*, 2ª ed., Tirant lo blanch, México, 2020 (en prensa).

disponga un grupo de acciones para asegurar la protección y ejercicio pleno de los derechos de la infancia; ello se hará desde el análisis concreto del caso[44].

En cuanto a la ley adjetiva, sólo obra un numeral que hace referencia a la declaración del menor, considerada un testimonio especial. En esta diligencia procesal se dispone que el juez, a petición de las partes, podrá considerar la utilización de técnicas audiovisuales o auxiliarse del personal especializado, tomar la declaración de menor y evitar con ello el contacto directo con el imputado. Sin embargo, llama la atención que esta disposición tienen un carácter facultativo, cuando en realidad debería constituir una regla y de esa manera constreñir al órgano judicial a tomar todas las medidas pertinentes para impedir la afectación psicológica o emocional del infante.

Para saldar, la ausencia de regulación procesal, sobre el tratamiento al menor en la aplicación de las diligencias de investigación, desde la jurisprudencia— considerada una fuente formal de derecho— comienzan a emitirse un grupo de pautas que deberán ser asumidas por el órgano judicial para garantizar el interés superior del menor. En ese sentido las medidas están encaminadas a satisfacer tres aspectos: la valoración del testimonio infantil, la racionalidad en cuanto a la participación del menor en las diligencias de investigación, y, por último, evitar contacto directo con el imputado[45].

En primer lugar, la valoración del testimonio, debe estar dirigida a realizar interrogatorio al menor, con tacto y sensibilidad, auxiliándose el funcionario de un personal especializado para facilitar la comunicación con el infante, evitando el riesgo de una apreciación inadecuada del testimonio infantil. En segundo orden, se aborda la necesidad que los órganos judiciales reduzcan el número de diligencias procesales en los que se requiere la participación del infante, puesto que, entrar en contacto con sedes policiales o judiciales resultan procedimientos angustiantes. Por último, se informa que debe evitarse, que el infante y el imputado coincidan en

44 Ley General de Víctimas:
Art. 5. -El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector. Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales. *vid.* Ley General de Víctimas, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV_030117.pdf.
Código Nacional de Procedimientos Penales:
Art. 366. Testimonios especiales Cuando deba recibirse testimonio de menores de edad víctimas del delito y se tema por su afectación psicológica o emocional, así como en caso de víctimas de los delitos de violación o secuestro, el Órgano jurisdiccional la petición de las partes, podrá ordenar su recepción con el auxilio de familiares o peritos especializados. Para ello deberán utilizarse las técnicas audiovisuales adecuadas que favorezcan evitar la confrontación con el imputado. *vid.* Código Nacional de Procedimientos Penales, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf

45 *Vid.* Tesis 2010615 1a, Aislada Constitucional Penal, cit., p. 267.

tiempo y espacio, considerando que es imperioso proteger la identidad del menor y evitar reactivarle el recuerdo desafortunado de la situación vivida[46].

Finalmente, si bien es cierto que la jurisprudencia ha venido a complementar la norma, y dar respuesta con ello, a las inquietudes que hoy surgen con respecto al tratamiento del menor en el proceso penal; aún resulta insuficiente, ante el incremento de hechos delictivos en contra de infantes, puesto que la saturación de procesos judiciales impide implementar de manera eficiente todos los mecanismos de protección y salvaguarda a los derechos humanos. En el caso de los menores, esta situación se agudiza, al tener que comparecer a los interrogatorios y diligencias, que pueden provocar daños irreversibles a su estabilidad emocional. De ahí que, la mediación resulte un método menos invasivo sentimentalmente, y que pueda adaptarse a las necesidades afectivas del menor y permitirle al menor recuperar el sentimiento de seguridad.

IV. LA MEDIACIÓN PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍAS DE DERECHOS HUMANOS.

La mediación constituye uno de los instrumentos referentes de la justicia alternativa que propugna un nuevo paradigma de justicia centrada en la intervención directa de los ciudadanos en la gestión de los conflictos. Su aplicación ha tenido gran resonancia en la constitucionalización de nuevos dispositivos ajenos al modelo tradicional adversarial, que a su vez se han ido incorporando al catálogo de derechos fundamentales; y aunque en otros casos, también se ha impulsado su utilización desde la promulgación de leyes orgánicas.

Ello determina que en la actualidad se haya abierto la posibilidad de coexistencia de dos formas de gestionar el conflicto penal, y lejos de contraponerse, ambos esquemas de justicia parecen complementarse tomando como punto de conexión el derecho de acceso a la justicia, potestad que concede a los ciudadanos la oportunidad de elegir la vía que mejor pueda satisfacer a su pretensión.

Desde esta óptica, la mediación, en su proyección de dispositivo no adversarial, se enmarca en una justicia horizontal, como los derechos humanos, pudiendo considerársele como un mecanismo no jurisdiccional de acceso a la justicia, que el estado pone a disposición de la ciudadanía para fomentar una cultura de paz y sana convivencia[47].

46 *Idem.*

47 Islas Colín, A.: "La mediación y los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", en AA.VV.: *Manual de mediación penal, civil, familiar y justicia restaurativa para mediadores, facilitadores, instructores* (coord. F. J. Gorjón Gómez y R. Chávez de los Ríos), Tirant lo Blanch, Méxco, 2018, pp. 133-142.

De modo que, con la incorporación de la justicia alternativa al nuevo modelo de corte acusatorio, no solo se promueve el respeto a los derechos humanos— a través de la participación de las personas de manera voluntaria—, sino que desde los métodos no adversariales de los que se vale, despliega una metodología de abordaje del conflicto, que garantiza el ejercicio efectivo de esos derechos. Este escenario es propicio para la consecución de un acuerdo que clarifique las necesidades y virtualice los intereses de sus protagonistas, pues son las partes las que definirán el modo de reparación y satisfacción frente al conflicto[48]. La ocasión, permite, además, a los ciudadanos involucrarse en la prevención del delito y la reintegración social.

Ahora bien, en el caso de México, la constitucionalización de los métodos alternos constituye una nota relevante dentro del ordenamiento jurídico, que adquiere virtualidad con la implementación del modelo de justicia acusatorio[49]. La reforma incorporó nuevos dispositivos constitucionales[50], que modificaron el esquema rígido y adversarial que regía hasta entonces, instaurándose un modelo jurídico binomial que permite a los ciudadanos alejarse de los espacios de confrontación, y acceder a vías pacíficas para resolver los conflictos. Como nota distintiva hay que señalar que la introducción del Art. 17, párrafo cuarto, en el texto constitucional, constituye el epicentro regulatorio de los MASC[51], y fundamento de la justicia alternativa[52], lo que permite expandir el uso de los métodos no tradicionales a todas las áreas jurídicas. Así mismo, la reforma de 2017 a la Constitución Federal — se incorporan los numerales 18, sexto párrafo, 73 fracciones XXI c) y XXIX a) — propició la unificación del sistema de justicia penal mexicano a través de la fusión de todas las normas adjetivas lográndose

48 Cabrera Dircio, J.: *Mediación penal y derechos humanos*, Ediciones Coyoacán, 2014.

49 Las reformas del año 2008, y el 2017 de la Ley Fundamental mexicana— en los Art. 17.4, 18 (parrafo 6), Art. 73.XXI. C. Art. 73.XXI. C, Art. 73. XXIX-A—, a la Ley Fundamental,propician la armonización del Sistema de Justicia Penal, y la convergencia de dos modelos de Justicia tradicionalmente antagónicos, pero que en la práctica pueden coexistir, a través de la diversificación de las vías de solución de conflictos.
Art. 17.4. Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Art.18, párrafo 6: Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionarle al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito. Art. 73.XXI. C. La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común. Art. 73. XXIX-A. Para expedir la ley general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal. *vid.* Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf, consultado el 27 de abril del 2020.

50 Sánchez García, A.: *Esquemas de mediación y arbitraje,* Tirant lo blanch, México, 2019.

51 Sánchez García, A.: *Esquemas de mediación,* cit., p. 110.

52 Islas Colín, A.: ¨La mediación¨, cit., p. 134.

implementar la utilización de los MASC tanto en el marco penal de los adultos, como en el de adolescentes. Lo anterior se traduce en un efecto armonizador en todo el país, toda vez que concederle al legislador la posibilidad de crear una ley servirá de referencia y marco regulatorio a nivel federal, estatal y local.

Ergo, consideramos que la experiencia de la mediación en al ámbito penal, conlleva a expandir sus beneficios, a sujetos de condición especial como los menores, puesto que ello permitiría reducir toda la carga emotiva que implica someterse a un proceso judicial, y que, en caso de los infantes, representa un daño psicológico posiblemente irreversible. Toca entonces velar por el interés superior del menor, concediéndole todas las facilidades y el ejercicio pleno de sus derechos.

V. CONCLUSIONES.

Como ideas conclusivas puede plantearse, que se impone desarrollar nuevas estrategias y la búsqueda de un camino alternativo que pueda mitigar los efectos lesivos que lleva consigo la implementación de la vía penal, ámbito para ejercer su función de combatir las conductas más graves y reestablecer la legalidad vulnerada, ha desatendido algunos aspectos de la parte afectada, resultando necesario reformular los sistemas procesales penales en el sentido de incrementar la participación del perjudicado, rescatando su papel preponderante.

En ese sentido, la utilización de los MASC no solo está orientada a la descongestión del sistema judicial y la optimización de las funciones de administración y persecución de justicia, sino que su metodología de aplicación también contribuye a garantizar un ejercicio efectivo de los derechos humanos, de ahí que resulte trascendental concederle la posibilidad a todos los ciudadanos de acceder a estas vías pacíficas, en especial al menor víctima de un delito, puesto que ello contribuye a que el infante pueda recuperar el equilibrio emocional y sentimiento de seguridad, que resulta trastocado después de un evento de alta peligrosidad.

De tal suerte que, ante el desacuerdo de los padres, que pueda colocar en estado de vulnerabilidad al infante, al impedir el acceso a un método menos invasivo desde el ámbito emocional, entendemos que resultaría efectiva la intervención judicial oficiosa— al conocerse la negativa de los progenitores—, para permitirle al menor acceder a la mediación, considerando que este vía representa una posibilidad real, de evitar las consecuencias dañosas del proceso penal, y lograr una reparación oportuna del daño.

BIBLIOGRAFÍA

Belloso Martín, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, VOL. X-2017, 2017.

Cabrera Dircio, J.: *Mediación penal y derechos humanos*, Ediciones Coyoacán, 2014.

Cillero Bruñol, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niñonúmero*, 1998.

Contreras López, R. E. y Hernández Hernández, M. Á.: "El interés superior del menor desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista Letras Jurídicas*, núm.40, 2019.

De Lama Aymá, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tesis doctoral. Universitat Autónoma de Barcelona, 2006.

Galiano Maritan, G.: "Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho", *Revista Derecho y cambio social*, 2013, vol. 10, no 31.

García Pablos de Molina, A.: *Criminología,* 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2014.

González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S.: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano* (Serie Doctrina Jurídica núm. 586), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

Gorjón Gómez, F. J. y Sánchez García, A.: *Vademécum de mediación y arbitraje*, 2ª ed., Tirant lo blanch, México, 2020.

Islas Colín, A.: "La mediación y los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", en AA.VV.: *Manual de mediación penal, civil, familiar y justicia restaurativa para mediadores, facilitadores, instructore* (coord. F. J. Gorjón Gómez, F. J. y R. Chávez de los Ríos), Tirant lo blanch, México, 2018.

López-Contreras, R. E.: "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2015, vol. 13, núm. 1.

MENDELSOHN, B.: "La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea", *Revista Alamud, al día.* San José, Costa Rica,1981, vol. 4.

NEUMAN, E.: *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales,* Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994.

OCHOA, M. L.: "Participación y autonomía progresiva del adolescente. Democratización escolar en Buenos Aires (Argentina)", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2019, vol. 17, núm. 1.

PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Tirant lo Blanch, México, 2015.

PÉREZ FUENTES, G. M., et al.: "El interés superior del menor Como Principio", *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, UJAT, Año 1, núm. 2, México, 2014.

SÁNCHEZ GARCÍA, A; FERNÁNDEZ SILVA, Y.: "El derecho de corrección en el contexto de las relaciones paternofiliales y su apreciación como causa de justificación en la legislación penal cubana", *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, 2020, vol. 7, núm. 14.

SÁNCHEZ GARCÍA, A.: *Esquemas de mediación y arbitraje,* Tirant lo blanch, México, 2019.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: "El interés superior del niño", *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2016, vol. 16.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas", *Revista de derecho penal y criminología,* 2005, núm. 16.

VILLAR, M.: *Interés superior del menor, significado y alcances*, 1ª ed., Poder Judicial del Estado de Guanajuato, México, 2008.

LA CONSTITUCIÓN ANTE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS DE LA ADOPCIÓN EN SUPUESTOS INTERNACIONALES: CUESTIONES CONTROVERTIDAS*

THE CONSTITUTION OF THE ADOPTION IN INTERNATIONAL CASES BY THE SPANISH AUTHORITIES: CONTROVERSIAL ISSUES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 820-843

*El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

Mª Jesús
SÁNCHEZ
CANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El presente trabajo analiza el régimen de la Ley de Adopción Internacional para la constitución ante las autoridades españolas de una adopción en supuestos internacionales. En primer lugar, se disertará sobre los foros que otorgan competencia judicial internacional a los Tribunales españoles para la constitución de una adopción internacional, así como acerca de la adopción consular, previstos en los arts. 14 y 17 LAI. En segundo término, se examinará el sector de la ley aplicable, en relación con el cual se abordarán las respuestas que ofrecen los arts. 18-20, sin olvidar la referencia del art. 23 al orden público internacional español.

PALABRAS CLAVE: Adopción internacional; competencia judicial internacional; Ley de Adopción internacional.

ABSTRACT: *The present work analyses the regime of the International Adoption Law for the constitution before the Spanish authorities of an adoption in international cases. First of all, it will be discussed the forums that grant international judicial competence to the Spanish Courts for the constitution of an international adoption, as well as about the consular adoption, foreseen in the articles 14 and 17 IAL. In the second place, the sector of the applicable law will be examined, in relation to which the answers offered in articles 18-20 will be dealt with, without forgetting the reference in article 23 to the Spanish international public policy.*

KEY WORDS: *International adoption; international jurisdiction; International Adoption Law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. COMPETENCIA INTERNACIONAL DE AUTORIDADES: LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LAI.- 1. El art. 14 LAI: Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para la constitución de una adopción internacional.- 2. La adopción consular.- III. EL SECTOR DE LA LEY APLICABLE. CUESTIONES DESTACADAS.- 1. La distinción entre adopción regida por la ley española y la adopción regida por la ley extranjera en la Ley 54/2007.- 2. La Ley 26/2015 y su incidencia en las normas de conflicto de la LAI.- 3. El vigente art. 19.4 LAI.- IV. BREVE REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

El Artículo Tercero. Uno de la Ley 26/2015, de 28 de julio modificó el art. 1.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (en adelante, LAI). A este respecto, debe observarse que el texto actual incluye una mención genérica a las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores en los supuestos en que exista algún elemento extranjero, sin distinguir ninguno de los tres sectores de esta disciplina y añadiendo la referencia a las medidas de protección de menores, que tampoco figuraba en el texto original.

No obstante, una de las finalidades de la LAI, presente en la versión original, consiste en establecer una regulación integral de todos los aspectos de Derecho Internacional Privado vinculados con la institución de la adopción, a fin de "dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España". Con este propósito, la LAI incorpora disposiciones relativas a los tres sectores básicos que componen el Derecho Internacional Privado, regulando la competencia judicial internacional de las autoridades españolas para la constitución, nulidad y conversión de las adopciones internacionales y la ley aplicable, a las cuales deberán atender las autoridades españolas en los supuestos anteriores, así como los efectos jurídicos en España de las adopciones internacionales constituidas en el extranjero.

El presente trabajo aborda el régimen vigente previsto en la LAI para la constitución ante las autoridades españolas de una adopción en supuestos internacionales, junto con las consecuencias que se derivan de su aplicación.

A tal fin, en primer lugar, se disertará sobre los foros que otorgan competencia judicial internacional a los Tribunales españoles para la constitución de una

• Mª Jesús Sánchez Cano
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado Universidad San Jorge. Correo electrónico: mjsanchez@usj.es

adopción internacional, así como acerca de la adopción consular, previstos en los arts. 14 y 17 LAI, tanto desde el punto de vista de la redacción inicial, otorgada por la Ley 54/2007, como, en su caso, desde la perspectiva de las modificaciones incorporadas por la Ley 26/2015.

En segundo término, se examinará el sector de la ley aplicable, en relación con el cual se comparará el régimen anterior con el sistema que se ha incorporado al vigente Capítulo II del Título II de la LAI. Se dividirá la explicación en dos apartados diferentes, que abordarán, por un lado, las soluciones recogidas en los arts. 18 a 21 de la LAI del texto original y por otro, la respuesta que ofrecen los arts. 18-20, después de que la Ley 26/2015 suprimiera el art. 21 LAI, en ambos casos, sin olvidar la previsión del art. 22 LAI y la referencia del art. 23 al orden público internacional español.

II. COMPETENCIA INTERNACIONAL DE AUTORIDADES: LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LAI.

Seguidamente, se desarrollarán los aspectos más relevantes relacionados con la normativa propia del Derecho Internacional Privado, en relación el sector de la competencia de autoridades. Concretamente, se analizarán los foros de competencia para la constitución en supuestos internacionales, junto con la adopción consular. Ello, tanto desde el punto de vista de la redacción inicial, otorgada por la Ley 54/2007, como desde la perspectiva de las modificaciones incorporadas por la Ley 26/2015.

1. El art. 14 LAI: Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para la constitución de una adopción internacional.

Comenzando por el art. 14 LAI, hay que precisar que no contiene cambios relevantes respecto a la situación anterior a la LAI, puesto que reproduce los criterios fijados de modo alternativo en el art. 22.3 LOPJ, anterior a la reforma llevada a cabo por el art. único. 7 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (Ref. BOE-A-2015-8167)[1], atribuyendo competencia judicial internacional a los Tribunales españoles para constituir la adopción cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España, o cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España.

1 El antiguo art. 22.3 LOPJ atribuía competencia judicial internacional a los Tribunales españoles "para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España". Mientras que el vigente art. 22 *quáter.* e), como se ha explicado más arriba, dispone que los Tribunales españoles serán competentes "en materia de adopción, en los supuestos regulados en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional"

Este precepto, que, pese a haber sido modificado por la Ley 26/2015, conserva su sentido original[2], incorpora una novedad respecto de los foros de la LOPJ en el segundo párrafo, en el cual se precisa que la nacionalidad y residencia se apreciarán, en todo caso, en el momento del inicio del expediente administrativo de adopción, es decir, cuando tenga lugar la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública[3].

Así las cosas, respecto a los foros de competencia judicial internacional de la LAI, cabría apuntar un problema que pudiera derivarse, justamente, del hecho de que la LAI haya fijado el momento en que se debe tomar en consideración la circunstancia de la nacionalidad o de la residencia en el inicio del expediente administrativo de adopción, habida cuenta que existen supuestos en los que no interviene la Entidad Pública competente, en tanto que no es precisa la propuesta administrativa previa, cuales son los previstos en el art. 176.2 CC.

En otro orden de consideraciones, debe advertirse que el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al Anteproyecto de la Ley de Adopción Internacional, se planteó si no pudiera resultar exorbitante la competencia de los tribunales españoles, al menos, en aquellos casos en que los adoptantes y los adoptados residan habitualmente en el extranjero y carezcan de nacionalidad española común. No obstante, el Consejo observó que una posible reforma de los foros mencionados requeriría la previa modificación del art. 22.3 LOPJ[4]. Quizás por este motivo, el

2 El Artículo Tercero Quince de la Ley 26/2015 establece que "se modifica el apartado 2 del artículo 14, que queda redactado como sigue: "2. La nacionalidad española y la residencia habitual en España se apreciarán, en todo caso, en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública." La novedad únicamente estriba en que se ha cambiado la expresión "solicitud de adopción", que figuraba en el texto original, por la de "ofrecimiento para la adopción." Este cambio terminológico obedece, en palabras del Considerando V de la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, a que "se define a los futuros adoptantes, no como solicitantes, sino como personas que se ofrecen para la adopción."

3 Sobre esta novedad, se argumenta que el carácter mutable de las conexiones nacionalidad y residencia habitual podría provocar un problema de conflicto móvil y que este inconveniente lo ha resuelto el art. 14.2 fijando en el tiempo el momento en que han de tomarse en consideración dichas conexiones, siendo este momento el de la presentación de la solicitud, en la terminología actual, ofrecimiento. *Vid.* Gómez Campelo, E.: *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Reus, Madrid, 2009, p. 80. En relación con el concepto de conflicto móvil en Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Décimoctava edición, 2018, Comares, Granada, 2018, pp. 228-230.

4 Exactamente, el Informe al Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional emitido por el Consejo del Poder Judicial, en el Considerando III, titulado "Observaciones Particulares", en la Observación Tercera, al comentar las reglas de derecho internacional privado delimitadoras de la ley aplicable a las adopciones internacionales constituidas en España, expone: "Llama la atención, por otra parte, que apostando resueltamente por el criterio de la residencia habitual para determinar la ley aplicable a la adopción, el texto proyectado mantenga el vigente foro de competencia judicial internacional basado tanto en la nacionalidad como en la residencia habitual de cualquiera de los dos elementos personales principales intervinientes en la adopción: adoptante y adoptado. En la medida en que basta que concurra la nacionalidad española de cualquiera de ellos para atraer la competencia de los tribunales españoles, aun cuando ambos residan fuera de España –y no tengan intención de trasladarse a residir a España tras la constitución de la adopción- se va a fomentar, previsiblemente, una disociación entre la ley aplicable al procedimiento –la española, por tratarse de tribunal español- y la ley aplicable al fondo del asunto –la de residencia habitual del adoptando-, de muy dudosa efectividad. Quizá sería el momento apropiado para plantear si la competencia de los tribunales españoles no puede resultar, en algunos casos, exorbitante, al menos cuando adoptantes y adoptados residen en el extranjero y carecen de nacionalidad española común. No obstante, se debe recordar que una eventual reforma del foro de competencia judicial internacional de los tribunales españoles demandaría la previa modificación de la LOPJ – artículo 22.3."

art. 14 LAI reitera exactamente el contenido del art. 12 del Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional y del art. 14 del Proyecto, no habiendo sido objeto tampoco de enmiendas durante la tramitación parlamentaria de la Ley.

Sin embargo, la doctrina sí se ha hecho eco de la advertencia realizada por el Consejo General del Poder Judicial en su informe y así, algunos autores se han referido a la posible exorbitancia de los foros previstos en el art. 14 LAI[5], si bien, otro sector doctrinal[6] afirma que unos foros de competencia judicial internacional más restrictivos podrían resultar perjudiciales para el interés del menor[7], indicando, además, que, partiendo del principio de conexión mínima, para que puedan operar los foros de competencia judicial internacional previstos en la LAI, se requiere que la concreta adopción cuya constitución se pretende presente una "vinculación real" con España, tal como, a su juicio, se deduce de la Exposición de Motivos[8].

Más en concreto, estos autores defienden que para que sea posible constituir una adopción internacional en nuestro país, primeramente, los Tribunales españoles han de disponer de un foro de competencia judicial que les otorgue competencia, en virtud de lo dispuesto en el art. 14 LAI y en segundo lugar, es necesario que ninguno de los foros previstos en el mencionado artículo resulte exorbitante

5 *Vid.* Álvarez González, S.: "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", *Diario La Ley*, núm. 6910, Sección Doctrina, 25 mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-90, Editorial La Ley, versión *on line*, p.7. Igualmente, Adroher Biosca, sin mencionar expresamente la posible exorbitancia de los foros de competencia judicial internacional de la LAI, admite que, teniendo en cuenta la naturaleza de la institución adoptiva, tal vez deberían de haberse limitado los criterios ya previstos en la LOPJ. *Vid.* Adroher Biosca, S.,: "La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre, de los "santos inocentes"", R*evista crítica de Derecho inmobiliario* (RCDI), 711, 2009, p. 43. También es partidaria de recortar estos foros Calvo Babío, que se inclina a favor de la utilización del criterio de residencia habitual de alguna de las partes, como más próximo, eliminando o reduciendo el de la nacionalidad. *Vid.* Calvo Babío, F.: "Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional", *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, nº 125, marzo 2008, p. 60.

6 Estos autores argumentan que aquellos expertos legales que afirman que los foros de competencia judicial internacional de la LAI son exorbitantes están confundidos, aunque, entre esos expertos a los que menciona, se encuentra el Consejo General del Poder Judicial, que, como hemos visto, en el informe emitido al Anteproyecto de la LAI, se refirió a la posibilidad de que tales foros resultasen exorbitantes. *Vid.* Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), vol. 2, núm. 1, pp. 90-91, *www.uc3m.es/cdt*.

7 El estudio del principio del interés del menor se aborda ampliamente en Calvo Martínez, J.J.: "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3 ter, diciembre 2015, pp. 198 - 206.

8 En el Considerando III de la Exposición de Motivos de la LAI se hace referencia a este principio de conexión mínima que inspira la regulación de la competencia de las autoridades españolas, justificando el sistema incorporado en los arts. 14 y 15 en que, precisamente, "De ese modo. se evitan la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor". A este respecto, manifiesta su sorpresa Espulgues Mota, dado que el foro del art. 14 es idéntico al previsto en el art. 22.3 LOPJ, vigente desde 1985, y que desde entonces ha sido objeto de críticas por la doctrina, no, precisamente, por evitar "la penetración de foros exorbitantes", sino, mas bien, por todo lo contrario. *Vid.* Esplugues Mota, C.: "La nueva Ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 2, 2008, p. 370.

en el caso concreto, lo que solo ocurre cuando esa determinada adopción cuya constitución se interesa manifiesta una mínima vinculación con España[9].

Por otra parte, otro sector de la doctrina sugiere que, de aceptarse esta última opinión, se estaría admitiendo la posibilidad de recurrir a un *forum non conveniens* y por esta razón, los autores que sostienen dicha postura consideran que hubiera sido más beneficioso para el menor establecer criterios de atribución de competencia judicial internacional a favor de las autoridades españolas únicamente de apreciarse en la adopción una proximidad real con nuestro país, entendiendo, en consecuencia, que las autoridades mejor situadas para determinar si la adopción se constituye en interés del menor son las más próximas al adoptado[10]. En este sentido, hay quien apunta que la constitución de la adopción por los órganos jurisdiccionales de nuestro país solo debería acordarse en el caso de que el menor tenga su residencia en España, ya sea presente o futura, en el supuesto de que el adoptado haya sido trasladado a nuestro país con la finalidad de constituir aquí la adopción, residiendo habitualmente en España a partir de este momento[11].

En este orden de consideraciones, es posible sostener que los foros de competencia previstos en el art. 14 LAI no resultan, en todo caso, exorbitantes, pues, en tanto que incorporan el criterio residencia habitual, no siempre van a beneficiar a los nacionales españoles. No obstante, hay razones para opinar que el legislador de la LAI, consciente como era de los inconvenientes que venía planteando la aplicación de los criterios de competencia judicial internacional recogidos en el art. 22.3 LOPJ y de las críticas de que estaba siendo objeto por parte de la doctrina, no debió conformarse con reiterar, sin más, en el art. 14 los mismos foros de la LOPJ. Antes al contrario, lo más lógico hubiera sido que el legislador español incorporase expresamente una previsión que permitiera a los Tribunales españoles declararse incompetentes para constituir una adopción

9 *Vid.* Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, pp. 82-85. En realidad, estos autores mantuvieron que los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional previstos en la LOPJ, los mismos que ahora reproduce la LAI, eran "desmesuradamente amplios" y "casi exorbitantes", lo que, a su juicio, dificultaba la validez de la adopción española en el extranjero. Precisamente, para remediar el problema de las adopciones claudicantes, Calvo Caravaca y Carrascosa González, ya en su momento, propusieron que pudieran reducirse teleológicamente los foros exorbitantes, de tal forma que, además de la nacionalidad española del adoptante o del adoptado, para que pudieran operar los foros de la LOPJ, habrían de concurrir "otros datos" de los cuales pudiera deducirse que la adopción presenta una vinculación más estrecha con nuestro país. En este sentido, *Vid.* Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. II, , Comares, Granada, 2007, p. 185.

10 *Vid.* Duran Ayago, A: "La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional, en la normativa extremeña", *Revista de Derecho de Extremadura,* núm. 2, pp. 463-477 y Rodríguez Mateos, P. y Espiniella Menéndez, A.: "Spanich Practice in Respect of Intercountry Adoption", *Spanish Yearbook of International Law,* vol. 15 (2009), p. 121. En este punto y en relación al *forum non conveniens,* manifiestan Arenas García y González Beilfuss que, dado que la adopción constituye un acto de jurisdicción voluntaria, resulta cuestionable que sirvan los argumentos en apoyo de la introducción del *forum non conveniens* en España. *Vid.* Arenas García, R. y González Beilfuss, C.: "La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo" *Revista Española de Estudios Internacionales,* www.reei.org, p. 11.

11 *Vid.* Arenas García, R. y González Beilfuss, C.: "La Ley 54/2007", cit., p. 10.

cuando el supuesto no se encontrase suficientemente conectado con España, pero no de modo discrecional, sino, con todas las garantías. O lo que es lo mismo, definiendo las condiciones y circunstancias que facilitaran al Juez la tarea de determinar cuando existe una conexión razonable entre la adopción y los órganos jurisdiccionales españoles.

2. La adopción consular.

En materia de competencia de autoridades, hay que hacer constar que la LAI dedica el art. 17 a la adopción consular, si bien, la redacción vigente, que trae causa de la Ley 26/2015, presenta algunas diferencias con el texto original.

No parece oportuno, dado el objeto del presente trabajo, entrar aquí en la discusión de si la adopción consular es una figura arcaica y por tanto, debió de ser suprimida, o si, por el contrario, puede llegar a favorecer el interés del menor. Como tampoco resulta pertinente referirse a las críticas que ha recibido esta figura por parte de la doctrina[12]. En cambio, sí que parece interesante advertir las divergencias existentes entre el mencionado precepto y el anterior 9.5 CC[13], en lo referente a la adopción consular, así como los cambios que introdujo en el art. 17 LAI la Ley 26/2015.

Así, en primer lugar, hay que señalar que el art. 17 LAI no se limita a enunciar, sin más, la competencia de los cónsules para constituir adopciones, sino que supedita dicha competencia a que el Estado de recepción no se oponga a ello, ni lo prohíba su legislación, conforme a los Tratados internacionales y otras normas internacionales que resulten de aplicación. Esta previsión, hay que decir que concuerda con lo previsto en el art. 5. f) del Convenio de Viena de 24 abril 1963 sobre Relaciones Consulares (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970), que permite la constitución de adopciones internacionales por parte de los Cónsules acreditados en su territorio, siempre que no lo prohíba o limite la legislación del Estado receptor.

12 Por ejemplo, *Vid*. González Campos, J.D.: "Filiación y alimentos" en González Campos, J.D. y otros: *Derecho Internacional Privado, parte especial.* 6ª edición. Eurolex, Madrid, 1995, p. 371; Carrascosa González, J.: "Comentario al art. 9.5 Cc." en Pascuau Liaño, M. (Director): *Jurisprudencia Civil Comentada,* Tomo I, Granada, Comares, 2.000, p. 156; González Beilfuss, C.: "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: normas sobre adopción internacional", *REDI*, vol. XLVIII (1996-1), pp. 501-502; Paz Agüeras, J.M: "La adopción consular. El problema de propuesta previa", *BIJM*, núm. 1552, de 25 de enero de 1990, pp. 519-539.

13 Recordemos que, antes de la reforma introducida por la LAI, el art. 9.5.III Cc disponía que "Para la constitución de la adopción, los Cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el Juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular. La propuesta previa será formulada por la entidad correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España. Si el adoptante no tuvo residencia en España en los dos últimos años, no será necesaria propuesta previa, pero el Cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes suficientes para valorar su idoneidad."

En segundo lugar, hay que indicar que el citado precepto no incorpora en su texto la referencia a la propuesta previa de adopción, prevista en el antiguo art. 9.5.III Cc para la adopción consular. Sin embargo, la exigencia de propuesta previa venía expresamente recogida, en sede de ley aplicable a la adopción, en el art. 24 LAI anterior a la reforma efectuada por la Ley 26/2015, que le otorga idéntica redacción que el derogado art. 9.5 III CC. En este punto, debe señalarse que el epígrafe que encabezaba el primitivo art. 24 LAI, en su redacción original, llevaba por título únicamente, "Propuesta de adopción"[14], mientras que tanto el art. 23 del Anteproyecto como el art. 24 del Proyecto, hablaban de "La adopción consular y propuesta previa de adopción."

Esta omisión del Proyecto de Ley de Adopción Internacional fue puesta de manifiesto durante la tramitación parlamentaria de la LAI por el Grupo Parlamentario Popular, mediante la formulación de la enmienda núm 126 en el Congreso[15] y la núm. 38 en el Senado[16], por considerar que, en garantía de derechos, se debería exigir que la decisión consular viniera precedida por el informe psicosocial y la declaración de idoneidad de la autoridad competente, de manera que, en ningún caso podría constituirse adopción internacional por los cónsules españoles si se prescindiera de este procedimiento.

Parece cierto que, técnicamente, hubiera sido más correcto que el art. 17 LAI incorporara una previsión expresa, similar a la del antiguo 9.5. III CC, que recogiera la obligatoriedad de la propuesta previa formulada por la Entidad Pública competente que declarase la idoneidad de los adoptantes, o bien, que, se mantuviera el título original del art. 24 del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, art. 22 en el Anteproyecto, en el cual se aludía explícitamente a la adopción consular, pues, de este modo, la redacción del precepto resultaría menos imprecisa y ambigua.

En la actualidad, el art. 17 LAI presenta algunas variaciones respecto a su redacción con arreglo a la Ley 54/2007. En este sentido, cabe mencionar que se ha sustituido la expresión "Estado receptor" por la de "Estado local", destacando que a los requisitos de que el adoptante sea español y que el adoptando resida habitualmente en la demarcación consular, se ha añadido la exigencia de que no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública de acuerdo con lo

14 La rúbrica del art. 24 figuraba en una enmienda de modificación firmada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, la núm.131, justificada en una mejora técnica, que fue rechazada por la Comisión y reproducida en el Senado con el núm. 42.

15 La enmienda núm.126 no aparece como aceptada en el informe de la ponencia designada para informar sobre el Proyecto de Ley de Adopción Internacional y fue rechazada por la Comisión de Justicia del Congreso por 15 votos a favor, 20 en contra y una abstención. *Vid.* DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 949, de 22/11/2007 y DS. Senado, Comisiones, núm. 553, de 11/12/2007.

16 Esta enmienda quedó rechazada con el siguiente resultado: 12 votos a favor y 14 en contra. Vid. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 949, de 22/11/2007y DS. Senado, Comisiones, núm. 553, de 11/12/2007.

establecido en las circunstancias 1.ª, 2.ª y 4.ª del artículo 176.2 del Código Civil. De no cumplirse estos tres presupuestos, los cónsules no podrán proceder a constituir una adopción. Además, se ha añadido un párrafo segundo, que dispone que "en la tramitación y resolución de este expediente de adopción será de aplicación la legislación sobre jurisdicción voluntaria." De este modo, según explica el Preámbulo de la Ley 26/2015, el legislador español ha pretendido "mejorar la regulación de la adopción consular circunscribiéndola a los supuestos en los que no se precisa propuesta de la Entidad Pública."

Por otra parte, tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, el art. 24 LAI ha pasado a regular la cooperación de autoridades en los supuestos en que la adopción vaya a decretarse por una autoridad extranjera, siendo el adoptante español y residente en el país de origen del adoptado. En estos casos, si las autoridades extranjeras solicitasen información sobre los adoptantes a las autoridades españoles, se establece que el Cónsul pueda obtener dicha información de las autoridades del último lugar de residencia de los adoptantes en España, o bien, facilite la información que obre en poder del Consulado o pueda conseguir por otros medios.

III. EL SECTOR DE LA LEY APLICABLE. CUESTIONES DESTACADAS.

Continuando con la explicación de las normas de Derecho Internacional previstas en la LAI, debe indicarse que, a la hora de determinar la ley aplicable a las adopciones internacionales constituidas en España, el texto original de la LAI distinguía entre la adopción regida por la ley española (arts. 18-20) y la adopción regida por una ley extranjera (art. 21), extendiendo las soluciones previstas para la constitución de la adopción a los supuestos de nulidad, conversión y revisión. Ahora bien, al igual que ha ocurrido con otras normas de la LAI, el sistema de normas de conflicto previsto en la Ley 54/2007 se vio alterado por la Ley 26/2015, que modificó notablemente la LAI en materia de Derecho aplicable.

A continuación, se comparará el régimen anterior con el sistema que se ha incorporado al vigente Capítulo II del Título II de la LAI, dividiéndose la explicación en dos apartados diferentes, que abordarán, por un lado, las soluciones recogidas en los arts. 18 a 21 de la LAI del texto original y por otro, la respuesta que ofrecen los arts. 18-20, después de que la Ley 26/2015 suprimiera el art. 21 LAI, en ambos casos, sin olvidar la previsión del art. 22 LAI y la referencia del art. 23 al orden público internacional español.

1. La distinción entre adopción regida por la ley española y la adopción regida por la ley extranjera en la Ley 54/2007.

A este respecto, primeramente, hay que señalar que en el texto originalmente aprobado por la Ley 54/2007, como regla general, las normas de conflicto utilizaban

como punto de conexión para determinar la ley aplicable por los tribunales españoles el de la residencia habitual del adoptado, presente o futura, de manera que se aplicaba la ley del país en el cual el adoptado desarrollaba o iba a desarrollar su vida cotidiana. Esto supuso una profunda transformación del régimen hasta entonces vigente, que se encontraba en el art. 9.5 CC, en tanto que éste giraba sobre el principio *lex fori in foro proprio.* Además, la LAI contemplaba la posibilidad de dar entrada en ciertos casos a la ley nacional del adoptando en lo relativo a la capacidad y consentimientos necesarios.

En relación con los preceptos que regulaban la ley aplicable a la adopción constituida por autoridad competente española, cabe mencionar una circunstancia que ya fue objeto de críticas por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional, cual es el diferente tratamiento que recibía la adopción regida por la ley española respecto de la adopción regulada por la ley extranjera. En este sentido, consideró el Consejo que no era de recibo la notable desigualdad manifestada por el Anteproyecto en cuanto al régimen relativo a las condiciones de aplicación de una y otra ley. Muy especialmente, el máximo órgano de los jueces hacía hincapié en aquellos preceptos que preveían la aplicación de la ley personal del adoptando a su capacidad y consentimientos, en tanto que la aplicación de la ley nacional del adoptando aparecía como ineludible en el Anteproyecto, cuando la ley rectora de la adopción era la española, mientras que si era la ley extranjera la que regulaba la adopción, la ley nacional del menor resultaba de aplicación discrecional. Y ello, a pesar de que, en el supuesto de la adopción regulada por la ley española, el Anteproyecto facultaba a las autoridades españolas a "hacer excepción de la excepción", aplicando la ley española en el caso concreto, cuando no se cumpliera con la finalidad pretendida por la norma, que era facilitar la validez de la adopción en el país del cual era nacional el adoptando.

Asimismo, el Consejo hacía extensivas sus objeciones a la aplicación potestativa de otras leyes estatales en lo referente a consentimientos, audiencias y autorizaciones, atribuyendo los defectos reseñados a una incorrecta sistemática, de tal manera que, en su opinión, las normas de conflicto que determinaban la ley aplicable a la adopción internacional constituida por autoridad española deberían ordenar un régimen coherente y uniforme, que recogiera las mismas condiciones de aplicación de la ley de la residencia habitual del adoptando, a la vez que idéntico sistema de excepciones[17].

17 Sobre todas estas cuestiones relacionadas con las normas de Derecho Internacional Privado correspondientes al sector de la ley aplicable, puede consultarse el *http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Adopcion-Internacional del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Adopción Internacional*, pp. 14-24.

De las indicaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial tomaron buena nota los Grupos Parlamentarios durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, de tal manera que algunas de las enmiendas que se presentaron reiteraban las recomendaciones del Consejo. Precisamente, el Grupo Parlamentario Popular firmó una enmienda de modificación al art. 18 del Proyecto[18], en la cual proponía la aplicación de la ley española a toda adopción constituida ante la autoridad competente española. Como justificación, en síntesis, alegaba que, de otro modo, se estaría dejando a la autonomía de la voluntad de las partes la elección de la ley aplicable, en tanto que, la mera afirmación de que se va a establecer la residencia del adoptado en un determinado país, resultaría suficiente para constituir la adopción conforme a la ley de dicho país, pudiendo darse el caso de que, finalmente, el menor no fuese trasladado a este Estado. Entiende, también, el Grupo Popular que el problema de las adopciones claudicantes quedaba perfectamente solventado con las previsiones que establecen los arts. 20 y 21 del Proyecto, que permitían al Juez acudir a la ley nacional o de la residencia habitual del adoptante o adoptando para precisar los requisitos de capacidad, así como los consentimientos, audiencias o autorizaciones necesarios, pero, cumpliendo, a la vez, con las exigencias de la ley española[19].

De otro lado, el art. 21 del Proyecto fue, asimismo, objeto de una enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), en la cual se propuso la supresión de dicho precepto sobre la base de que imponía la aplicación de una ley extranjera por el mero hecho de que los padres declarasen su intención de trasladar la residencia habitual del adoptando a un determinado país, y además, se ponía de manifiesto la dificultad de verificar "ex ante" si en verdad iba a tener lugar este traslado y que todo ello pudiera dar lugar a fraude de ley[20].

A la par, parte de la doctrina también destacó la complejidad de las soluciones de Derecho aplicable previstas en la LAI, al mismo tiempo que consideraba poco adecuada, desde el punto de vista técnico, la diferencia que establecía la LAI entre la adopción regida por la ley española y la adopción regida por una ley extranjera[21].

18 Concretamente, se hace referencia a la enmienda de modificación núm. 127 del Grupo Parlamentario Popular en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados y a la enmienda nº39 del Grupo Parlamentario Popular en la Comisión de Justicia del Senado, que fueron rechazadas por 15 votos a favor, 20 en contra y una abstención, y por 12 votos a favor y 14 en contra, respectivamente.

19 *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-143-11 de 12/11/2007 y BOCG. Senado núm. II-140-d de 10/12/2007.

20 Se trata de la enmienda núm. 85 de las presentadas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, la núm. 57 del Senado, que, entre otros motivos, argumenta que "No parece correcto que una cuestión de orden público como es la determinación de la Ley aplicable a la constitución de una adopción, dependa de una simple declaración de intenciones sobre la que no parece fiable un control eficaz.". Dicha enmienda no fue finalmente aceptada. *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-143-11 de 12/11/2007 y BOCG. Senado núm. II-140-d de 10/12/2007.

21 Tampoco le ve sentido Adroher Biosca a esta distinción entre adopción regida por la ley española y adopción regida por la ley extranjera, entendiendo que la nueva regulación, sobre todo por lo que se refiere al segundo de los supuestos citados, recoge situaciones muy excepcionales, que, además, han sido formuladas con notable imprevisibilidad. De la misma opinión es Espulgues Mota, que califica de artificiosa

Así, algunos autores, al igual que la enmienda del Grupo Parlamentario Popular, incidieron en el dato de la residencia futura del adoptando, en cuanto que el mismo se fundamentaba en la simple manifestación de las partes y pudiera dar lugar a comportamientos fraudulentos; a todo lo cual debe sumarse el notable margen de discrecionalidad que otorgaba la LAI a las autoridades españolas a la hora de precisar la residencia habitual futura del adoptando, lo que aún pudiera dificultar más la labor de determinar la ley aplicable a la constitución de la adopción[22].

Por otra parte, otros autores señalaron que, teniendo en cuenta la dualidad de regímenes previstos en la versión original de la LAI, así como la forma en que se establecía en cada caso la posibilidad de dar entrada a otras leyes estatales en relación con los consentimientos, audiencias y autorizaciones necesarios, pudiera parecer que cuando se aplicaba la ley española, por ser la de la residencia habitual presente o futura del adoptando, su aplicación quedaba restringida en beneficio de la ley nacional del menor; mientras que si la adopción se regía por una ley extranjera, su aplicación se generalizaba en perjuicio de la ley nacional del adoptando[23].

No obstante, no todo son críticas y existe otro sector doctrinal que juzgó que la regulación de la ley aplicable que contemplaba la versión original de la LAI era mucho más perfecta que la del antiguo art. 9.5 CC. Ello, en tanto que incorporaba normas para determinar no solo la ley aplicable a la constitución de la adopción, sino también para precisar la ley aplicable a la nulidad, conversión y revisión, y se inclinaba por la aplicación de la ley del país en el que el adoptado tuviera o fuese a tener en un futuro próximo, su centro social de vida, lo que, a juicio de estos autores, era plenamente congruente con el principio de proximidad y redundaba en interés del menor.

Asimismo, en cuanto a la duplicidad de regímenes, este sector de la doctrina alaba el rechazo al *legeforismo* presente en dicha regulación[24], pues, de esta forma, se evitaban las adopciones claudicantes, al mismo tiempo que se salvaguardaba en

e irreal en la práctica esta dualidad de régimen previstos en la LAI, toda vez que tanto para la adopción regulada por la ley española como para la regida por la ley extranjera, se establece la posibilidad de dar entrada a otras leyes. En este sentido, *Vid*. Adroher Biosca, S.: "La nueva regulación", cit., p. 44 y Espulgues Mota, C.: "La nueva Ley", cit., p. 372.

22 *Vid*., p.ej., Álvarez González, S.: "Reflexiones sobre la Ley 54/2007", cit., p. 8, Arenas García, R. y González Beilfuss, C.: "La Ley 54/2007", cit., p. 14, Duran Ayago, A.: "La incidencia de la Ley 54/2007", cit., p. 472.

23 *Vid*. Rodríguez Mateos, P. y Espiniella Menéndez, A.: "Spanich Practice", cit., p. 126.

24 Recuérdese que un sector de la doctrina calificó el régimen del antiguo art. 9.5.1 Cc como "claramente *legeforista*", asegurando que resultaba contrario al "principio de proximidad o principio de previsibilidad" de la ley aplicable, lo que pudiera ocasionar perjuicios a las partes interesadas. En este sentido, Calvo Caravaca sostuvo una posición similar a la incorporada en la LAI, defendiendo que la regla *Lex Fori in Foro Propio* sólo resultaría adecuada si la ley española se correspondiese con la ley de la residencia habitual del adoptando, toda vez que se trata de la "ley del medio social del adoptando" y habida cuenta que es una "ley estatal de aplicación previsible para las partes". *Vid.* Calvo Caravaca, L.A.: "Globalización y Adopción Internacional", en Calvo Caravaca, L.A. / Blanco-Morales Limones, P. (Eds.): *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 30.

mayor medida la finalidad protectora de la institución de la adopción. Censuraban, igualmente, estos autores la aplicación cumulativa de leyes del anterior art. 9.5 CC[25], defendiendo, por el contrario, la aplicación distributiva de leyes o la toma en consideración de otros ordenamientos jurídicos, que se desprendía del articulado de la LAI respecto a la capacidad y consentimientos necesarios, a la vez que aplaudían el margen de discrecionalidad judicial que incorporaba la norma en la determinación de la ley aplicable a la constitución de la adopción, según los datos del caso concreto[26].

Frente a unos y otros, podemos encontrar algún autor que sostenía una postura intermedia, de manera que calificaba de "excelente" el propósito del legislador, al querer adaptar el contenido de la adopción a la sociedad donde se encontrase integrado o fuera a integrarse el adoptando, estableciendo un vínculo entre dicha sociedad y el ordenamiento jurídico que debiera regir la adopción. Sin embargo, según este sector doctrinal, el legislador debiera haber introducido una norma de conflicto relativa a los efectos de la adopción y no a su constitución, para que la adopción constituida en España hubiese generado los efectos mismos efectos previstos en ley nacional del adoptado[27].

Junto a ello, deben destacarse las diferencias existentes entre la redacción del art. 17 del Anteproyecto original y la del art. 19 Proyecto de Ley de Adopción Internacional y las más relevantes, entre dichos textos legales y la versión definitiva del art. 19 de la vigente LAI, si bien, esta cuestión se analizará con más detalle un epígrafe dedicado al actual art. 19.4 LAI.

25 El antiguo art. 9.5 Cc, establecía dos excepciones a la aplicación de la ley española: la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios, que se gobernaban por la ley nacional del adoptando, siempre y cuando éste tuviera su residencia habitual fuera de España y aún residiendo en nuestro país, si no adquiriese, en virtud de la adopción, la nacionalidad española. Sobre estas excepciones cabe destacar que se defendió que tenían por objeto evitar las adopciones claudicantes. Y ello, toda vez que la aplicación de la ley de la nacionalidad del adoptando, en el caso de la primera excepción, o la toma en consideración de la ley extranjera correspondiente a la ley nacional o de la residencia habitual del adoptando o de los adoptantes, en el supuesto de la segunda excepción, favorecería que la adopción superase un hipotético control de la ley aplicada por las autoridades de un país extranjero vinculado con la adopción. También se afirmó que la primera excepción conllevaba un mandato al Juez español, que debería aplicar de forma imperativa el Derecho extranjero de oficio, lo que contrastaba con la segunda de las excepciones, que conducía a la aplicación de la ley extranjera únicamente en aquellos casos en que el Juez lo estimara conveniente, teniendo en cuenta el interés del adoptando y previa solicitud del Ministerio Fiscal o de los adoptantes. Respecto a la segunda excepción, se planteó en aquel momento el problema que suscitaba la aplicación de la ley nacional del adoptando en aquellos supuestos en que ésta desconoce o prohíbe la institución de la adopción, defendiendo que en estos casos, no sería posible la constitución en España de la adopción. Respecto a las excepciones a la regla general, resulta muy ilustrativa la exposición de las distintas posturas doctrinales que se lleva a cabo en Calvo Caravaca, L.A.: "Globalización y Adopción Internacional", cit. pp. 30-32.

26 *Vid.* Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "La Ley 54/2007", cit., pp. 104-113, y "Críticas y contracríticas", cit., pp. 99-108.

27 Espinar Vicente, J.M.: "Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional", *Actualidad Civil*, núm. 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 oct. 2008, tomo 2, Editorial La Ley 39929/2008.

Debe añadirse que los criterios de determinación de la ley aplicable recogidos en los arts. 18 a 21 para la constitución de la adopción eran igualmente aplicables a la conversión, nulidad y revisión de la adopción, conforme disponía el art. 22 LAI anterior a la Ley 26/2015.

Por lo demás, hay que reseñar que en el art. 23 LAI el legislador español ha incorporado una excepción específica de orden público internacional, que, además, introduce la teoría del orden público internacional de proximidad, de tal manera que, aunque ordena que no se aplique el Derecho extranjero cuando resulte manifiestamente contrario al orden público internacional español, igualmente, para apreciar dicha contrariedad el citado precepto dispone que ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor, así como los vínculos sustanciales del supuesto con España. A esto se añade que el art. 23 LAI establece la aplicación del Derecho español para todos aquellos aspectos que se vean afectados por la cláusula de orden público internacional y en consecuencia, no puedan regirse por el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto español.

En cualquier caso, ya se ha advertido que el Capítulo II del Título II de la LAI ha experimentado notables modificaciones como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, cuyo estudio se llevará a cabo a continuación, explicando las novedades más significativas que introduce esta reforma.

2. La Ley 26/2015 y su incidencia en las normas de conflicto de la LAI.

Respecto a la Ley 26/2015, la principal consecuencia que se deriva de dicha disposición en el ámbito de la ley aplicable a la adopción internacional es la vuelta a la tradicional regla *lex fori in foro propio*, presente en el art. 9.5 CC anterior a la LAI. Y ello, habida cuenta que la citada Ley 26/2015 elimina la división por secciones del Capítulo II del Título II de la LAI, establecida por la Ley 54/2007, que, como se ha explicado en el epígrafe precedente, distinguía entre adopción regida por la ley española (Sección 1ª) y adopción regida por una ley extranjera (Sección 2ª). De este modo, suprime el art. 21 LAI, que, hasta ese momento, era la norma de conflicto aplicable a la constitución de una adopción en los supuestos en que debiera regirse por una ley extranjera.

La justificación a esta modificación no se colige del Preámbulo de la Ley 26/2015, ahora bien, acudiendo al Considerando IV de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, resulta que el legislador español ha entendido que la aplicación de una ley extranjera a la constitución de una adopción por las autoridades españolas en los términos del anterior art. 22 LAI era un "supuesto completamente extravagante y de regulación cuestionable y cuestionada."

De este modo, a partir de la Ley 26/2015, LAI dispone de una sola regulación en materia de ley aplicable a la constitución de la adopción por los Juzgados y Tribunales españolas, que se sitúa en los arts. 18-20 LAI. Así, el art. 18 LAI, cuyo tenor literal no ha resultado modificado, no ofrece ninguna solución al problema de la determinación del Derecho aplicable a las adopciones en las cuales el adoptando no tenga su residencia habitual en España al tiempo de la adopción, ni tampoco haya sido ni vaya a ser trasladado a España con la finalidad de fijar en nuestro país su residencia habitual, que, con anterioridad a la reforma, se regían por el art. 21 LAI y que, en la actualidad, no tienen cabida en el art. 18 LAI.

A la vista de los argumentos anteriores, podría afirmarse que la respuesta que facilita este precepto resulta mucho más limitada que la solución que ofrecía el antiguo art. 9.5 CC y parece responder a la definición de adopción internacional prevista en el art. 1.2 LAI, a los efectos del Título I de la LAI, habida cuenta que no da solución a todo tipo de adopciones que presentan un elemento extranjero, cualquiera que éste sea, sino más bien a las adopciones en las que un menor declarado adoptable por la autoridad extranjera y residente en el extranjero ha sido o va a ser desplazado a nuestro país por adoptantes residentes en España, ya sea después de constituirse la adopción, o bien, con la finalidad de formalizar la misma en nuestro país, hipótesis esta última que, no cabe duda, encuentra su encaje en el art. 18.b).

No obstante, es cierto que el art. 18.a) está dando entrada a otros supuestos internacionales de adopción distintos de los incluidos en el art. 1.2 LAI, pero también es verdad que no cubre todas las adopciones internacionales incluidas por la definición del art. 1.1 LAI. Nótese aquí que, por lo que respecta a los supuestos recogidos en el derogado art. 21 LAI, bien puede darse la paradoja de que los Tribunales españoles dispongan de un foro que les otorgue competencia para constituir la adopción internacional y, sin embargo, no pueda determinarse la ley aplicable con arreglo al art. 18 LAI.

Tal vez, lo que ha ocurrido sea que el legislador ha emprendido la reforma de la LAI de forma poco sistemática y coordinada, sin considerar globalmente el texto anterior y sin percatarse de las diferencias existentes entre los apartados 1 y 2 del art. 1 LAI.

Por este motivo, hubiese resultado más acertado que, habiéndose suprimido el art. 21 LAI, el legislador español introdujera en el art.18 LAI una previsión en el sentido del art.9.5 Cc anterior a la LAI, en el cual regía la regla *lex fori in foro propio* para todas aquellas adopciones internacionales constituidas por las autoridades españolas, permitiendo la aplicación de una ley extranjera en similares términos que los arts. 19 y 20 LAI. De este modo, se hubieran evitado los problemas

que suscitan las adopciones cubiertas por el derogado art. 21 LAI y que, en la actualidad, no quedan comprendidas en el art. 18 LAI.

Por otra parte, de la misma manera que el art. 18, la Ley 26/2015 no ha alterado el sentido de los párrafos 1, 2 y 3 del art. 19 LAI, aunque sí que ha añadido un cuarto párrafo, con la finalidad de "evitar la existencia de adopciones claudicantes que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor", según justifica el Preámbulo de la Ley 26/2015. Así, similarmente a lo previsto en el Anteproyecto y el Proyecto de Ley de Adopción Internacional, el nuevo art. 19.4 LAI impide la constitución de adopciones por las autoridades españolas respecto de menores cuya ley personal prohíba o no contemple la institución adoptiva, salvo que el adoptado se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.

El último precepto del Capítulo II del Título II de la LAI que ha sido reformado por la Ley 21/2015 es el art. 22, que establece el régimen de la ley aplicable a la conversión y nulidad de la adopción, sin que aparezca ya referencia alguna a la modificación y revisión, en consonancia con el art. 15 LAI, en su redacción vigente.

3. El vigente art. 19.4 LAI[28].

Por lo que respecta al apartado cuarto del art. 19 LAI, ordena denegar la constitución de la adopción, en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple esta institución, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública. El contenido de esta disposición ya se incorporó en el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley de Adopción Internacional y fue suprimido durante la tramitación parlamentaria de la LAI[29].

Resulta relevante traer a colación las críticas y valoraciones doctrinales que se hicieron en relación con la previsión contenida en el Proyecto, a fin de extraer elementos de juicio para interpretar el vigente art. 19.4 LAI. En este sentido, un

28 El tema ha sido abordado más extensamente por la autora en Sánchez Cano, M.J.: "Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y Ley Nacional del Adoptando", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), vol. 10, núm. 2, pp. 931-946.

29 El art. 17.4 del Anteproyecto y el art. 19.4 del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, prohibían la constitución de una adopción respecto de un menor cuya ley nacional no permitiese o no conociese esta institución, salvo que, tal como se añadió en el Proyecto, el menor estuviese en situación de desamparo o bajo la tutela de la Entidad Pública española de protección de menores, y no se pudiera proceder a su repatriación, tras comunicar dicha situación a las autoridades competentes de su país. Ello, sin perjuicio de poder acordar otra medida de protección de menores. Esta previsión fue suprimida durante la tramitación parlamentaria de la ley, como consecuencia de la aprobación de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. En ambos casos, se pusieron de relieve los inconvenientes que podrían derivarse de la aplicación de dicho precepto en relación con la *Kafala,* al mismo tiempo que se proponía una solución más acorde con el interés del menor, particularmente, en aquellos casos especialmente vinculados con nuestro país, en los cuales resultase improbable que se produjesen adopciones claudicantes. *Vid.* DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 949, de 22/11/2007, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007.

sector puso de relieve su perplejidad ante la decisión del legislador español de contemplar una única regulación, en la cual, como sucede con la norma actualmente en vigor, no se diferenciaban los supuestos en que la ley nacional del adoptado desconoce la adopción de aquellos en que ésta se encuentra prohibida. Al mismo tiempo, se objetó que el art. 19.4 del Proyecto subordinaba la protección del menor al requisito de la armonía internacional de soluciones[30].

Por el contrario, otra corriente doctrinal apreció como adecuada la no incorporación de esta disposición al texto definitivo del apartado 4 del art. 19 LAI. Ello, en tanto en cuanto el precepto no era acorde con lo que algunos autores han denominado la "conexión social[31]", que, aún hoy, constituye el espíritu del art. 18 LAI, y que conduciría a aplicar la ley española a la constitución de la adopción en aquellos casos en que el adoptado está integrado o va a integrarse en nuestro país. Este sector de la doctrina defendía que, ante estas hipótesis, lo habitual es que la vinculación del adoptado con el país de su nacionalidad, cuya legislación prohíbe la adopción, resulte poco significativa, máxime si, como es normal, los adoptantes también residen en España e incluso tienen la nacionalidad española. Por este motivo, a juicio de estos autores, la adopción en nada perjudicará a la sociedad del Estado del que es nacional el adoptado, en el cual, generalmente, no tendrá que desplegar ningún efecto[32].

La Fiscalía General del Estado pareció defender la misma opinión, tras la entrada en vigor del texto original de la LAI, en la Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. Más en concreto, en el Considerando XIII de esta Circular se examina el tratamiento de la *Kafala*[33], determinando que cuando se inste un expediente de adopción en el cual el menor resida en España, sometido a la *Kafala* de un ciudadano español o con residencia habitual en nuestro país, los tribunales españoles dispondrán de competencia para acordar la adopción (art. 14 LAI) y aplicarán la ley española (art. 18.1 LAI), sin que la prohibición o desconocimiento de esta institución por la ley nacional del adoptado pueda resultar un obstáculo para la constitución de la adopción[34].

30 *Vid.* Álvarez González, S.: "El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente", *Actualidad Civil,* núm. 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 dic. 2007, tomo 2, Editorial La Ley, p. 2597. En esta obra, el autor critica igualmente que detrás de las prohibiciones de adopción existen ideas religiosas, que son extrañas a la concepción laica que inspira el sistema español, a las cuales se supedita la solución ante una situación que necesita protección.

31 Esta expresión es la empleada por Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *La Ley 54/2007,* cit., p. 118.

32 *Vid.* Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *La Ley 54/2007,* cit., pp. 118 y 119.

33 Sobre la naturaleza de la *Kafala*, consúltese, De Verda y Beamonte, J.R.: "La *Kafala* ni es adopción, ni puede llegar a serlo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 241-249.

34 https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_08.pdf?idFile=622a8616-21e8-4e66-9851-f9653fe94d03.

Con carácter previo al análisis de la redacción en vigor del art. 19.4 LAI, parece oportuno recordar que, tras la supresión del art. 21 LAI por la Ley 26/2015, sólo cabe la constitución de una adopción en nuestro país conforme a la ley española, de acuerdo con el art. 18 LAI. Igualmente, debe advertirse que únicamente queda permitida la aplicación de una ley extranjera, con arreglo a los arts. 19 y 20 LAI, para la capacidad y declaraciones de voluntad necesarias. A este respecto, el art. 19.1 LAI ordena que la capacidad del adoptando quede sujeta a su ley nacional tanto cuando el adoptando resida fuera del territorio español en el momento de constitución de la adopción, como si, pese a residir en España, no adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la adopción. En principio, la aplicación de la ley nacional del adoptando es imperativa, de concurrir los presupuestos exigidos por el art. 19 LAI, es decir, la autoridad española que constituya la adopción estará obligada a recurrir a la ley nacional del adoptando en todo lo referente a su capacidad para ser adoptado[35]. No obstante, el párrafo 2 del art. 19 LAI modula lo dispuesto por el apartado 1, al sujetar la aplicación de la ley nacional del adoptado por las autoridades españolas a que con ello se facilite la validez de la adopción en el país del cual es nacional el adoptado. Luego, el juez podría descartar la aplicación de la ley extranjera que no conociera o prohibiese la adopción sobre la base del apartado 2 del art. 19 LAI y en su lugar, aplicar la ley española.

Ahora bien, este precepto ha sido matizado con la prohibición del apartado 4 del art. 19 LAI, que impediría la constitución de la adopción en aquellos supuestos en que la ley extranjera no conociera o prohibiese la adopción. Sobre este particular, el legislador español ha entendido que los jueces y tribunales españoles, a la hora de aplicar la prohibición que contiene el citado precepto, habrán de atender a la vinculación del supuesto en cuestión con nuestro país y por ende, a la escasa o nula conexión de la adopción con el Estado de origen del menor. Para ello, deberán valorar el grado de integración del adoptado en la sociedad española, examinando elementos tales como la nacionalidad y residencia habitual de las partes.

Del mismo modo, nuestro legislador, en su afán de evitar adopciones claudicantes, ha introducido como límite que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, dado que, en estos casos, hay pocas probabilidades de que la adopción deba de surtir efectos en el país de la nacionalidad del adoptado, cuya ley prohíbe o no regula la adopción, en particular, cuando los adoptantes son españoles y residen en España[36]. Lógicamente, cuanto

35 De este modo, se favorece la constitución de la adopción en España cuando la misma no resulta posible por no reunir el adoptando alguno de los requisitos de capacidad reclamados por la ley española. *Vid.* Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *La Ley 54/2007,* cit., pp. 130 y 131.

36 Aquí, hay que hacer notar que el vigente art.19.4 LAI no contempla la referencia a la imposibilidad de repatriación del menor, una vez comunicada la situación a las autoridades de su país de origen, tal y como venía recogida en el Proyecto de Ley de Adopción Internacional, antes de la tramitación parlamentaria, lo que parece mucho más acorde con el interés del menor. Como algún autor afirmó en su momento,

mayor sea la integración del adoptado en la sociedad española, menos posibilidades tendrá la adopción de desplegar efectos en el país de origen del menor.

Respecto a la opinión de la doctrina, algunos autores manifiestan su conformidad con la reforma, puesto que entienden que solventa los inconvenientes generados por el abuso fraudulento de la *Kafala*, y toda vez que resulta respetuosa con la legislación de los países de origen de los menores[37].

Por su parte, la Fiscalía General del Estado ha emitido un dictamen, en el cual establece los criterios para aplicar la prohibición del art. 19.4 LAI, intentando responder a las dudas que suscita este precepto. En síntesis, la Fiscalía entiende que dicha restricción operará cuando se constate suficientemente que la legislación del país del que es nacional el adoptando prohíbe o no contempla la adopción, como es el caso de Marruecos. Igualmente, requiere que el menor no adquiera la nacionalidad española en virtud de la adopción y que, por tanto, conserve la suya de origen. En último término, de acuerdo con el último párrafo del art. 19.4 LAI, la Fiscalía advierte que la mencionada prohibición no entrará en juego cuando el menor esté en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública[38].

Dicho esto, lo cierto es que el vigente art. 19.4 LAI no ofrece una respuesta razonable para las *Kafalas* transnacionales, en las cuales el menor es trasladado a nuestro país, inmediatamente después de su constitución, por sus titulares, generalmente, ciudadanos españoles y con residencia habitual en España[39]. En efecto, ante una hipótesis de este tipo, el art. 19.4 LAI no puede impedir la constitución de la adopción, pues no se cumplen los presupuestos del art. 19.1 LAI, en tanto que lo habitual será que en el momento de la adopción el menor resida ya en España y no cabe duda de que adquirirá la nacionalidad española, puesto que los adoptantes son españoles. Olvida, por tanto, el legislador español del 2015 que, sin perjuicio de la justificación que ofrece el Preámbulo de la propia Ley 26/2015, la incorporación del apartado 4 al art. 19 LAI, tuvo como propósito desbloquear la

semejante previsión hacía prevalecer la condición de inmigrante sobre la necesidad de protección. *Vid.* Álvarez González, S.: "El Proyecto de Ley sobre adopción internacional", cit".

37 *Vid.* Durán Ayago, A.: "Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional", *AEDIPr* , t. XVI, 2016, p. 444 y López Azcona, A.: "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, núm.. 2185, enero de 2016, p. 79. En la misma línea, también puede consultarse *el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, p. 92, en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Proteccion-a-la-Infancia.

38 Se trata del *Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la kafala*, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Dictamen%203-2016.%20Kafala,%20revision?idFile=653f0e61-dcaf-4155-b458-86e45fced3d2.

39 Por el Consejo Fiscal se puso de relieve que no queda claro si la prohibición que incorpora este precepto opera igualmente en relación con menores que han sido trasladados a nuestro país y residen habitualmente en España. *Vid. Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley de protección de la infancia,*p. 92, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914INFORME%20CF%20LEY%20PROTECCION%20INFANCIA.pdf?idFile=ccc43a18-67fc-470d-8bb2-172759eff938.

tramitación en Marruecos de *Kafalas* respecto de solicitantes españoles y residentes en nuestro país, consideradas fraudulentas por las autoridades marroquíes, en tanto que pueden servir como soporte para una posterior adopción en España[40].

En definitiva, si la intención del legislador fue impedir, en todo caso, la constitución ante las autoridades españolas de una adopción respecto de un menor cuya ley nacional la prohíba o no la contemple, más razonable hubiera resultado introducir esta regla en una disposición independiente, al margen del art. 19 LAI, para, de este modo, desvincularla de los requisitos del art. 19.1 LAI.

IV. BREVE REFLEXIÓN FINAL.

Tras analizar la regulación en vigor para la constitución ante las autoridades españolas de una adopción en supuestos internacionales, cabe concluir que, pese a los buenos propósitos del legislador español, aún hoy, atendiendo a las últimas reformas legislativas, se plantean en la práctica problemas que no reciben una solución satisfactoria con el régimen establecido en la LAI. Las dificultades que se derivan de las, ya de por sí, complicadas situaciones privadas internacionales se ven incrementados ante una institución como la adopción, en la cual, a veces, se olvida que el interés prevalente siempre ha de ser el del menor adoptado. Como se ha visto, los mayores inconvenientes se plantean en el sector de la ley aplicable, en el cual, urge buscar respuestas para completar e integrar las lagunas que presenta el sistema actual.

40 En este punto, hay que explicar que el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí dictó la Circular núm. 40 S/2 de Justicia, en la cual se instaba a las autoridades competentes para decretar una *Kafala* en dicho país a verificar si el solicitante extranjero tenía su residencia habitual en Marruecos y de no ser así, procediera a denegar la constitución de la *Kafala*, debido a las dificultades para controlar el cumplimiento de las obligaciones que comporta esta institución, en concreto, la de educar al menor en la fe islámica. Por esta razón, el Gobierno español asumió el compromiso ante las autoridades marroquíes de reformar la normativa española, con el propósito de impedir la constitución en España de adopciones respecto de niños marroquíes que hubieran sido objeto de *Kafala* en el vecino país. Fruto de ese compromiso es el vigente art. 19.4 LAI, introducido por de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio).

BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S.: "La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre, de los "santos inocentes"", *Revista crítica de Derecho inmobiliario* (RCDI), 711, 2009, pp. 13-55.

Álvarez González, S.: "El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente", Actualidad Civil, núm. 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 dic. 2007, tomo 2, Editorial La Ley, p. 2597.

Álvarez González, S.: "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", *Diario La Ley*, nº 6910, Sección Doctrina, 25 mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-90, Editorial La Ley, versión *on line.*

Arenas García, R. y González Beilfuss, C.: "La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo" *Revista Española de Estudios Internacionales,* núm.17, 2009, pp. 1-39, www.reei.org.

Calvo Babío, F.: "Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional", *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, núm. 125, marzo 2008, pp. 56-63.

Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Décimoctava edición, 2018, Comares, Granada, 2018.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2010), vol. 2, núm. 1, pp. 90-91.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. II, Comares, Granada, 2007.

Calvo Caravaca, A.L..: "Globalización y Adopción Internacional", en Calvo Caravaca, L.A. / Blanco-Morales Limones, P. (Eds.): *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 23-71.

Carrascosa González, J.: "Comentario al art. 9.5 Cc." en Pascuau Liaño, M. (Director): *Jurisprudencia Civil Comentada,* Tomo I, Granada, Comares, 2000.

De Verda y Beamonte, J.R.: "La *Kafala* ni es adopción, ni puede llegar a serlo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 241-249.

Duran Ayago, A: "La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional, en la normativa extremeña", *Revista de Derecho de Extremadura,* núm. 2, pp. 463-477.

Durán Ayago, A.: "Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional", *AEDIPr* , t. XVI, 2016, pp. 415-462.

Espinar Vicente, J.M.: "Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional", *Actualidad Civil*, núm. 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 oct. 2008, tomo 2, Editorial La Ley 39929/2008, versión online.

Esplugues Mota, C.: "La nueva Ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 2, 2008, pp. 363-380.

Gómez Campelo, E.: *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Reus, Madrid, 2009.

González Beilfuss, C.: "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: normas sobre adopción internacional", *REDI*, vol. XLVIII (1996-1), pp. 501-502.

González Campos, J.D.: "Filiación y alimentos" en González Campos, J.D. y otros: *Derecho Internacional Privado, parte especial.* 6ª edición. Eurolex, Madrid, 1995.

López Azcona, A.: "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, núm.. 2185, enero de 2016, pp. 1-89.

Paz Agüeras, J.M: "La adopción consular. El problema de propuesta previa", *BIJM*, núm. 1552, de 25 de enero de 1990, pp. 519-539.

Rodríguez Mateos, P. y Espiniella Menéndez, A.: "Spanich Practice in Respect of Intercountry Adoption", *Spanish Yearbook of International Law,* vol. 15 (2009), pp. 107-142.

SÁNCHEZ CANO, M.J.: "Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y Ley Nacional del Adoptando", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), vol. 10, núm. 2, pp. 931-946.

CHINESE LAW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE OF ITS MAIN FEATURES IN THE EVENT OF THE UNIVERSAL APPLICATION OF THE EU REGULATIONS. REMARKS SPECIFICALLY REGARDING CHINESE BIRTH CONTROL POLICY*

DERECHO CHINO: UNA PERSPECTIVA COMPARADA SOBRE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS EN EL CASO DE APLICACIÓN UNIVERSAL DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS. ESPECÍFICAS OBSERVACIONES RELATIVAS A LA POLÍTICA DE CONTROL DE NACIMIENTOS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 844-873

The present paper is also an output of the research carried out within the project "GoInEU Plus - Integration, Migration, Transnational Relationships. Governing Inheritance Statutes after the Entry into Force of EU Succession Regulations" co-financed by the European Unionis Justice Programme 2014-2020 and coordinated by the University of Florence. However, the content of this paper represents the views of the author only and it is her sole responsibility, while the European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains.

Caterina
MUGELLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Ya de por sí importante, el Derecho Privado europeo contenido en los Reglamentos está asumiendo una creciente relevancia. La aplicación universal es una de las características comunes del Derecho internacional privado europeo. La expresión utilizada por el legislador europeo suele ser la siguiente: "La ley designada como aplicable en el presente Reglamento se aplica también, aunque no sea la de un Estado miembro". Prescindiendo de la elección que las partes (o la parte) hayan hecho, concluyendo un acuerdo sobre la ley aplicable, existe la posibilidad de que los jueces europeos se encuentren en la tesitura de tener que aplicar un Derecho desconocido para ellos. Dada la imponente inmigración china en Europa, este artículo trata de identificar los fundamentos del actual Derecho chino para facilitar al juez europeo la toma de decisiones coherente con un ordenamiento jurídico que no siempre se corresponde con los principios generalmente compartidos a nivel europeo, considerando en particular las políticas de planificación familiar y de control de nacimientos.

PALABRAS CLAVE: Derecho chino; aplicación universal de los Reglamentos Europeos; política de control de los nacimientos.

ABSTRACT: *Very important per se, European regulatory private law is gaining in importance. Universal application is a feature common to the instruments of European private international law. The wording used by the European legislator is usually the following: "The law designated as applicable by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State". Irrespective of whether the person(s) involved have made a choice-of-law agreement, there is a possibility that European judges will find themselves having to apply national laws unknown to them. In light of the massive Chinese migration to Europe, the aim of this paper is to identify the main pillars of current Chinese law, helping European judges in arriving at rulings consistent with a legal system not fully in tune with generally accepted European legal principles, considering in particular Chinese family planning and birth control policy.*

KEY WORDS: *Chinese law; universal application of EU Regulations; birth control policy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- II. TRADITIONAL CHINESE LAW.- III. THE INITIAL IMPACT OF THE WESTERN LEGAL TRADITION ON CHINA.- IV. THE MAOIST ERA AND REJECTION OF THE WESTERN LEGAL TRADITION.- V. DENG XIAOPING AND THE NEW REFORM ERA.- VI. RECENT REFORMS AND INTERPRETATION OF LAW IN CHINA.- VII. UNIVERSAL APPLICATION OF EU REGULATIONS VERSUS FAMILY PLANNING AND BIRTH CONTROL IN THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA. VIII. CONCLUDING REMARKS.

I. INTRODUCTION.

Very important per se, European regulatory private law is gaining in importance[1], especially in family law matters. For instance, two EU regulations came into force on 29 January 2019: Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes; and Council Regulation (EU) 2016/1104 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships. These complement the already fragmented acquis of EU Family and Inheritance law mainly characterized by the following regulations: Regulation 2003/2201/EC concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (to be superseded as of August 2022 by Regulation 2019/1111/EU on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction); Regulation

1 Different aspects of the topic are addressed in Franzina, P. (ed.): *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, Intersentia, Cambridge, 2017, see also AA.VV.: *Private Law in the External Relations of the EU* (ed. M. Cremona, H.W. Micklitz), Oxford Scholarship Online, 2016. Main concerns regard the fact that "Private international law is intended to establish rules (of jurisdiction, applicable law and enforcement) which apply without distinction to all national legal systems. The EU has been successful in crafting a EU–wide system of private international law but in so doing […] has inevitably created distinctions between 'inside' and 'outside', between the system which applies between Member States, with its high level of mutual trust and emphasis on 'free movement of judgments', and the private international law systems of non-EU […] states. It thus challenges one of the foundations of private international law." Cremona, M.: "Opinions 1/13 and 2/13 and EU External relations law", in Franzina, P. (ed.): *The External Dimension,* cit., pp. 3-20, p. 19. See also Micklitz, H. W.: "The internal vs. the external dimension of European private law – a conceptual design and research agenda", *EUI Working papers*, 2015, no. 35, Micklitz, H. W.: "La mano invisibile del diritto privato europeo in materia normativa. La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione", *EUI Working Papers*, 2010, no. 09.

• Caterina Mugelli
Post-Doc Researcher, University of Florence. E-mail: caterina.mugelli@unifi.it

2010/1259/EU implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation; Regulation 2009/4/EU on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations; and Regulation 2012/650/EU on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

Universal application is a common feature of the instruments of European private international law[2]. The wording used by the European legislator is usually the following: "The law designated as applicable by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member Stat.[3]. In other words, the rules shall also apply when they identify as applicable the law of a Member State not participating in the enhanced cooperation (this is for instance the case of Regulations 2016/1103 and 2016/1104) or the law of a third country[4].

Irrespective of whether the person(s) involved have made a choice-of-law agreement, there is a possibility that European judges will find themselves having to apply national laws unknown to them [5].

In light of the massive Chinese migration to Europe[6], the aim of this paper is to identify the main pillars of current Chinese law, helping European judges in arriving at rulings consistent with a legal system not fully in tune with generally accepted European legal principles. Without such knowledge, no European judge will be able to do justice to a system and tradition developed over more than two thousand years and greatly determining Chinese behaviour. In this respect, comparative law can play an important role.

2 Considering the aim of EU Private international law, it is not surprising that it makes recourse to the same techniques of Private International Law to facilitate their interaction. See Zanobetti, A.: "EU Cooperation in civil Matters and Multilevel Unification of Private International Law: Some Remarks", in Franzina, P. (ed.): *The External Dimension*, cit., pp. 117-129, p. 123. As far as family law is concerned, see Bruno, P.: *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, and Marongiu Bonaiuti, F.: "Jurisdiction Under the EU Succession Regulation and Relationship with Third Countries", in Franzina, P. (ed.): *The External Dimension*, cit., pp. 211- 226.

3 For instance, this is the wording of the clauses contained in article 20 of the following regulations: No 650 of 2012 (Succession Regulation), No 1103 of 2016 (Matrimonial Property Regimes Regulation), No 1104 of 2016 (Registered Partnership Property Regimes Regulation).

4 Marongiu Bonaiuti, F.: "Jurisdiction Under", cit., p. 219.

5 Bruno, P.: *I regolamenti europei,* cit., p. 175 ss.

6 AA.VV.: *Chinese Migration to Europe. Prato, Italy, and Beyond* (ed. G. Johanson, N. Mc Auliffe, M. Bressan, L. Baldassar), Pelgrave Macmillan, London, 2015. For instance in 2018 Chinese nationals in Italy were the 8,3% of non-EU residents, see the 2018 annual report on Chinese community in Italy available at https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/studi-e-statistiche/Documents/Rapporti%20annuali%20sulle%20comunit%C3%A0%20migranti%20in%20Italia%20-%20anno%202018/Cina-rapporto-2018.pdf, For EU Member States percentage see data available at https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics

Until recently, Chinese law was not considered an autonomous field of study. Even in the tenth edition (1992) of the well-known book "Les grands systèmes de droit contemporains", the father of comparative law, René David, assigns a minor role to Chinese law ('Rôle mineur du droit'): compared to the Western legal tradition (WLT), the law was perceived as less important[7]. However, once legal scholars shift their attention to legal process dynamics and away from codes or law reports, the essence of traditional Chinese law emerges[8].

The following sections introduce readers to the history, pillars and concepts of Chinese law, in an attempt to promote an understanding of a legal system made of relevant legal transplants, but in many ways deviating from European practice[9]. Without such an understanding, it could be difficult for a European judge to rule on civil law cases involving Chinese nationals.

II. TRADITIONAL CHINESE LAW.

The Qin dynasty (221-201 B.C.) is considered the first dynasty of the Chinese Empire, an empire culturally founded on the idea of the 'mandate of Heaven' (天命 tianming), under which the Emperor upholds his mandate as long as he duly performs his duties[10]. In line with this caveat, there is nothing wrong with others rising up and revoking the mandate, thereby ending a dynasty. As a consequence, the succession of different dynasties was not perceived as a break in the Empire[11].

To understand traditional Chinese law, we need to comprehend the Legalist and Confucian schools of philosophy.

Developed in the IV and II centuries B.C., Legalism formed the Qin dynasty's ideological basis. The Legalists believed that political institutions should be modelled in response to the realities of human behaviour and that human beings are inherently selfish and short-sighted. Thus, social harmony could only be assured through strong state control and absolute obedience to authority. The Legalists advocated government by a system of laws that rigidly prescribed punishments and rewards for specific behaviours, stressing that the purpose of all human activity

7 AA. VV.: *Les grands systèmes de droit contemporains* (R. David, C. Jauffret-Spinosi), 10ª, Dalloz, Paris, 1992.

8 For an analysis of the topic see Timoteo, M.: *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Libreria Bonomo, Bologna, 2005, p. 3.

9 On the impact and deviations of the Chinese legal system on the Western Legal Tradition see Peerenboom, R.: *China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?*, Oxford University Press, Oxford, 2007 and more recently, Chen, W.: *The Beijing Consensus?: How China Has Changed Western Ideas of Law and Economic Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

10 MacCormack, G.: *The Spirit of Traditional Chinese Law*, The University of Georgia Press, Athens-London, 1996, p. 22. See also Menski, W.: *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa,* Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 495 ss.

11 Roberts, J.A.G.: *Storia della Cina*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 11 ss. See also Peerenboom R.: *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 48.

was to increase the power of the ruler and the state[12]. The Emperor thus relied on penal law (法 fa) and on the imposition of punishments as the main instrument of government, administered by a hierarchy of ministers and officials, all ultimately responsible to him[13]. Rules had to be clear and intelligible to ordinary people and to be properly communicated. Great importance was attached to consistency and uniformity in the application of the law: "The ruler had to ensure that his officials throughout his realm not only applied the same set of rules but also applied them in the same fashion"[14]. The brutal implementation of this policy ultimately led to the overthrow of the authoritarian Qin dynasty [15].

In great contrast to the Legalist school, the Confucian school (founded by Confucius himself in the VI century B.C.) upheld the importance of values. In line with this perspective, the emphasis was on teaching and moral values rather than on governance by criminal law[16]. Teaching was considered as a way to instil a proper sense of virtuous conduct in the people. Confucian values (such as benevolence, humanity, filial piety, caring for elders) and corresponding rites, 礼 lì, were instrumental in maintaining the organisation and harmony of the Empire[17].

One of the corollaries of the Confucian ideology was the hierarchical principle according to which members of society were in a relationship under which one person could always be classified as the senior and the other as the junior. The superior (usually the senior) was supposed to offer kindness, affection and protection to the inferior (usually the junior), whereas the inferior was supposed to show gratitude, submission, and respect to the superior. Another corollary of the Confucian ideology was the differentiation principle according to which each member of society, in consideration of the position occupied in the hierarchy, had a differentiated role[18]. For instance, the offences committed by juniors against seniors were always treated more seriously than offences committed by seniors against juniors[19]. In fact, the junior who committed an offence against the senior was also challenging the hierarchy, a circumstance absent in the event of a senior's

12 Roberts, J.A.G.: *Storia della Cina*, cit.,p. 45 ss.

13 MacCormack, G.: *The Spirit*, cit., *Passim*. See also Bodde, D.: "Basic Concepts of Chinese Law: The Genesis and Evolution of Legal Thought in Traditional China", *Proceedings of the American Philosophical Society*, 107, 1963, pp. 375-398.

14 MacCormack, G.: *The Spirit*, cit., cit., p. 6.

15 Roberts, J.A.G.: *Storia della Cina*, cit., p. 49.

16 For some considerations see ibid. and also *ivi*, p. 27 ss.

17 The following Confucius's Analects are explicit in this regards: "Lead the people by regulations (fa), keep them in order by punishment, and they will flee from you and lose all self-respect. But lead them by virtue and keep them in order by established morality (li), and they will keep their self-respect and come to you". And also: "In the practice of li, Harmony is the key. In the Dao of the kings of old, this was the beauty. In all affairs, great and small, follow this. Yet there is one respect in which one does not. To act in harmony simply because one understands what is harmonious, but not to regulate one's conduct according to li: indeed, one cannot act in that way".

18 MacCormack, G.: *The Spirit*, cit., p. 69 ss.

19 *Ivi*, see also Menski, W.: *Comparative Law,* cit., p. 495 ss.

offence against a junior. This hierarchy began in the family, the basic unit of the society, as seen in the role accorded to parental authority:

"As regards the junior members of a family, extensive jurisdiction was conceded to the parental authority. Only in the gravest matters, such as treason, could a son or daughter denounce a parent to the magistrate. Any attempt by a child to invoke the protection of the state against parental ill-treatment was itself a most enormous crime, striking as it did at filial piety, that corner-stone of social structure, and was punishable by death. In theory, parents did not have the right themselves to put a child to death: this, as well as lesser penalties, would be inflicted by the state at the parent's request. But the death of a child as a result of parental chastisement incurred no blame, and a cursory reading of Chinese newspapers of the last years of the Empire reveals numerous instances where even drowned or buried alive with apparent impunity by their indignant families"[20].

However, when the moral rules of Confucianism were not respected, criminal law was seen as a necessary evil for restoring order. Nevertheless, from a Confucian point of view, written legislation (fa), that from a Western perspective could be classified as penal law, "should supplement, reinforce, or clarify teaching"[21]. This basically meant that all the administrators of society received their primary education in the Confucian classics and therefore even those in charge of the administration of justice were not legal specialists. There was thus no clear distinction between administrative and judicial functions in traditional China[22].

The above is mainly due to the fact that under the Han dynasty (206 B.C – 9 A.D.) Confucianism became the state ideology, with education becoming one of the main pillars of Chinese society. Indeed, officials and administrators were selected through so-called Imperial examinations based on Confucian classics[23].

Furthermore, the two elements, 礼 (lì) and 法 (fa), started to interact; in other words written legislation (fa) began to take account of Confucian values by introducing rules to implement them, a move known as the 'Confucianisation of the law'[24].

20 McAleavy as quoted by Menski, W.: *Comparative Law*, cit., p. 556 and MacCormack, G.: *The Spirit*, cit., p. 69 ss.

21 MacCormack, G.: *The Spirit*, cit., p. 11.

22 Ibid. See also Ponti, E.: *La recezione del diritto privato occidentale in Cina fra il 1840 ed il 1949*, Edizioni Unicopli, Milano, 2006, p. 34 ss. and AA.VV.: *Diritto dell'Asia orientale* (G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo), Utet, Milano, 2007, p. 51 ss., Moccia, L.: *Il diritto in Cina*, Bollati Boringhieri, Torino 2009, p. 47 ss.

23 AA.VV.: *Law in Imperial China* (ed. D. Bodde, C. Morris), Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1967, p. 5.

24 "The principal function of the "li" was to allow the code to adapt to changing circumstances, to enable the penal code, as it were, to keep abreast of social problems" MacCormack G., *The Spirit*, cit., p. 29 ss. See also Bodde, D.: "Basic Concepts", cit., p. 386 ss.

The 法 (fa), the written penal legislation imposed by the Emperor and therefore following a vertical functioning (deriving from above) incorporated the 礼 (li), the customary law inciting members of society to abide by Confucian rites. This also explains why they aimed more at establishing a kind of code of conduct than enforceable rules[25]. This interaction is embodied in the code adopted by the last Chinese dynasty, the Qing Code of 1644[26].

For example, according to Confucian rites and the importance that Confucianism attaches to filial piety, inheritance rules stated that the son with whom elderly parents had lived was to be given preference. This value was incorporated in the Qing code in the form of a rule that a son who lived elsewhere from his parents during their lifetime was to be punished in any dividing up of family property[27].

On the whole, the Qing Code has a non-technical style with a strong penal/criminal element, characterised by corporal punishment. The code was based on the following *ratio*: a specific situation only become part of the code when it was essential to the wellbeing of the state. It follows that private law was only indirectly codified. Many civil law aspects seemed underdeveloped (when compared and analysed on the basis of the Western legal tradition taxonomy) and often difficult to distinguish from criminal provisions[28].

Having in mind the abovementioned inheritance example, it can be said that such a provision is instrumental in keeping a family and its assets united, a circumstance in turn contributing to the wellbeing of the state[29]: a strong family will produce more and is more robust, in line with the Confucian ideology under which individuals are only important as members of a group, whereby the family is the primary nucleus of a social hierarchy extending further to clans, villages, districts and so on.

It is therefore clear that Chinese law has always had a political character, whereby all aspects of no direct interest to the state (especially private law aspects) were governed not by law but by customs and self-regulation[30]. This finding may in turn account for the distrust of lawyers and legal specialists in China: a circumstance that led to the Western powers affirming that the law there plays

25 MacCormack, G.: *The Spirit*, cit., p. 48.

26 See Jones, W.C. (translator): *The great Qing code* (with the assistance of T. Cheng, Y. Jiang), Larendon Press; Oxford, 1994 and Qin, Z., Zhou, G.: "Pursuing Perfection: Formation of the Qing Code", *Modern China*, 1995, vol. 21, pp. 310-344. For a focus on family law in the Qing code see Jernigan, T.R.: *China in Law and Commerce*, Macmillan, New York, 1905, pp. 111 ss.

27 Ponti, E.: *La recezione*, cit., p. 142 ss., provisions with such a Confucian influence are still visible in the actual Succession Law of the People's Republic of China (1985), see, for instance, art. 12.

28 I*vi*, p. 150 ss.

29 I*bid*.

30 Jones, W.C. (translator by) *The great Qing code*, cit.; Qin, Z., Zhou, G.: "Pursuing Perfection", cit., pp. 310-344.

merely a minor role. Yet this key underlying difference must be taken into account in any attempt to understand (not only traditional) Chinese law.

When Western powers arrived in China in the mid-XIX century, they gained a negative impression. In their Western eyes, the Empire was lethargic and Chinese society not adequately organised. The ostensible dearth of written codes and law reports led them to overlook the intrinsic values of Chinese society. One of the main differences was between the West's upholding of the position and rights of individuals and the traditional collectivism practised in the Chinese Empire[31].

The Opium Wars (1839-1842 and 1856-1860)[32] constituted the first large-scale showdown between China and the Western powers, in particular Great Britain, Portugal, the Netherlands, France, the US and also Italy. From a military point of view, China was totally unprepared and soon defeated. The so-called Unequal Treaties were the legal consequences of the defeat: as is obvious from their name, these treaties were between a weaker party (China) and a stronger one (a Western power). In our legal context, specific attention should be paid, for instance, to clauses XXI and XXV (the so-called extraterritoriality clauses) of the China-US Unequal Treaty signed in Wang-hea on 3 July 1844, though similar clauses were to be found in the other treaties signed, for instance, with Great Britain and France[33].

"Clause XXI: Subjects of China who may be guilty of any criminal act towards citizens of the United States shall be arrested and punished by the Chinese authorities according to the laws of China, [while United States] citizens [… committing a] crime in China shall be […] tried and punished only by the Consul or other public functionary of the United States authorized [under] the laws of the United States; […with a view to preventing any] controversy and dissatisfaction, justice shall be equitably and impartially administered on both sides.

Clause XXV: All questions [with] regard to rights, whether of property or person, arising between citizens of the United States in China shall be subject to the jurisdiction of and regulated by the authorities of their own Government; and all controversies occurring in China between the citizens of the United States and the subjects of any other Government shall be regulated by the Treaties existing between the United States and such Governments respectively, without interference on the part of China"[34].

31 AA.VV.: *Law in Imperial*, cit., p. 33 ss.

32 Roberts, J.A.G.: *Storia della Cina*, cit., p. 215 ss.

33 Denby, C.: "Extraterritoriality in China", *American Journal of International Law*, 1924, vol. 18, pp. 667-675.

34 *Ivi*, p. 670-671

These clauses all infer a common message: traditional Chinese law was inadequate and thus not to be applied to foreigners. The UK-China commercial treaty of 1902 is explicit in specifying that Great Britain will renounce its extraterritoriality rights as soon as the modernisation of Chinese laws allows such[35].

For the first time in its history, China, the country once considered as an example to follow by neighbouring countries such as Japan, Vietnam or Korea, felt inadequacy from different points of view: military, political and legal. The Empire was faced with the choice of either modernising or defending its traditions[36].

Taking advantage of the Chinese inclination to study, in 1902 the Empress decided to establish a commission tasked with codifying the law (Law Codification Commission) in order to "carefully reconsider and revise all the statutes and sub-statutes in force according to the situation concerning foreign affairs and in reference to the laws of the foreign countries in order to have the laws of the Empire recognized by foreign countries and benefit governance"[37].

As of this time, China started to take Western models and legal transplants into account[38].

III. THE INITIAL IMPACT OF THE WESTERN LEGAL TRADITION ON CHINA.

Given the semi-colonial situation and the Unequal Treaties, the Chinese Empire's option of defending its tradition was probably not feasible.

The head of the Law Codification Commission from 1904 to 1909, Shen Jiaben, focused his attention on the French Civil Code of 1804 and the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch or BGB) which entered into force in 1900, even though the common law tradition based on case law proved very appealing to him[39].

Following the findings of the Law Codification Commission, the Chinese Empress, pending the adoption of a new code, decided to revise the 1644 Qing Code in an attempt to ensure the Empire's survival. This revision led to Confucian

35 The UK-China Treaty as explained by AA.VV.: *Diritto dell'Asia*, cit., p. 178.

36 Herrfahrdt, H.: "La preistoria dei 'patti diseguali' della Cina (1939)", in AA.VV.: *Modelli giuridici europei della Cina contemporanea* (ed. G. Ajani, J. Luther), Jovene Editore, Napoli, 2009, pp. 1-8.

37 Liang, Z.: "Law Politics and Social Change: Codification in China Since 1902", in AA.VV.: *Codici: Una riflessione di fine millennio* (ed. P. Cppellini, B. Sordi), Milano, Giuffrè, 2002, p. 401-427.

38 As far as legal borrowings and transplants are concerned, a point of reference for comparative legal scholars is Watson, A.: *Legal translants: an approach to comparative law*, University press of Virginia, Charlottesville, 1974.

39 Hua, S.: "Shen Jiaben and the Late Qing Legal Reform (1901–1911)", *East Asia*, 2013, vol. 30, pp. 121–138.

ethics and related customs being relegated to a secondary source of law, private law becoming of direct interest for the Chinese legislator, the code style becoming more technical, corporal punishment being removed and the chapter dedicated to military administration and education being greatly amended[40]. The Imperial examinations, one of the pillars of the Chinese administration, were replaced by Western-style universities based mainly on the German model[41].

Nevertheless, the Chinese Empire remained reluctant to introduce concepts such as rule-of-law principles and individual freedoms.

In 1911, the first draft of a new civil code was presented. It was based mainly on German law, chosen not only for its presumed conceptual and systematic superiority but also for reasons related to the political organisation of the 'model country' (the German area in which the code applied at that time) and to its civil law rules, perceived as more adequate for the perpetuation of the Empire and as a good model for adoption and adaptation[42].

However, the efforts were not enough to prevent the collapse of the Chinese empire in 1911. The end of the empire was followed by a period of disorder characterized by internal conflicts. Known as the Warlord Era, it lasted until 1927 when the country was unified under the leadership of Chiang Kai-shek and the National Party (国民党 Guomindang), the leading party of the Republic of China[43].

Intent on overcoming Confucian tradition and modernising the country, the National Party instituted a complex legal codification phase stimulated by a comparison with Western codes. The so-called Six Codes (literally six laws, in Chinese 六法 liu fa) were all enacted between 1928 and 1935, with the exception of the constitutional law adopted in 1947. Reforms affected the whole legal system: the Civil Code was drafted between 1929-1931, the Civil Procedural Code between 1929-1930; the Criminal Code in 1928 and in 1935 the corresponding Criminal Procedural Code, the same year in which a law on the judicial organization was also adopted[44].

40 Ponti, E.: *La recezione,* cit., p. 177 ss.

41 Ahl, B.: "Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination", *Issues & Studies*, 2006, vol. 42, pp. 171-203, p. 179.

42 Rossi, P.: "Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese", in AA.VV.: *Modelli giuridici*, cit., pp. 9-67, see also Liang, Z.: "Law Politics and Social Change, cit., p. 411.

43 Worth mentioning is the role that at the beginning of the XX century played Sun Yat-sen and his theories that shaped mainly Chinese constitutional law, in this regard see Son, B.N.: "Sun Yat-Sen's Constitutionalism", *Giornale di Storia Costituzionale*, 2016, vol. 32, pp. 157-179. The Three principles of the people are particularly important and the democratic one can be interpreted as the transposition of the separation of powers' principle in China.

44 AA.VV.: *Diritto dell'Asia*, cit., p. 177 ss.

The main source of inspiration for all six codes was German law, as had already been the case in Japan, similarly a signatory of Unequal Treaties[45]. In a nutshell, the 1930s saw China adopting a different and distant legal culture that, at least in theory, was supposed to be followed by a political and cultural reform[46].

As far as private law is concerned, concepts such as individualism, freedoms, market economy and technological progress became principles enshrined in the Chinese civil code, now the primary source of law. The Western legal tradition influence was particularly evident also in the basic principles of the legal system; for instance, Article 1 on the sources of law stated that: "In civil matters, where there is no provision of law applicable to a case, the case shall be decided according to custom. If there is no such custom, the case shall be decided in accordance with the general principles of law". The influence of the Swiss Civil Code of 1912 seems clear both in the content and the position: the hierarchy of sources of law reflects Article 1 of the Swiss Civil Code[47].

As regarded customary law, the "longa consuetudo" was to be respected, insofar as it was compatible with public policy ("ordre public"), a circumstance that allowed the modern courts (also shaped on the German example), and especially the Supreme Court, to clearly limit customary law and to oppose any manifest abuses upheld for centuries in the population's legal conscience[48].

In line with the structure of the German BGB, the Chinese Civil Code of the 1930s has five parts: i) the general part (cf. BGB: *der allgemeine Teil*), ii) the law of obligations (cf. BGB: *das Schuldrecht*); iii) property law (cf. BGB: *das Sachenrecht*); iv) family law (cf. BGB: *das Familienrecht*); and v) inheritance law (cf. BGB: *das Erbrecht*).

Commenting on the Republic of China Civil Code enacted by the National Party, one prominent Chinese legal scholar declared that: "If the Civil Code is studied carefully from Article 1 to Article 1225, and then compared with the German Civil Code, the Swiss Civil Code and the Swiss Code of Obligations,

45 Also arriving in Japan in the mid-XIX century, the Western powers forced the country to similarly sign "unequal treaties". However, Japan's reaction was immediate. Within 10 years, the legal system was modernised, with the reform mainly inspired by German law translated into Japanese. As a result, when China studied the German code, the Japanese translation was already available. In fact, the Japanese Civil Code based on the Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) entered into force in 1898, based on a draft version of the BGB that only entered into force two years later. For a comparative perspective, see ivi, p.133 ss.

46 Ponti, E.: *La recezione,* cit., p. 190, see also Chen, J.: *Chinese Law: Context and Transformation*, N.Nijhoff, Leiden-Boston, 2015, p. 455 ss.

47 *Ibid.*

48 According to Escarra article 1 of the Republic of China Civil code "a permis aux tribunaux modernes, et particuliérement à la Court Suprême, de delimiter avec precision le domaine de la coutume et de lutter contre le maintien d'abus manifestes enracinés de toute antiquité dans la conscience juridique du peuple". Escarra J.:, *Sources du droit positif actuel de la Chine*, as quoted by Ponti, E.: *La recezione,* cit., p. 194. See also Chen, J.: *Chinese Law*, cit., p. 37.

we will find that ninety-five percent of the provisions [in the Guomindang Civil Code] have their origin there: they are either copied directly or copied with some changes of expressions [from these foreign codes]'[49].

Nevertheless, legal scholars' opinions differ on the interpretation of such legal transplants. Some believe that local practices lived on in the local practice interpretation, while others believe that the new code constituted a clean cut with traditions and traditional Chinese law[50].

The establishment of Communist China under Mao Zedong meant that the Guomingdang Civil Code and all Six Codes were short-lived in mainland China. Generally speaking, the National Party's laws and respective institutions "were far from reaching the Chinese people and had no substantial impact on society at large". Especially in China's rural areas, their application left a lot to be desired[51]. The technical and scientific modernisation, that also include the legal modernization, has also be considered as a juxtaposition between 体 (ti) –its literal meaning in Chinese is "body" and 用 (yong) –meaning "use-function" from which it could be inferred the following: Chinese knowledge as the substance, Western knowledge as function[52].

IV. THE MAOIST ERA AND REJECTION OF THE WESTERN LEGAL TRADITION.

Mao Zedong started his Long March from the south to the north of the country in 1934, heading for Beijing in particular (its literal meaning in Chinese is the capital of the north). His attention focused on rural areas where the National Party was less strong[53]. In the aftermath of the Japanese occupation of China during the Second World War, the Chinese civil war (1945-1949) between the Chinese Communist Party (CCP) led by Mao Zedong and the National Party flared up. After four years of fighting, the Communists won, with the Nationalists under General Chiang Kai-shek forced to give up mainland China and retreat to the island of Taiwan.

With respect to the legal situation in mainland China, the Six Codes enacted by the National Party had no time to penetrate the whole country, especially as far as family and inheritance law were concerned, two topics intimately rooted in

49 These are Dr. Jhon C.H. Wu's words reported by Chen, J.: *Chinese Law,* cit., p. 36.

50 *Ivi*, p. 38. See also Monateri P.G. (ed.): *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2012, p. 198 ss.

51 Chen, J.: *Chinese Law*, cit.., p. 40.

52 Rossi, P.: "Tra incorporazione", cit. pp. 52-54.

53 Losano, M.G.: *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma 2000, p. 420.

tradition. Nevertheless, the codes remain in force in Taiwan in amended versions to this day[54].

The establishment of the People's Republic of China (PRC) on 1 October 1949 saw existing laws being revoked. From a legal point of view, the nadir was probably reached before and during the Great or Cultural Revolution (1966–76) when legal institutions collapsed. The Ministry of Justice was closed down in 1959; law faculties were closed down and intellectuals sent to remote rural areas to perform hard labour[55]. The model to follow was the Soviet model. The term used here by legal scholars is 'legal nihilism', reflecting the belief that a country aiming for communism has no need of law. Western models were therefore rejected, first and foremost for ideological reasons, with Chinese Communist Party directives becoming the new law[56]. Soviet influence, in some way, continued the transplant of a civil-law-style legal system, while representing an obstacle to the import of any Western influence[57].

V. DENG XIAOPING AND THE NEW REFORM ERA.

1978 is usually considered as the turning point in Communist China's history, the beginning of a new reform era. Though partly true, it should be remembered that the constitutional principles upon which the new reform era was designed are those established by Mao in the first PRC Constitution of 1954[58].

Based on the 1936 Stalinist Constitution of the Union of Soviet Socialist Republics (USSR), the 1954 Constitution codified the institutional structure, offices and powers of the PRC. Its Article 1 stated that the People's Republic of China is a people's democratic state led by the working class and based on the alliance of workers and peasants, while Article 2 stated that "All power in the People's Republic of China belongs to the people. The Organs through which the people exercise power are the National People's Congress and the local people's congresses". Under the 1954 Constitution, China started to be dominated by a single political party guided by the notion of a socialist legality, under which state

54 AA. V.: *Diritto dell'Asia*, cit., p. 232 ss. For a general understanding of this period see Yin, B.: "Chinese Socialist Legal System: Evolution and Principal Features", in Tomášek, M., Mühlemann, G.: *Interpretation of Law in China - Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 123-142.

55 Losano, M.G.: *I grandi sistemi,* cit., p. 423.

56 For details on the ambivalent approach to law under Mao see Menski, W.: *Comparative Law,* cit., p. 570 ss.

57 Yin, B.: "Chinese Socialist", cit., pp. 123-142.

58 The People's Republic of China had two successive Constitutions in the Maoist era: the 1975 and 1978 Constitution. For the Constitutional development see AA.VV.: *Building Constitutionalism in China* (ed. S. Balme, M.W. Dowdle), Palgrave Mcmillan, New York, 2009, for the Maoist principles see Glenn Tiffert, D.: "Epistrophy: Chinese Constitutionalism and the 1950s", in AA.VV.: *Building Constitutionalism*, cit., p. 59 ss. See Also Dicks, A.R.: "The Chinese Legal System: Reforms in the Balance", *China Quarterly*, 1989, pp. 540-576, p. 544.

ownership and collective ownership constitute the basic forms of ownership[59]. China's current democratic centralism principle and the placing of all state powers in the hands of the National People Congress have their roots in the 1954 Constitution. Indeed, the current Chinese Constitution of 1982 is to a large extent based on the 1954 Constitution[60].

The rehabilitation of law and the legal system is mainly marked by two events: the trial of the Gang of Four (including Mao's wife, Jiang Qing) and the speech given by Deng Xiaoping in 1978 where he had the following to say:

"[T]o safeguard people's democracy, it is imperative to "strengthen the socialist legal system" so that democracy is systematized and written into law in such a way as to ensure the stability, continuity and full authority of this democratic system and these laws; there must be laws for people to follow, these laws must be observed, their enforcement must be strict and law breakers must be punished. From now on, "legislative work should have an important place on the agenda of the National People's Congress and its Standing Committee". Procuratorial and judicial organisations must maintain their independence as is appropriate; they must faithfully abide by the laws, rules and regulations, serve the people's interests, and keep to the facts, they must guarantee the equality of all people before the people's laws, and deny anyone the privilege of being above the law"[61] (emphasis added).

Deng Xiaoping's open-door policy literally opened up China to the rest of the world and to the West in particular[62]. Law was rehabilitated and considered as a necessary tool for a country in the primary stage of socialism, a suitable means to achieve political goals. Interestingly, the first laws enacted included the Law on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures, adopted at the Second Session of the Fifth National People's Congress on 1 July 1979, the Law on Wholly Foreign-Owned Enterprises adopted on 12 April 1986 at the 4th Session of the 6th National People's Congress, the Trade Marks Law of 1982 and the Patent Law of 1984, all enacted to encourage foreign investments in China and all reflecting the influence of Western law[63].

59 An English translation is available at en.pkulaw.cn. See also Glenn Tiffert, D.: "Epistrophy", cit., p. 59 ss.

60 Ibid.

61 Communiqué of the Third Plenary Session of the Eleventh Central Committee of the Chinese Communist Party of China, as quoted by Chen, A.H.Y.: *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, LexisNexis, Hong Kong, 2011., p. 42.

62 Minzner, C.: "China After the Reform Era", *Journal of Democracy*, 2015, vol. 26, pp. 129-143, p. 130.

63 Chen, J.: *Chinese Law*, cit., p. 80. Naturally, legislative reforms must be read in connection with the following Constitutional amendments: i) the amendment of 1988 amended Art. 11 by permitting the private sector of the economy to exist and develop within the limits prescribed by law. The private sector complements the socialist public economy. Among other changes, the amendment stated (in Art. 10) that the right to the use of land may be transferred according to law; ii) the amendment of 1993 introduced the theory of building socialism with Chinese characteristics. This opened the door to concepts that from a Western

Moreover, it is worth mentioning that even if the current Constitution is based on the 1954 Maoist Constitution[64], current private law is rooted in the pre-1949 experience of law and therefore in the Guomingdang Civil Code greatly influenced by German law. While post-Mao politicians were discussing the heritability of 'old' laws, the pragmatic approach of the Chinese legislator was pivotal in underlining the importance of Western experiences, to be used as a 'reference' for building a socialist law with Chinese characteristics[65]. Common law and civil law systems were both taken into account. The first was particularly useful for international commercial practices[66], while the second formed the basis of many private law aspects. In the 1980s, the terminologies and methodologies of the Western Legal Tradition (WLT) entered Chinese law and the legal system even if the rhetoric continued stressing the 'socialist' nature and 'Chinese characteristics' of the new law"[67].

As far as civil law is concerned, though it remains fragmented in different laws such as the law governing contracts (1999), companies (2005), property (2007), torts (2009), and conflicts of law (2011), nevertheless the General Principles of Civil Law (GPCL) adopted in 1986 constitute the foundations of current private civil law in China.

In line with the German approach, the GPCL are characterized by a formalist and abstract approach. For example, GPCL Article 54 on the civil juristic act provides the following definition: "A civil juristic act shall be the lawful act of a citizen or legal person to establish, change or terminate civil rights and obligations"[68].

Even if the approach taken in the 1986 GPCL resembles the German approach, it should be made clear that other Continental European legal systems influenced specific legal topics[69].

In short, the effort made by the National Party were not worthless. The massive legal transplants that characterised the Six Codes of the 1930s re-emerged in the

point of view can be considered as oxymoron, such as the expression "The state practices socialist market economy that took the place of the planned economy"; iii) the amendment of 1999 introduced the socialist rule of law; iv) the amendment of 2004 declared private property as inviolable, stating also that "The State respects and preserves human rights".; v) the amendment of 2018 will be discussed in the paper below.

64 Glenn Tiffert, D.: "Epistrophy", cit., p. 59 ss.

65 Chen, J.: *Chinese Law*, cit., p. 78.

66 Crespi Reghizzi, G.: "Cina 2003: L'osservatorio del giurista", 2003 available at: http://www.leggicinesi.it/dottrina/ReghizziCinaOsservatorioGiurista.pdf

67 Chen, J.: *Chinese Law*, cit., p. 78.

68 Chinese legislation is available at en.pkulaw.cn. The new Chinese Civil Code now states at art. 133: "Juridical acts are acts of the parties to civil legal relations to create, modify, or terminate civil legal relationships through a declaration of will".

69 Chen, J.: *Chinese Law*, cit., p. 455 ss.

post-Mao era even if sometimes integrated and reinterpreted in light of "socialism with Chinese characteristics" [70].

This should be reassuring for EU-based judges, enabling them to – at least to a certain degree – steer a course reflecting the Western legal tradition in the event the universal application of a European private law regulation leading to the application of Chinese law.

VI. RECENT REFORMS AND INTERPRETATION OF LAW IN CHINA.

Recent reforms and the interpretation of law in the People's Republic of China can however make European judges' task of applying Chinese law more difficult.

Published in November 2010, the Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Provisions on Case Guidance (hereinafter the "Provisions")[71] introduced the so-called "guiding case mechanism" (指导性案例 zhidao xing anli) in an attempt to improve consistency in adjudication and to "sum up trial experience, unify the application of law, enhance the quality of trials and maintain judicial justice". Under Article 2 of the Provisions, "guiding cases" refer to rulings and judgments that already have legal effect and meet the following requirements: (1) they are of widespread concern to society; (2) [involve] legal provisions [that are] of relatively general nature; (3) are of a typical nature; (4) are difficult, complicated or of new types. Otherwise, as it is usual in Chinese legislation, in order to have the possibility to select cases different from the abovementioned list, "guiding cases" can also refer to "other cases which have guiding effect", a wording giving wide discretion to the Supreme People's Court case selection.

In fact, the Supreme People's Court itself is responsible for selecting and editing the relevant decisions handed down by the different Chinese People's Courts[72], also following the suggestions of representatives of people's congresses, members of committees of the political consultative conference, experts, scholars, lawyers, and other people from all circles of society involved in the adjudication and enforcement work of people's courts[73]. Under Art. 7 of the Provisions, all

70 "Socialism with Chinese characteristics" is a wording that became popular to describe the Chinese approach to socialism such as the shift from a "planned economy" to a "socialist market economy" in 1993. The expression is also part of the Preamble of the Chinese Constitution.

71 The Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Provisions on Case Guidance (November 2010) are available at en.pkulaw.cn.

72 Chinese courts are divided into basic people's courts, intermediate people's courts, high people's courts and of course the Supreme People's Court, for further details see AA.VV.: *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China* (ed. M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher), Cambridge University Press, Cambridge, 2011 and Brown R.C.: *Understanding Chinese Courts and Legal Process: Law with Chinese Characteristics*, Kluwer Law International, London-Boston-The Hague 1997 is still a very important reading.

73 See Article 5 of the Provisions on Case Guidance (November 2010).

people's courts *should refer* to the guiding cases released by the Supreme People's Court when adjudicating similar cases (emphasis added).

Comparative law scholars might find themselves reminded of the doctrine of binding precedents in the common law tradition, though there are significant differences. First, not all court decisions become guiding cases, but only those selected by the Supreme People's Court; second, the Supreme People's Court edits the decisions, extrapolating those parts deemed relevant in accordance with the abovementioned Article 2 of the Provision. Finally, Chinese courts are not bound by the selected guiding case in their rulings, though they are expected to justify them by explicitly referring to the relevant case[74]. So far the Supreme People's Court has selected more than hundred cases regarding civil, penal and administrative law. Generally speaking, case law cannot be considered as a de jure source of law in China, bringing the country closer to the civil law tradition.

Another reform set to impact the application of Chinese law by European judges concerns the new Chinese Civil Code issued at the end of May 2020 and scheduled to come into effect on 1 January 2021[75].

Generally speaking, this should be a positive move, in light of the currently fragmented civil law. On 1 October 2017, the new General Provisions of Civil Law entered into force, representing the first book of the new Chinese Civil Code (民法总则 minfa zongze). As yet, the 1986 GPCL coexists with the new General Provisions of Civil Law, though it would seem that the 2017 articles are explicitly re-instituting the role of customary law.

Interestingly, Article 6 of the 1986 GPCL dedicated to the sources of law states that: "Civil activities must be in compliance with the law; where there are no relevant provisions in the law, they shall be in compliance with 'state policies'"[76] (emphasis added).

Article 10 of the 2017 General Provisions of Civil Law, also dedicated to the sources of law, states that: "Civil disputes shall be resolved in accordance with the law; if the law is silent, 'customs may apply', but not contrary to public order and good morals" [77].

Ever since Shen Jiaben's revision of the Qing Code in an attempt to stave off the collapse of the Empire, codified law has been the primary source of law.

74 Immediately following its introduction, Stanford University started a noteworthy study on the Guiding Case Mechanism. For further details: https://cgc.law.stanford.edu/.

75 The Covid-19 pandemic led to the postponement of the National People's Congress (from March to May 2020). See also http://www.xinhuanet.com/english/2020-05/20/c_139072382.htm

76 http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=1165&lib=law

77 http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=23213

Consistent with this approach, the new General Provisions of Civil Law confirm this primacy, though customary law re-emerges as a secondary source of law, insofar as it is compatible with public order (i.e. public policy in the words of the EU Regulations) and good morals[78].

The restoration of customary law seems to be in line with the course taken by the current President of the People's Republic of China, Xi Jinping, and his dream of rejuvenating the Chinese nation by building: i) a strong China (economically, politically, diplomatically, scientifically, militarily); ii) a civilized China (equity and fairness, rich culture, high morals); iii) a harmonious China (amity among social classes); and iv) a beautiful China (a healthy environment, low pollution)[79]. To this end, Xi Jinping's idea contemplates purging Western values from textbooks, instead relying on Chinese traditions[80]. Xi Jinping's thoughts have guided the latest constitutional amendment (2018), reflecting his will to turn China into a great modern socialist country. These thoughts have been taken up in the Preamble of the Constitution. His self-confidence is reflected in the removal of the limit of two consecutive terms of office for Chinese presidents, a move which officially allows him to remain in office after the end of his second term in 2023[81].

Yet legislation lives in its interpretation. To this end, not only judges' attitudes[82] and the Guiding Case Mechanism established in 2011 can play a significant role. The Chinese legal system is characterized by the Supreme People's Court's judicial interpretations which represent a de facto source of law, sometimes also defined as secondary law[83]. Not related to a specific case, they usually refer "to interpreting and explaining the content and meaning of legal norms by judicial organizations in implementing laws, or further explanation of concepts, terminology and definition of the meaning of legal norms[84]".

From a comparative law perspective, it will be interesting to observe how such reforms will be implemented and what impact they will have on the Chinese

78 For a comprehensive picture of civil law codification in China see Zhang, X.: "The New Round of Civil Law Codification in China", *University of Bologna Law Review*, 2016, vol. 1, p. 106-137.

79 The Xi Jinping declaration were made the same year of his election in 2013, see https://www.nytimes.com/2013/06/05/opinion/global/xi-jinpings-chinese-dream.html, for an academic analysis see also Han, X., Zhang, W.: *Contemporary value systems in China*, Springer, Singapore, 2018.

80 Minzner, C.: "China After the Reform Era", cit., p. 139.

81 See paragraph 3 of Article 79 of the 1982 Constitution as amended in 2018 that now states that "The terms of office for the President and Vice-President of the People's Republic of China are the same as those of deputies to the National People's Congress".

82 Timoteo, M.: "Nozioni vaghe di diritto. Lo standard di heli nella giurisprudenza cinese in materia di contratti", in AA. VV.: *Modelli giuridici,* cit., pp. 283-300, and Novaretti S.: "Le clausole generali nel diritto cinese. La nozione di buona fede e la giurisprudenza", in AA.VV..: *Modelli giuridici*, cit., pp. 339 -399.

83 Article 33 of the Organic Law on People's Court adopted in 1979 and revised in 1983 «The Supreme People's Court gives interpretation on questions concerning specific application of laws and decrees in judicial proceedings». Lubman, S.: *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, Stanford, 1999, p. 251 and 282 ss.

84 Yin and Chen as quoted by Lin Z., Hou, S.: *China's Supreme Court*, Routledge, New York, 2014.

legal system and correspondingly on the possible application of Chinese law by a European judge.

VII. UNIVERSAL APPLICATION OF EU REGULATIONS VERSUS FAMILY PLANNING AND BIRTH CONTROL IN THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA.

Even if a product of massive legal transplants from the Western legal tradition and thus easily comprehensible for Western law practitioners, Chinese legislation must always be read in its context and therefore in accordance with "socialism with Chinese characteristics"[85]. As mentioned, family law has always been considered as intimately linked to tradition, a circumstance that in the past left the topic outside the interest of comparative law scholars[86]. While these legal transplants also involved family and succession law, they were made more ratione auctoritatis, than auctoritate rationis. As a consequence, the transplanted rules, though legally in force, remained unapplied[87].

Legal studies demonstrate that Chinese law has always had a vertical character, i.e. subservient to state goals, whether promoting harmony within the Empire, the modernisation idea of the National Party, the Maoist political goals, the post-1976 reform era or the Xi Jinping rejuvenation. In this context, private law became of interest for the Chinese legislator under the pull of the Western examples well studied by Chinese scholars since the early 20th century[88].

Owing to the relevance of tradition in family matters, Chinese family law represents an area in which the Western influence has been re-elaborated to reflect such tradition and the developing characteristics of the country, possibly constituting a problem for EU-based judges[89].

The traditionally large size of Chinese families is still well evident in the Chinese language, with different characters used to identify siblings: the older brother (哥哥 gege), the younger brother (弟弟 didi), the older sister (姐姐 jiejie), and the younger sister (妹妹 meimei). The compactness of the Chinese family can still be found in some laws such as the Marriage or Succession Laws[90].

85 See supra footnote no. 71.

86 For an overview on the topic see Bradley, D.: "A Note on Comparative Family Law: Problems, Perspectives, Issues and Politics", *Oxford U Comparative L Forum*, 2005, no 4.

87 For the reasons behind the weak application of Western-oriented rules see supra par. III.

88 *Ibid.*

89 Western knowledge (i.e. the style of the rules) was transplanted as "function", while Chinese knowledge (i.e. the interpretation of the rules) continued to be the substance. See supra footnote no. 53.

90 For instance Chapter III of the Marriage Law of 1980 (revised in 2001) on "Family Relations" establishes rules to provide for instance the care among three generations of family members; see Chen, J.: *Chinese*

Family relations as enshrined in legislation continue to refer to Confucianism, expressing values still partly linked to the hierarchical and differentiation principles of the Confucian ideology[91].

Immediately after the foundation of the People's Republic of China (1 October 1949), Mao, aware of the relevance of the family for his political aims, adopted the first Marriage Law of the PRC (1950)[92].

Mao's initial approach to family law was a pro-natalist approach taken from the Soviet Union and based on the idea that a higher birth rate was synonymous with socialist development, while at the same time compensating for a high infant mortality and death rate. [93].

Within a five-year period, different positions started to arise.

The 1950 Marriage Law establishing gender equality led some women to call for access to contraceptive methods, abortion and sterilisation, seen as the only way to make a career within the CCP. Nevertheless, notwithstanding this gender equality, women remained completely responsible for family care[94]..

Initially received hostilely by a medical sector concerned about women's health[95], the request soon transformed into a tool instrumental to CCP interests[96]. Indeed, as soon as the Party found itself facing shortages of food, work and education, the pro-natalist approach was abandoned[97].

Law, cit., p. 543. See also the rules on statutory succession of the 1985 Succession Law of the People's Republic of China.

91 See supra par. II.

92 See for instance Diamant, N.J.: "Re-Examining the Impact of the 1950 Marriage Law: State Improvisation, Local Initiative and Rural Family Change", *The China Quarterly*, 2000, No. 161, pp. 171-198.

93 For a comparative perspective of the idea of the "economic family" see the Special issue of the American Journal of Comparative Law 2010. For an introduction to the topic see Halley, J., Rittich, K.: "Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism", *Am. J. Comp. L.,* 2010, vol. 58, pp. 753- 775. For the Chinese perspective see White, T.: *China's Longest Campaign Birth Planning in the People's Republic, 1949-2005*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 2006, p. 20.

94 *Ivi*, p. 21.

95 Birth control decisions were delegated to the Ministry of Health and Western-trained medical professionals were also conservative with respect to contraception. *Ivi,* p. 22 ss.

96 The transition from a pro-natalist to an anti-natalist approach was not linear. For instance, in the 1940s the party allowed educated woman in urban areas to practice birth control, while supporting women in rural areas to have children. Even if implementation of the birth control policy was patchwork and access to birth control sometimes more theoretical than real, the policy was officially established in principles. *Ivi,* p. 23-30. The various approaches and relevant political speeches between the 1950 and the 1960s, such as the clever formula of "to promote childbirth according to a plan" can be found in *ivi*, p. 35 ss.

97 *Ibid.*

Family planning was and still is perceived as instrumental to socialist growth, whether under the reforms[98]initiated by Deng Xiaoping or under current policy[99]. It explicitly became a duty for families under the 1980 Marriage Law and the 1982 Constitution[100]. However, implementation and controls were regulated at local level, meaning that its application was fragmented and disparate[101]. In 2001, the new Population and Family Planning Law centralised family planning legislation, but once again implementation was delegated to local authorities[102]. This is the reason why the sharpest criticisms of China's birth control policy are often challenged, even by those who believe that there are valid reasons to support such a policy seen by many as a major intrusion in a very private and intimate sphere[103].

Article 1 of the Population and Family Planning Law states that its purpose is to coordinate population development with developments in the economy, society, resource availability and the environment, thereby protecting the interests of citizens and the happiness of families, while at the same time contributing to the prosperity of the nation and to social progress.

Family planning is thus conceived as a fundamental State policy, to be incorporated into national economic and social development plans from central to local level, thereby reflecting different administrative divisions and the associated local conditions (cf. Art. 2 and 9). To instil the importance of family planning in the population, "Departments in charge of family planning, education, science and technology, culture, public health, civil affairs, the press and publi[shing], and radio

98 After the failure of the Great Leap Forward the following concept began to take hold: "human reproduction, like economic production, could and should be organized rationally through state intervention and administration; childbearing, like grain production, should and could be regulated according to state needs and plans", *ivi*, p. 7.

99 In the late 1970s the birth control policy started to be defined as the one-child campaign and became massive after efforts were made to develop a central-to local-level administrative structure to supervise family planning policy, *ivi*, p. 10, with tight controls and negative consequences for unauthorized children, such as losing one's job, apartment, food ration tickets and urban residency permit, even if not formally regulated by legislation. Major negative effects of this campaign were perceived in rural areas where the economic status of villages deteriorated, especially if a couple failed to have a male descendent, *ivi*, p. 4 ss. The approach of a 'decentralized experimentation' is very common in China and it illustrates "the capability of China's party-state to generate institutional and policy innovations for economic reform and to adapt to a rapidly changing economic environment", see Heilmann, S.: "Policy-Making through Experimentation: The Formation of a Distinctive Policy Process", in AA. VV.: *Mao's invisible hand. The political foundations of adaptive governance in China* (ed. S. Heilmann, E.J. Perry), Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2011, pp. 62-101.

100 See arts. 2,6, 16 of the Marriage Law as revised in 2001, that foresee a legal duty of the couple to practice birth control and delay marriage (they were former arts. 2, 5, and 12 of the Marriage Law in its original version of 1980 which repealed the 1950 Marriage Law adopted under Mao). The relevant articles of the 1982 Constitution are arts. 25 and 49. For the reasons behind this policy perceived as strategic and population statistics see Population Council (ed.): "Chinese Government White Paper on Family Planning", *Population and Development Rev.*, 1996, vol. 22, pp. 385-390, issued by the Information Office of the State Council on 23 August 1995.

101 Chen, J.: *Chinese Law,* cit., p. 553.

102 The English translation of the Population and Family Planning Law of the PRC (2001) is available at en.pkulaw.cn.

103 Chen, J.: *Chinese Law,* cit., p. 552-553.

and television broadcasting shall make arrangements to conduct public education" (Art. 13).

The family planning duty is a mutual concern of husband and wife. Article 18 establishes the one-child policy, while allowing for a second child in specific circumstances. To this end, couples are supposed to conscientiously practise contraception and accept technical services and guidance for family planning (Art. 20).

Due to the traditional preference for male children, the law also specifies that "Discrimination against and maltreatment of women who give birth to baby girls or who suffer from infertility are prohibited. Discrimination against, maltreatment, and abandonment of baby girls are prohibited" (Art. 22). This article indirectly highlights some of the negative consequences of the birth control policy.

The law goes on to encourage insurance companies to offer insurance schemes facilitating family planning as well as other support methods to be established at the local level. The local level is also responsible for eventual rewards or other social security benefits for couples who volunteer to have only one child. (Art. 27).

Other rules help us gain an understanding of the side effects of this policy officially adopted at central level in 2001 but applied since the 1970s and mainly regulated at local level[104].

Chapter VI lists the fines and possible liability consequences of any infringement of family planning rules.

Moreover, one of the three judicial interpretations of the 1980 Marriage Law (revised in 2001, and already making family planning a legal duty, seems to suggest that decisions on whether to have a child can also play a role in divorce cases. In particular, Art. 9 of Interpretation III of the Supreme People's Court of Several Issues relating to the Application of the Marriage Law of the People's Republic of China (in effect since 13 August 2011) states that where spouses are in dispute over whether to have a child, causing the breakdown of their mutual affection and leading to one of the spouses seeking divorce, the people's court shall handle it in accordance to item (5) of paragraph 3 of Art. 32 of the Marriage Law if mediation fails; i.e. this can be a contributory circumstance to granting the divorce[105].

104 For instance art. 26, section 2, establishes that: "Citizens who undergo surgical operation for family planning shall enjoy leaves as specified by the State. Local people's governments may give them rewards". So, the negative impacts include pregnancies aborted under the pressure of state-imposed sanctions or other forms of coercion.

105 Judicial interpretations of the Supreme People's Court are available at en.pkulaw.cn.

It is conceivable that an EU-based judge might disregard this Chinese law provision, as it is seemingly manifestly incompatible with the public policy ("ordre public") of most Member States. Even if an EU definition of public policy remains lacking, EU regulations do specify that "the courts […] should not be able to apply the public policy exception in order to set aside the law of another State or to refuse to recognise or, as the case may be, accept or enforce a decision, an authentic instrument or a court settlement from another Member State when doing so would be contrary to the Charter of Fundamental Rights of the European Union […], and in particular Article 21 thereof on the principle of non-discrimination"[106].

The above reflects the legal situation until 1 January 2021. As already mentioned, China recently adopted its new Civil Code. Its Book V is dedicated to marriage and family (Arts. 1040 – 1118), though specific references to birth control and family planning seem to have been deleted.

For instance, Art. 1041 of Book V, Chapter I 'General Rules', is the former Art. 2 of the Marriage Law as revised in 2001. It now states that "A marriage system based on freedom of marriage, monogamy and equality between man and woman is applied. The lawful rights and interests of women, minors, the elderly and the disabled are protected", i.e. the final clause of Art. 2 of the Marriage Law referring to birth control practice has not been taken over in the new code[107].

The absence of any reference to family planning and birth control can be considered as an indication that the policy has been abandoned[108]. However, the list in the last article of the Chinese Civil Code (article 1260) of the statutes which, as of the Code's entry into force on 1 January 2021, will be repealed includes the Marriage Law and the Adoption Law of 1992 (which prohibits any breach of birth control by means of the adoption practice) but not the Population and Family Planning Law.

Arts. 25 and 49 of the 1982 Constitution respectively remain in force: "The state promotes family planning with a view to allowing population growth to

106 This is for instance the wording of recital 54 of Regulation (EU) 2016/1103. For some case law on the subject see, inter alia, Rizzuti, M.: "Ordine pubblico costituzionale e rapport familiari: I casi della poligamia e del ripudio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, no 10, pp. 604-627. See also Rizzuti, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, ESI, Napoli, 2016.

107 The last clause of Art. 2 of the Marriage Law of the PRC (as revised in 2001) states: "Birth control shall be practiced". The same reasoning can be applied to Articles 6 and 16. The first encourages late marriage and late child birth, a clause that has not been transposed into Article 1047 of the new Chinese civil code, while the second one, made up solely of the following sentence: "Both husband and wife shall be under the obligation of following the policy of birth control" is completely absent from the code.

108 Depending on regions and local conditions the one-child policy saw different degree of implementation and exceptions, since 2013, for instance, a second child was allowed if one of the parents (no more both of them) is an only child. The country seems to be realizing the social cost of the birth control policy and especially the one-child policy that also led to an alarming gender imbalance. For some details see Basten, S., Jiang, Q.: "China's Family Planning Policies: Recent Reforms and Future Prospects", *Studies in Family Planning*, vol. 45, 2014, pp. 493-509.

match the plans for economic and social development and "[…] Both husband and wife have the duty to practise family planning. […]". Similarly, the Population and Family Planning Law provisions will not be repealed by the Code. Rather than an indication that family planning policy is being abandoned, this is probably to be seen as an attempt to avoid the repetition of a duty enshrined in the Constitution and specified in the Population and Family Planning Law.

Nevertheless, the absence of any family planning or birth control provisions in the Code could limit the public policy exception. For instance, if EU-based judges are asked to apply Chinese law in relation to a transnational divorce after 1 January 2021, they will merely have to look at the Code (and possibly any judicial interpretations that the SPC decides to issue to clarify any of the Code's articles), without having to take account of the Population and Family Planning Law and its references to divorce.

In this way birth control will remain a domestic issue.

VIII. CONCLUDING REMARKS.

Properly translated, Chinese law can be defined as intelligible for European judges. At the end of the Opium Wars, China started to align its legislation with Western legal systems, even if legal transplants were not always easy and were reinterpreted to reflect "socialism with Chinese characteristics". With Chinese law guided by an inner logic, its understanding is dependent on a judge's knowledge of its Western characteristics and socialist principles, but also of the centuries-old traditions which sometimes still emerge in the legislative texts and also in judicial rulings and which the current President of the People's Republic of China is strongly promoting.

The universal application of the EU Regulations can be seen as a challenge for European judges especially when topics related to family law and more directly linked to Chinese traditions come into play. This is a significant yet potentially rewarding challenge.

BIBLIOGRAFY

AA.VV.: *Building Constitutionalism in China* (ed. S. Balme, M.W. Dowdle), Palgrave Mcmillan, New York, 2009.

AA.VV.: *Modelli giuridici europei della Cina contemporanea* (ed. G. Ajani, J. Luther), Jovene Editore, Napoli, 2009.

AA.VV.: *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China* (ed. M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher), Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

AA.VV.: *Diritto dell'Asia orientale* (G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo), Utet, Milano, 2007.

AA.VV.: *Law in Imperial China* (ed. D. Bodde, C. Morris), Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1967.

AA.VV.: *Les grands systèmes de droit contemporains* (R. David, C. Jauffret-Spinosi), 10ª ed., Dalloz, Paris, 1992.

AA.VV.: *Private Law in the External Relations of the EU* (ed. M. Cremona, H.W. Micklitz), Oxford Scholarship Online, 2016.

AA.VV.: *Chinese Migration to Europe. Prato, Italy, and Beyond* (ed. G. Johanson, N. Mc Auliffe, M. Bressan, L. Baldassar), Pelgrave Macmillan, London, 2015.

Ahl, B.: "Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination", *Issues & Studies*, 2006, vol. 42, pp. 171-203.

Basten, S., Jiang, Q.: "China's Family Planning Policies: Recent Reforms and Future Prospects", *Studies in Family Planning*, vol. 45, 2014, pp. 493-509.

Bodde, D.: "Basic Concepts of Chinese Law: The Genesis and Evolution of Legal Thought in Traditional China", *Proceedings of the American Philosophical Society*, 107, 1963, pp. 375-398

Bradley, D.: "A Note on Comparative Family Law: Problems, Perspectives, Issues and Politics", *Oxford U Comparative L Forum*, 2005, no 4.

Brown R.C.: *Understanding Chinese Courts and Legal Process: Law with Chinese Characteristics*, Kluwer Law International, London-Boston-The Hague 1997.

Bruno, P.: *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

Chen, A.H.Y., *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, LexisNexis, Hong Kong, 2011.

Chen, J.: *Chinese Law: Context and Transformation*, N. Nijhoff, Leiden-Boston, 2015.

Chen, W.: *The Beijing Consensus?: How China Has Changed Western Ideas of Law and Economic Development*, Cambridge University Press, 2017.

Cremona, M.: "Opinions 1/13 and 2/13 and EU External relations law", in Franzina, P.: (ed.), *The External Dimension,* Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 3-20.

Crespi Reghizzi, G.: "Cina 2003: L'osservatorio del giurista", 2003 available at: http://www.leggicinesi.it/dottrina/ReghizziCinaOsservatorioGiurista.pdf

Denby, C.: "Extraterritoriality in China", *American Journal of International Law*, 1924, vol. 18, pp. 667-675.

Diamant, N.J.: "Re-Examining the Impact of the 1950 Marriage Law: State Improvisation, Local Initiative and Rural Family Change", *The China Quarterly*, 2000, No. 16, pp. 171-198.

Dicks, A.R.: "The Chinese Legal System: Reforms in the Balance", *China Quarterly*, 1989, pp. 540-576.

Franzina, P. (ed.): *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, Intersentia, Cambridge, 2017.

Halley, J., Rittich, K.: "Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism", *Am. J. Comp. L,* vol. 58, 2010, pp. 753- 775.

Han, X., Zhang, W.: *Contemporary value systems in China*, Springer, Singapore, 2018.

Heilmann, S.: "Policy-Making through Experimentation: The Formation of a Distinctive Policy Process", in. AA. VV.: *Mao's invisible hand. The political foundations of adaptive governance in China* (ed. S. Heilmann, E.J. Perry), Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2011, pp. 62-101.

Hua, S.: "Shen Jiaben and the Late Qing Legal Reform (1901–1911)", *East Asia*, 2013, vol. 30, pp. 121-138.

Jernigan, T.R.: *China in Law and Commerce*, Macmillan, New York, 1905.

Jones, W.C. (translator): *The great Qing code* (with the assistance of T. Cheng, Y. Jiang) Larendon Press; Oxford, 1994.

Liang, Z.: "Law Politics and Social Change: Codification in China Since 1902", in AA.VV.: *Codici: Una riflessione di fine millennio* (ed. P. Cppellini, B. Sordi), Milano, Giuffrè, 2002, p. 401-427.

Lin Z., Hou, S.: *China's Supreme Court*, Routledge, New York, 2014.

Losano, M.G.: *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma 2000.

Lubman, S.: *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, Stanford, 1999.

MacCormack, G.: *The Spirit of Traditional Chinese Law*, The University of Georgia Press, Athens-London, 1996.

Menski, W.: *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa,* Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Micklitz, H-W.: "La mano invisibile del diritto private europeo in materia normativa. La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione", *EUI Working Papers*, 2010, no. 09.

Micklitz, H-W.: "The internal vs. the external dimension of European private law – a conceptual design and research agenda", *EUI Working papers*, 2015, no. 35.

Minzner, C.: "China After the Reform Era", *Journal of Democracy*, 2015, vol. 26, pp. 129-143.

Moccia, L.: *Il diritto in Cina*, Bollati Boringhieri, Torino 2009.

Monateri, P.G. (ed.): *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2012.

Peerenboom, R.: *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Peerenboom, R.: *China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

PONTI, E.: *La recezione del diritto privato occidentale in Cina fra il 1840 ed il 1949*, Edizioni Unicopli, Milano, 2006.

POPULATION COUNCIL (publisher): "Chinese Government White Paper on Family Planning", *Population and Development Rev.*, 1996, vol. 22, pp. 385-390.

QIN, Z., ZHOU, G.: "Pursuing Perfection: Formation of the Qing Code", *Modern China*, 1995, vol. 21, pp. 310-344.

ROBERTS, J.A.G.: *Storia della Cina*, il Mulino, Bologna, 2013.

ROSSI, P.:, "Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese", in AJANI, G., LUTHER, J. (ed.): *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 9-67.

SON, B.N.: "Sun Yat-Sen's Constitutionalism", *Giornale di Storia Costituzionale*, 2016, vol. 32, pp. 157-179.

TIMOTEO, M.: *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Libreria Bonomo, Bologna, 2005.

TOMÀŠEK, M., MÜHLEMANN, G.: *Interpretation of Law in China - Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague, 2011.

WATSON, A.: *Legal translants: an approach to comparative law*, University press of Virginia, Charlottesville, 1974.

WHITE, T.: *China's Longest Campaign Birth Planning in the People's Republic, 1949-2005*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 2006.

YIN, B.: "Chinese Socialist Legal System: Evolution and Principal Features", in TOMÀŠEK, M., MÜHLEMANN, G.: *Interpretation of Law in China - Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 123-142.

ZHANG, X.: "The New Round of Civil Law Codification in China", *University of Bologna Law Review*, 2016, vol. 1, p. 106-137.

LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD Y LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

PROTECTION OF THE MINOR VICTIM AND SECONDARY VICTIMIZATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 874-897

Silvia SEMPERE FAUS

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Desde el nacimiento de la Victimología se ha producido una progresiva influencia de esta ciencia en la normativa. Resulta imprescindible abordar el Estatuto de la Víctima aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril, que apuesta por la adopción de medidas que reduzcan la victimización secundaria de los menores de edad durante su paso por el proceso penal.

PALABRAS CLAVE: victimología; menores; victimización secundaria; víctima; proceso penal.

ABSTRACT: *Since the birth of Victimology, there has been a progressive influence of this science on regulations. It is essential to address the Statute of Victims approved by Act 4/2015, of April 27, which advocates the adoption of measures that reduce the secondary victimization of minors during their time in the criminal process.*

KEY WORDS: *victimology; minors; secondary victimization; victim; criminal process.*

SUMARIO.- I. LA VICTIMOLOGÍA Y LA PREOCUPACIÓN POR LAS VÍCTIMAS.- II. CONCEPTO DE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.- III. LA VICTIMIZACIÓN PROCESAL DEL MENOR.- IV. LA RELEVANCIA DE LA PREVENCIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA PARA EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DE DELITO.- V. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD A LA LUZ DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. - 1. Medidas de protección para toda víctima. - 2. El estatuto de protección hiperreforzado del menor de edad.- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. LA VICTIMOLOGÍA Y LA PREOCUPACIÓN POR LAS VÍCTIMAS.

El interés por la víctima del delito ha evolucionado en los últimos siglos, desde el papel protagonista de la víctima en el castigo del agresor mediante la venganza privada, a través de las leyes taliónicas o la compensación en bienes o dinero, a una justicia pública en la que el Estado se ocupa de la administración de la Justicia, tipifica los delitos, crea el procedimiento para su sanción y se centra en el delincuente contra quien dirige todo el aparato represivo, relegando en consecuencia a la víctima a una situación de olvido.

Recientemente, hemos asistido a una fase de resurgimiento de la víctima que le ha permitido recuperar cierto protagonismo en el castigo del delincuente, aunque en el marco de los principios de un Estado de Derecho garantista con el agresor.

Así, la víctima fue la protagonista en la Justicia de la Antigüedad, ella o sus familiares directos en caso de su muerte, debían castigar al delincuente por el daño que había causado. En la denominada "Edad de Oro victimal"[1], la víctima participaba en la imposición del castigo a través de la venganza privada. No obstante, se planteó la necesidad de su limitación debido a las atrocidades que se cometían por parte de la víctima o de sus familiares para vengar el delito sufrido, y de esta manera surgieron instituciones como la Ley del Talión, conocida

1 Varios autores coinciden en que el término Edad de Oro fue acuñado por Schaffer en su obra *Victimology: The Victim and his Criminal A Study in functional responsability*, en este sentido, *vid.* Herrera Moreno, M.: "Historia de la Victimología", en AA.VV.: *Manual de Victimología* (coord. por E. Baca baldomero, E. Echeburúa odriozola y J. Mª Tamarit sumalla), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 56; García-pablos De Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 117.

• Silvia Sempere Faus
Coordinadora Grado en Criminología. Licenciada en Derecho y en Criminología. Escuela de Doctorado de la UCV. Profesora de Introducción a la Criminología, Victimología, Proceso Penal. silvia.sempere@ucv.es

como el ojo por ojo y diente por diente, que suponía la aplicación de una pena al delincuente semejante al daño que había causado a la víctima. Esta ley realmente impuso unos límites al sistema de la venganza y a la intensidad del castigo aplicado al autor del delito[2].

La neutralización de la víctima o definitivo proceso de evaporación victimal[3] se produjo con el advenimiento del Estado de Derecho y su monopolización por parte del Derecho Penal. En el siglo VIII el "ius puniendi" y la reacción penal se convierte en monopolio estatal y la víctima en mero testigo en el proceso judicial, en un instrumento para la averiguación del hecho delictivo y la identificación del delincuente. El Estado se apropia así del castigo, y la víctima no tiene nada que decir en un proceso judicial penal de la que es excluida. Como señala Rodríguez Manzanera "(…) la víctima queda marginada, en el drama penal, para ser tan sólo un testigo silencioso, la ley penal apenas la menciona, la literatura científica la ignora, y por lo general queda en el más completo desamparo (…)'[4].

Tras largos siglos de esta etapa de abandono de la víctima, ésta comienza a resurgir tímidamente a partir de los años 60 y 70 del pasado siglo, recuperando un papel que había perdido. La víctima se redescubre y ostenta un mayor protagonismo pero sin volver a detentar la potestad que había tenido con la venganza privada[5]. Así, interesa la posición de la víctima en el proceso penal, su opinión, aquello que las víctimas tienen que decir durante el proceso y también en la determinación del castigo del agresor, como perjudicadas en el mismo y como sujetos que participan de forma activa en el proceso.

Este progreso en la posición de la víctima en el proceso continúa en la actualidad y sobre todo en los últimos años en los que la voz de las víctimas se escucha no sólo en el ámbito penal o judicial, sino también en el ámbito asistencial, el tratamiento del delito centrado en las víctimas o en la prevención de la victimización, entre otros.

En toda esta evolución ha sido fundamental la influencia de la Victimología, ciencia que se define por primera vez en el I Simposio Internacional celebrado en Jerusalén en 1973 como "el estudio científico de las víctimas", no sólo de las

2 Castelli, N.: "La Ley del Talión: crueldad o Justicia?", recurso electrónico, disponible en: https://bit.ly/OVAHOF (consultado el 25.04.2020).

3 Herrera Moreno, M.: *La hora de la víctima. Compendio de Victimología* (Prólogo de M. Polaino Navarrete) Edersa, Madrid, 1996, p. 64.

4 Rodríguez Manzanera, L.: *Victimología. Estudio de la víctima*, 12ª ed., Porrúa, México, 2010, p. 4.

5 Para Herrera Moreno, M.: "Sobre los orígenes científicos de la Victimología", *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1995, núm. 56, p. 508, la Victimología está muy lejos de propugnar una vuelta a las formas justicieras particulares, ni en su revisión histórica pretende cuestionar la arrogación por parte del Estado del monopolio de la Justicia. Con el advenimiento de la justicia oficial la víctima se convierte en una institución meramente mediata y funcional, convirtiéndose en una figura "intrahistórica", integrándose en un colectivo difuso sin ningún protagonismo social o jurídico.

víctimas de delitos sino de todo tipo de víctimas incluyendo a las que sufren por causa fortuita[6].

No obstante, el término Victimología se acuñó por primera vez por MENDELSOHN en 1947, quien "en sus investigaciones sobre las relaciones entre víctima y su criminal, ya se había planteado el eventual rol jugado por la víctima contribuyendo a su propia victimización"[7].

En un artículo publicado en 1956 en la "Revue international de criminologic et de police technique", denominado Victimología, señalaba la necesidad de incluir y estudiar a la víctima como nuevo campo del conocimiento[8]. Para este abogado israelí la Victimología debía interesarse por las víctimas de delito, así como por las víctimas de las catástrofes naturales y los factores de victimización, llegando así a ir más allá de la Criminología y del Derecho Penal.

Para otros autores, sin embargo, el precursor y padre de la Victimología fue el célebre criminólogo alemán VON HENTIG[9] quien en 1948 destacó la importancia de las víctimas como "pareja criminal" en el hecho delictivo en su obra "The criminal and his victim"[10], de ahí que los orígenes de esta ciencia se centran en el desarrollo de tipologías victimales[11] y el análisis de los factores de la víctima que precipitaban el hecho criminal. En esta obra estudió la etiología del delito y la interacción entre el autor y la influencia de la víctima como sujeto activo en la contribución del proceso delictivo, denominándola "pareja criminal".

Para TAMARIT SUMALLA, la Victimología puede definirse como "la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimización y desvictimización", es decir se ocupa del "(…)estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimización (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción

6 RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Victimología,* cit., p. 18.

7 SANGRADOR, J. L.: "La Victimología y el sistema jurídico penal", en AA.VV.: *Psicología social y sistema penal* (coord. por M. CLEMENTE DÍAZ y F. JIMÉNEZ BURILLO), Alianza Universidad, Madrid, 1986, p. 62.

8 DÍAZ COLORADO F.: "Una mirada desde las víctimas: el surgimiento de la Victimología. Ensayo", *Umbral Científico*, 2006, núm. 9, p. 142.

9 MÁRQUEZ CÁRDENAS, A.E.: "La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal", *Revista Prolegómenos. Derechos y Valore*s, vol. 14, 2011, núm. 27, pp. 27-42.

10 VON HENTIG trae al primer plano la interacción con la víctima, configura la "pareja criminal " o "pareja penal" para "(…) referirse al delincuente y a la víctima del delito, que tanta repercusión tendrá en los años sucesivos, particularizándola sobre las circunstancias delictivas y la personalidad de ambos", véase ampliamente sobre esta cuestión en MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M. y AGUILAR CÁRCELES, M. M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2ª ed., Dykinson S. L., Madrid, 2014, p. 6.

11 Sobre la clasificación de las víctimas de MENDELSOHN y VON HENTIG, *vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Victimología*, cit., pp. 151-164.

de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima"[12].

Persigue como sostiene García-Pablos De Molina una "redefinición global del estatus de la víctima y de las relaciones de ésta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, y los poderes públicos, la acción política (económica, social, asistencial, etc.)"[13].

Si se analiza el objeto de estudio de la Victimología desde el ámbito biopsicosocial, en el que se estudian todos los factores que influyen en que una persona se convierta en víctima; desde un ámbito criminológico, en el que se incluyen los supuestos en los que la víctima surge por su relación con un delincuente, centrándose en el plano de prevención e intervención terapéutica de las víctimas; o desde el punto de vista jurídico, en el que se estudia la relación de la víctima con la legislación penal o civil, incluyendo los casos de indemnizaciones de daños y perjuicios, cabría referirse a una Victimología general definida en sentido amplio, que se interesa no sólo por las víctimas de los delitos, sino por todas las víctimas, incluidas las de catástrofes naturales así como los procesos de victimización y desvictimización.

Sin embargo, la perspectiva de la Victimología que se estudia en el presente trabajo incluye la posición de la víctima del delito en un ámbito jurídico y concretamente en el Derecho procesal penal, centrándonos en la víctima menor de edad en un proceso penal de adultos. Consideramos pues, que la Victimología ha acercado el Derecho procesal a la víctima, permitiendo que desde el proceso se tutele no sólo al acusado sino también a la víctima. Una disciplina que se ha redefinido en los últimos tiempos y que ha conseguido influir en la tradición del Derecho penal y procesal para revertir su posición de convidada de piedra, reivindicando el reconocimiento de las víctimas.

II. CONCEPTO DE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

No hay mejor manera de comenzar que aludiendo a uno de los objetos que estudia la Victimología actual y que se ha desarrollado durante los últimos años que ha sido fundamentalmente el papel de la víctima en el sistema procesal penal y la victimización secundaria consecuencia de su participación en el proceso judicial.

Especial importancia merece el análisis del concepto de victimización secundaria, que supone para la víctima un nuevo daño al ya sufrido por el efecto

12 Tamarit Sumalla, J. Mª: "La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas", *Manual de Victimología*, cit., p. 17.

13 García-Pablos De Molina, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, cit. 2016, p. 120.

directo del delito, que le genera la experiencia negativa que supone su paso por el proceso penal.

Aller lo expresa claramente: "(…)se constata otra verdad insoslayable, porque estas personas[refiriéndose a las víctimas y testigos] padecen el delito y sus posteriores consecuencias directas, ya sea con esperas interminables, careos innecesarios, interrogatorios exhaustivos e inquisitivos, cosificación, masificación, despersonalización, indiferencia y, generalmente, vuelven a su vida cotidiana desengañados, defraudados, consternados por el vacío que sienten al ver que no son contemplados ni reciben nada tangible luego de tal conmoción"[14].

Pues bien, a los efectos o consecuencias directas del delito que se denomina victimización primaria[15], hay que añadir el aumento del sufrimiento inicial que se produce a lo largo del "iter" del proceso penal, puesto que cuando la víctima entra en contacto con el sistema penal, policial y/o judicial, experimenta la excesiva burocracia y dilación de los procedimientos, sufre la incomprensión de los operadores jurídicos y del propio sistema que incluso las ignora. En ocasiones las víctimas son tratadas como acusados en los interrogatorios, sufren la falta de tacto o la incredulidad ante su relato de determinados profesionales, se enfrentan a su agresor cara a cara en las declaraciones en el juicio oral, o no se sienten reparadas por la sentencia.

Efectivamente, la victimización primaria refleja los efectos directos de carácter físico, económico, psicológico y/o sociológico que se producen en la víctima como consecuencia del hecho delictivo. Se trata de la victimización inicial que sufre la víctima del delito, que implica padecimientos psicológicos, además del daño material o físico, que producen ansiedad, miedo, angustia, incluso culpabilidad, que influyen en el ámbito de la víctima y sus relaciones personales y profesionales, y que por tanto procede directamente del hecho delictivo.

La victimización secundaria, sin embargo, se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal[16], bien la policía o el sistema judicial, que incrementa el daño causado a la víctima de forma exponencial tras su paso por el proceso penal. En consecuencia, el maltrato que la víctima recibe por parte de las instituciones puede agravar el daño psicológico a la víctima, siendo con cierta frecuencia más grave a veces que la victimización primaria.

14 Aller, G.: *El derecho penal y la víctima*, B de F, Buenos Aires, 2015, p. 341.

15 Para Landrove Díaz, G.: *La moderna Victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 49, "la victimización primaria refleja la experiencia individual de la víctima y las diversas consecuencias perjudiciales primarias producidas por el delito, de índole física, económica, psicológica o social".

16 Landrove Díaz, G.: *La moderna,* cit., p. 50.

De forma muy ilustrativa, la Recomendación núm. R (2006) 8, de 14 de junio de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre asistencia a las víctimas de delitos, la define como la "victimización que se produce no como resultado directo del hecho delictivo, sino por la respuesta de las instituciones y los particulares a la víctima" (art. 1.3.)[17].

No obstante, en la legislación española estatal no encontramos una definición de la victimización secundaria, tampoco ha sido definida por la Ley 4/2015 de 25 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD)[18] , si bien en el ámbito legislativo catalán, la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, en su art. 3 inciso h, la conceptúa como "(…)el maltrato adicional ejercido contra las mujeres que se hallan en situaciones de violencia machista como consecuencia directa o indirecta de los déficits –cuantitativos y cualitativos– de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables, así como por las actuaciones no acertadas provenientes de otros agentes implicados".

Si bien es cierto que recientemente el Observatorio contra la violencia doméstica y de género ha definido la victimización secundaria como "las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Supone, un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas e inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a las necesidades de las mismas"[19].

Llegados a este punto, cabe concluir por tanto que la gravedad de la victimización secundaria estriba en que es el propio sistema el que victimiza y provoca sufrimiento a la víctima que ya ha sido objeto de una primera victimización directa por las consecuencias negativas del propio delito. La víctima acude al sistema judicial solicitando protección y justicia, pero el sistema se vuelve nocivo hacia la víctima y frustra sus expectativas de reparación, de acogimiento, de asistencia, en definitiva, de una justicia más humana que empatice con su sufrimiento y evite situaciones que provocan una constante revictimización.

17 "Secondary victimisation means the victimisation that occurs not as a direct result of the criminal act but through the response of institutions and individuals to the victim", *vid.* Resolución en inglés, recurso electrónico, disponible en https://cutt.ly/9wsKpU6 (consultado el 25.04.2020).

18 Ley 4/2015 de 25 de abril del Estatuto de la víctima del delito. B.O.E. de 28 de abril de 2015, núm. 101, pp. 1-31.

19 Véase la "Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género", recurso electrónico, disponible en: https://bit.ly/2G4Bo7s (consultado el 25.04.2020).

III. LA VICTIMIZACIÓN PROCESAL DEL MENOR.

En estrecha relación con lo que venimos diciendo, la victimización secundaria, sin embargo, se agudiza cuando la víctima es un menor de edad, puesto que las secuelas psicológicas son más graves, de ahí la importancia de extremar el cuidado en el procedimiento judicial mediante la adopción de medidas de protección.

Así pues, cuando la víctima es un niño o niña y, sobre todo de delitos de carácter sexual o malos tratos, la victimización secundaria es mayor, y cobra más importancia reducirla o evitarla, tanto por la mayor vulnerabilidad del menor de edad, como por la mayor atención que merecen los niños por parte de las instituciones, pues algunos autores han llegado a hablar incluso de maltrato institucional al referirse a la victimización secundaria de los menores[20].

A partir de lo expuesto, se evidencia que los reiterados interrogatorios a los que se enfrentan los menores de edad, las exploraciones periciales durante la instrucción del procedimiento, que se multiplican hasta llegar a la declaración en el juicio oral, producen un efecto pernicioso en el desarrollo psicológico del menor. Esta victimización secundaria que sufren todas las víctimas se incrementa en el menor de edad cuyo desarrollo cognitivo todavía no ha finalizado, por ello debe limitarse todo lo posible el contacto del menor con el sistema judicial y evitar que sufra en mayor medida por el sistema que por el propio delito del que ha sido víctima.

Cuando el menor tiene que declarar en el juicio oral, generalmente ha transcurrido mucho tiempo desde los hechos, el niño ha iniciado desde el punto de vista psicológico un proceso de recuperación o ha quedado con secuelas permanentes[21].

La situación de juicio supone un elevado nivel de estrés para el niño puesto que ha de recordar hechos dolorosos, tiene que presenciar al agresor o aunque no lo presencie, sabe que está en la Sala, y por ello puede sentir miedo, añadido a que el contexto de la Sala de vistas no es adecuado para niños y ha de responder a preguntas en un lenguaje que no suele entender[22].

20 Morillas Fernández D.L.: *Victimología*, cit., p. 525, se refiere al maltrato institucional como cualquier tipo de medida legislativa, programa, procedimiento, o actuación de los poderes públicos, que pudiera conllevar para el menor cualquier tipo de menoscabo en su correcta y adecuada maduración, distinguiendo una modalidad activa que sería por ejemplo la realización de exploraciones innecesarias durante el proceso penal, y una modalidad omisiva como la promoción de nuevas actuaciones legislativas respecto a los derechos del menor agotadas en falsas expectativas.

21 Sobre el daño psicológico en un niño que sufre delitos violentos, véase ampliamente Echeburúa, E., Corral, P. y Amor, P.J.: "Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos", *Psicothema*, 2002, núm. 14, pp. 139-146.

22 Hernández Sánchez, J.A.: "El menor, víctima en el proceso penal. Aspectos psicológicos y tratamiento", *Protección de menores en el Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, XII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 28.

Concluyendo con este epígrafe conviene resaltar que para evitar la victimización secundaria es necesario configurar un sistema de protección de la víctima menor de edad que tenga en cuenta el interés superior de los niños y niñas. El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado desde el punto de vista jurídico, una cláusula general que debe ser interpretada y aplicada en cada supuesto[23], y las resoluciones judiciales deben asegurar esos derechos fundamentales a los menores que no pueden actuar por sí mismos, de forma independiente, para reclamar su efectividad[24].

IV. LA RELEVANCIA DE LA PREVENCIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA PARA EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DE DELITO.

Y con la finalidad de evitar esta victimización secundaria se promulga en España el Estatuto jurídico de la víctima del delito que contempla en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transpone la Directiva 2012/29/UE[25] y, de otro, recoge la particular demanda de la sociedad española. Responde así a la toma de conciencia de la Unión Europea en los últimos años sobre la necesidad de protección y protagonismo de las víctimas en el sistema de justicia penal. Efectivamente, la LEVD pretende convertirse en un catálogo de derechos de las víctimas de delitos, así lo dispone en su Exposición de Motivos[26], y para ello reconoce unos derechos transversales al proceso penal que abarcan desde el inicio del proceso, incluso antes en la propia etapa de investigación, hasta después de su terminación.

23 Como explica De Torres Perea J.M.: "Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán", *Anuario de derecho civil*, vol. 59, 2006, núm. 2, p. 679, la doctrina alemana cuyo ordenamiento jurídico es de los más avanzados en la protección jurídica del menor, que viene estudiando el interés del menor desde los años setenta, considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor.

24 Vela Sánchez, A.J.: "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2013, Año XXXIV, núm. 8162, Ref. D-333, La Ley, p. 1.

25 Véase la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. D.O.C.E de 14 de noviembre de 2012, L 315, pp. 57-73.

26 Los derechos que sistematiza la LEVD son de diversa índole. En primer lugar unos derechos generales de las víctimas, tales como el derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso desde el primer contacto de las víctimas con las autoridades o funcionarios y, en segundo lugar los que la propia Ley denomina en su Título Primero como derechos básicos de las víctimas, en los que recoge el derecho a entender y se entendida, derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes, derechos de la víctima como denunciante, derecho a recibir información sobre la causa penal, derecho a la traducción e interpretación, el establecimiento de un período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima, así como derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo. Todos ellos, derechos de carácter extraprocesal que son comunes a todas las víctimas independientemente de que éstas sean parte o no en un proceso penal o ejerzan algún tipo de acción, incluso anteriormente a su inicio. En tercer lugar, la LEVD establece los derechos procesales de la víctima, recogidos en el Título II, arts. 11 a 18, algunos de ellos a su vez con derechos específicos de concreción y desarrollo, como sucede con el derecho a la participación en el proceso penal, como se verá, aunque prácticamente todos ellos ya están regulados en la LECrim, duplicación normativa que puede dar lugar en ocasiones a problemas de interpretación.

Parece que con la nueva regulación la victimización que sufren las víctimas de hechos delictivos se pretende reducir y para ello la LEVD regula en su Título III (arts. 19 a 26) unas medidas de protección para las víctimas durante el proceso penal y medidas específicas para cierto tipo de víctimas que abordaremos a continuación desde la perspectiva del menor de edad.

Y especifica aquellas medidas que establece para prevenir la victimización secundaria, como son la obtención de la declaración de la víctima sin demora tras la denuncia, la reducción del número de declaraciones y reconocimientos médicos al mínimo necesario, así como garantizar a la víctima su derecho a hacerse acompañar, no ya solo del representante procesal, sino de otra persona de su elección, salvo resolución motivada.

En este sentido, el art. 19 proclama el derecho de las víctimas a la protección[27] con la finalidad de "(…) evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada". Se prevén medidas de protección para todas las víctimas reguladas en los arts. 20 y 21 de la LEVD, y que por tener carácter general evidentemente resultan de aplicación a los menores de edad.

De esta manera, el art. 20 reconoce el derecho de toda víctima a que se evite el contacto entre ésta y el infractor durante todo el procedimiento penal, esto es, en fase de investigación y durante el juicio oral con arreglo a la LECrim y a los artículos 21 y ss. de la LEVD. Se trata de un derecho no sólo de la víctima del delito sino también de sus familiares, y un derecho que adquiere especial relevancia en cuanto su efectividad cuando la víctima del delito es menor de edad. Sin embargo, para que sea posible el ejercicio de este derecho es necesario que en los Juzgados existan dependencias judiciales y medios adecuados para evitar el contacto directo entre ambas partes en conflicto, lo que no siempre es posible todavía en muchos órganos judiciales, debido a la inexistencia de salas de espera separadas para las víctimas, la no generalización del uso de la videoconferencia para las declaraciones de las víctimas[28], e incluso el no uso de parabanes en muchos juicios orales.

27 Según Gómez Colomer, J. L.: *Estatuto Jurídico de la víctima del delito (La posición jurídica de la víctima ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en España)*, Aranzadi, Pamplona, 2ª Ed., 2015, p. 369, de acuerdo con lo establecido en la LECrim, las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento, adoptarán las medidas necesarias para garantizar la vida, integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, de la víctima y de sus familiares. Y concreta que "en el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso", protección que debe dispensarse cuando se reciba declaración a la víctima o a sus familiares, o en la prueba testifical en juicio.

28 Debe fomentarse el uso de las tecnologías, por ejemplo, la videoconferencia que permite respetar los principios de inmediación y contradicción. Así, en la STS 21 septiembre 2016 (ROJ STS 4103/2016), la menor prestó declaración en el juicio oral a través de un circuito cerrado de videoconferencia desde otra sala para garantizar en la medida de lo posible su incolumidad, considerándose por el Tribunal que no se había vulnerado el principio de inmediación propia del juicio oral ni tampoco el derecho de contradicción de la defensa "al permitir su intervención para hacer, a través de la Presidenta del Tribunal, las preguntas que considerase atinentes a su derecho y que fueran consideradas pertinentes por aquélla" (FJ. 2º).

Cabe subrayar que la LEVD se refiere a las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, por lo que no recoge otras dependencias como pudieran ser las policiales. Pero nada dice el Estatuto de la existencia de espacios reservados para las víctimas, como sí lo hace la Directiva 2012/UE/29 en su art. 19.2 en el que obliga a los Estados que las nuevas dependencias de los tribunales cuenten con salas de espera separadas para las víctimas, pese a que no obliga a tenerlas en los tribunales ya existentes[29]. Sin embargo, en la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia se dispone que "se adoptarán las medidas necesarias para que la víctima no coincida con el agresor cuando ambos se encuentren en dependencias judiciales a la espera de la práctica de cualquier actuación"[30]. Por ello, en el caso de que no existan salas separadas o espacios reservados para las víctimas, lo que ocurre en casi la totalidad de los órganos judiciales españoles, habrá que adoptar las medidas necesarias para que víctima y agresor no se encuentren, pues el espíritu de la norma es evitar la victimización secundaria y si la LEVD no dispone la previsión de los recursos económicos para crear salas específicas para las víctimas, serán los operadores jurídicos los que tendrán que adaptar los recursos de los que disponen- recuérdese que la Disposición adicional segunda, dispone sobre los medios que: "Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal".

Por su parte, el art. 21 contempla una serie de medidas de carácter general para la protección de todas las víctimas independientemente de que se determinen necesidades especiales de protección tras la evaluación individual prevista en el art.23, a la vez que establece la obligación de las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal de velar por que la medida no perjudique la eficacia del proceso, concepto este último de difícil determinación, por lo que habrá que estar al caso concreto. Estas medidas son la toma de declaración de las víctimas sin dilaciones injustificadas; la posibilidad de que puedan estar acompañadas además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir; la reducción al mínimo imprescindible de reconocimientos médicos y en concreto, la previsión para los menores de edad de que se les reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible.

Respecto a la medida de la toma de declaración de las víctimas sin dilaciones injustificadas, la LEVD no establece que se hará una vez se haya presentado la denuncia como sí lo prevé la Directiva 2012/UE/29, por lo que supone una mejora

29 Oromí I Vall-Llovera, S.: "Víctimas de delito en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE", *Revista General de Derecho Procesal*, Madrid, 2013, núm. 30, p. 20.

30 Véase la "Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia", recurso electrónico, disponible en: https://bit.ly/3aDc5nb (consultado el 26.04.2020).

de la regulación española que amplía la toma de declaración sin dilaciones incluso cuando no haya denuncia del particular y la investigación se inicie de oficio[31].

El derecho de las víctimas a estar acompañadas además de por su representante procesal, por una persona de su elección, es un gran avance en la legislación pues permite que la víctima que se encuentra en un entorno poco conocido para ella pueda en cierta manera tener un apoyo, lo que sin duda reducirá su victimización secundaria. Sin embargo, este derecho puede restringirse por resolución motivada del funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma. Una vez más la Ley establece una indeterminación ya que no contempla las causas por las que podría excluirse la presencia del acompañante, ni tampoco establece qué tipo de resolución, un auto o providencia del Juez, o una resolución del Letrado de la Administración de Justicia, nada concreta la LEVD, sobre la forma que ha de revestir dicha decisión. No obstante, se podría aplicar la exclusión a supuestos en los que el acompañante sea además testigo de los hechos o en el caso de que intervenga en la declaración de la víctima interrumpiendo, o que su presencia pueda cohibir a la víctima.

La reducción del número de reconocimientos médicos es otra de las medidas que pretenden disminuir la victimización secundaria de las víctimas que generalmente son llamadas a personarse ante el médico forense en multitud de ocasiones a lo largo del procedimiento, si bien la LEVD dispone que se lleven a cabo cuando sean imprescindibles para los fines del proceso penal.

Uno de los derechos que cobra especial relevancia para las víctimas menores de edad es el derecho a la protección de la intimidad de las víctimas y sus familiares recogido en el art. 22, aunque el precepto no concreta las medidas que los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal han de acordar para la protección de este derecho, limitándose a disponer que serán "(…) aquellas necesarias para proteger la intimidad (…)".

Debido a ello, es necesario acudir a las previstas en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, principalmente a la LECrim, reformada por la LEVD en varios preceptos relativos a la protección de las víctimas. Así, el art. 301bis establece la norma general de que el Juez o Tribunal pueda acordar cualquiera de las medidas del art. 681.2. Este precepto establece limitaciones en el desarrollo del juicio oral tales como la prohibición de la divulgación o publicación de información que pueda facilitar la identificación de víctima, así como de imágenes de la víctima o de sus familiares. En la misma línea el art. 682 prevé la restricción de la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en el juicio y de la grabación de todas o

31 Tinoco Pastrana, A.: "El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección", *Processo penale e giustizia*, 2015, núm. 6, p. 8.

algunas audiencias. Por su parte, el art. 707 establece que, en caso de necesidad, a las declaraciones de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección se les pueden aplicar medidas para evitar la confrontación visual con el inculpado. Y el art. 709 dispone la posible adopción de medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. En este artículo se protege también la imagen, pero debería haberse incluido de forma expresa en el caso de los menores de edad, aunque en el artículo 34 del estatuto se disponga el fomento de la autorregulación de los medios de comunicación social en orden a preservar la intimidad, dignidad y los demás derechos de las víctimas.

Brevemente señalar puesto que no es objeto de análisis en el presente trabajo, la previsión que realiza el art. 23 sobre la realización de una evaluación individual de la víctima para la determinación de qué medidas de protección de las reguladas en los arts. 25 y 26 deben ser adoptadas para evitar a la víctima perjuicios relevantes que, de otro modo, pudieran derivar del proceso[32]. Se fijan de esta forma, las circunstancias particulares de las víctimas que se tendrán en consideración, así como el catálogo de delitos cuyas víctimas tendrán especial valoración[33].

En consecuencia, el derecho de protección de las víctimas menores de edad se evidencia en el texto del Estatuto que además prevé unas medidas de protección para hacerlo efectivo, tal y como se expondrá a continuación.

V. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD A LA LUZ DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.

En el ámbito internacional, las Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos de 2005[34] establecen unas medidas de protección y derechos para las víctimas menores de edad durante el proceso penal teniendo en cuenta su vulnerabilidad y la victimización secundaria[35].

32 Para un análisis pormenorizado de este artículo, *vid*. García Rodríguez, M.J.: "Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal", *Revista General de Derecho Procesal*, 2017, núm. 41.

33 La LEVD en su art. 23 relativo a la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, señala que dicha evaluación tendrá en cuenta "si se trata de víctimas menores de edad o de víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurran factores de especial vulnerabilidad", por lo que distingue al menor de las víctimas vulnerables y de las necesitadas de especial protección.

34 Dictadas por el Consejo Económico y Social, ONU, E/2005/20, de 10 de agosto de 2005, recurso electrónico, disponible en: https://bit.ly/1sFEhJf (consultado el 25.04.2020).

35 En el aptdo. V se subraya la importancia de que los menores sean tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso de justicia, la profesionalidad de quienes traten con niños durante la investigación, "con el fin de evitar al niño mayores sufrimientos"; en su aptdo. VII el derecho a ser informados, entre otras cuestiones de los procedimientos aplicables en el proceso de justicia penal para adultos y menores,

También las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad[36] son instrumentos que reconocen a los menores de edad los mismos derechos que a las personas adultas y las garantías específicas que les correspondan en su condición de menores de edad. Se trata de normas internacionales que, en virtud de los arts. 10.2, 39 y 93 a 96 de la Constitución Española (en adelante, CE), forman parte de nuestro ordenamiento interno.

En el ámbito europeo, cabe destacar la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo[37], por la que de acuerdo con el art. 34 CDN, los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales.

Esta Directiva reconoce a los menores de edad, prácticamente los mismos derechos que los de las víctimas con carácter general que posteriormente han sido reconocidos por la Directiva 2012/29/UE para todas las víctimas de delitos[38]. Y en lo que nos interesa, reconoce el derecho a la protección del menor teniendo en cuenta su interés superior (considerandos 30 y 32), y en cuanto a la protección de los menores, víctimas en las investigaciones y procesos penales el considerando 20 recoge el derecho a la protección de la intimidad del menor, a que se celebre la audiencia a puerta cerrada, a la utilización de las tecnologías adecuadas para que el menor pueda ser oído sin estar presente en la sala.

Así el art. 25 regula las medidas de protección de las víctimas que pueden adoptarse durante la fase de investigación y la fase de enjuiciamiento para toda clase de víctimas, aplicables también a los menores de edad, mientras que el art. 26 establece además de las previstas en el art. 25 unas concretas medidas para los menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

incluido el papel de los niños víctimas y testigos de delitos, la importancia, el momento y la manera de prestar testimonio, y la forma en que se realizará el "interrogatorio" durante la investigación y el juicio. En especial alude a la victimización secundaria en su aptdo. XI cuando se refiere al derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia, y recomienda tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad.

36 Véanse las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores "Reglas de Beijing", adoptadas por la asamblea general en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, recurso electrónico, disponible en: https://uni.cf/2HVLuTW.C (consultado el 25.04.2020). Y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), recurso electrónico, disponible en: https://bit.ly/2zU9W7m (consultado el 25.04.2020).

37 Recurso electrónico, disponible en: https://bit.ly/2RD4tYF (consultado el 25.04.2020).

38 Reconoce así, derechos varios como, el derecho a la prevención del delito, el derecho a la consideración de víctimas especialmente vulnerables, el derecho a denunciar, el derecho a la adecuada formación de las personas que intervienen en las actuaciones y tienen contacto con menores, el derecho a la investigación y enjuiciamiento de los delitos de oficio, el derecho a la asistencia y apoyo de las víctimas de delitos, el derecho a la representación legal o el asesoramiento jurídico gratuito cuando no tenga suficientes recursos económicos, incluso a efectos de reclamar una indemnización.

1. Medidas de protección para toda víctima.

Pues bien, en este punto es importante empezar con las medidas del art. 25 que se concretan durante la fase de investigación en la toma de declaración en dependencias concebidas o adaptadas para ello[39], por profesionales con formación sobre victimización secundaria y que en la medida de lo posible sea la misma persona la que realice todas las declaraciones a una misma víctima. Respecto a la formación de las personas que en el sistema judicial tienen contacto diariamente con las víctimas, el art. 30 prevé su formación en los principios de protección a las víctimas, lo que implica a nuestro entender la importancia de fomentar la coordinación institucional que permita dicha formación.

También contempla en determinados supuestos como los delitos contra la libertad o indemnidad sexual , las víctimas de trata con fines de explotación sexual y los delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, que la declaración se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal. Probablemente la Ley con esta previsión ha pretendido evitar que víctimas de delitos de carácter sexual puedan sentirse incómodas en una declaración ante una persona del sexo contrario, sin embargo, si el Juez de Instrucción competente no es del mismo sexo que la víctima, no va a ser posible cumplir la previsión legal salvo que un compañero le sustituyera lo que parece poco viable. Consideramos que esta previsión no era necesaria pues lo importante es que la persona que tome declaración sea una persona formada en la atención a las víctimas y especializada en determinados delitos en los que las víctimas son más vulnerables, como la violencia sexual o la violencia de género, con independencia de su sexo, aunque en el supuesto de que la víctima sea menor de edad sí que adquiriría relevancia.

Por su parte, durante la fase de enjuiciamiento, el precepto establece medidas que eviten el contacto visual entre víctima y agresor; que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas; medidas tendentes a evitar que se formulen preguntas innecesarias relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia y la celebración de la vista oral sin presencia de público. Asimismo, prevé que dos de las medidas especiales de protección que la LEVD contempla

39 Ya las Pautas sobre Justicia en causas relativas a niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) en el aptdo. 14 exige un ambiente adecuado para que los menores intervengan en los procedimientos, teniendo en consideración, las especiales necesidades del niño, sus habilidades, edad, madurez intelectual y capacidad. Recurso electrónico, disponible en: https://bit.ly/3aEUScZ (consultado el 25.04.2020).

para la fase de enjuiciamiento como son evitar el contacto visual entre las víctimas y el infractor, además de evitar preguntas relativas a la vida privada y que no tienen relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, puedan aplicarse también durante la fase de investigación.

2. El estatuto de protección hiperreforzado del menor de edad.

El menor de edad[40] se considera legalmente como una víctima especialmente vulnerable si bien nuestra legislación no define dicho concepto, sino que se puede considerar que los menores lo son porque el ordenamiento jurídico les dota de una protección especial, y la protección del interés del menor es un principio que lo inspira[41].

De especial relevancia resultan las medidas específicas dirigidas a los menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que se regulan en el art. 26 a modo de estatuto de protección hiperreforzado[42] y que consisten fundamentalmente en que las declaraciones recibidas durante la fase de investigación sean grabadas por medios audiovisuales y puedan ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la LECrim, concretamente en su art. 433, que ha sido modificado por el Estatuto en su D.A. Primera, aptdo.11[43].

De este modo se garantizan con un plus de protección los derechos de las víctimas menores de edad con medidas como la grabación por medios audiovisuales de la declaración en fase de investigación y la posibilidad de recibir la declaración por medio de expertos, así como la posibilidad de designación de un defensor

40 El art. 1 Convención de Derechos del niño de 1989 define qué debe entenderse por niño como "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". El art. 1 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, reproduce la definición de la Convención de Derechos del niño en el sentido de estimar que el ámbito de aplicación de la misma son los menores de 18 años. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, establece que cuando la víctima sea menor de edad, los Estados miembros velarán por que en la aplicación de la misma prime el interés superior del menor y sea objeto de una evaluación individual. En su art. 2 aptdo. c) se define "menor" como cualquier persona menor de 18 años.

41 Pelayo Lavín, M.: "¿Es necesaria la presencia del menor-víctima en el juicio oral?", en AA.VV.: *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/América* (coord. por T. Armenta Deu y S. Oromí Vall-Llovera), Colex, Madrid, 2010, p. 230.

42 Así se refiere Villacampa Estiarte C.: "La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID", en AA.VV.: *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015* (coord. por J.Mª Tamarit Sumalla), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 287, a las medidas del art. 26 LEVD.

43 *Vid.* un exhaustivo análisis jurídico y jurisprudencial de la grabación audiovisual de las declaraciones de menores de edad en Sempere Faus, S.: "La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria", *Revista General de Derecho Procesal*, 2019, núm. 48.

judicial para la víctima y la presunción de minoría de edad en los supuestos de incerteza en su determinación[44].

Estas específicas medidas se establecen para "evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito"[45] y se adoptarán conforme lo dispuesto en la LECrim.

Para ello, la LEVD reforma a través de su Disposición Final Primera[46], varios arts. de nuestra ley rituaria y en relación a las medidas de protección cabe destacar los arts. 301, sobre el carácter reservado de las diligencias sumariales y las posibles responsabilidades por la revelación de las diligencias practicadas; la introducción del art. 301 bis sobre la protección a la intimidad de la víctima; los arts.433 y 448 sobre la forma de practicarse la toma de la declaración de las víctimas/testigos[47]; las medidas de naturaleza civil del art. 544.ter aptdo.7; las medidas del nuevo art. 544 quinquies en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del CP; la celebración a puerta cerrada del juicio oral prevista en el art. 681 o la restricción de la presencia de los medios de comunicación del art. 682; la evitación de la confrontación visual entre testigo e inculpado conforme el art. 707; así como la adopción de medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado.

Las anteriores modificaciones hacen referencia a las víctimas de delito con carácter general y muchas de ellas establecen prevenciones específicas para aquellas víctimas menores de edad o con capacidad judicialmente modificada, pero lo cierto es que se ha creado un "modelo procesal excepcional" aplicable a los menores víctimas de cualquier conducta delictiva, no sólo de delitos sexuales,

44 Coincido con Villacampa Estiarte, C.: "La protección", cit. p. 291, en que la forma en que se halla redactada la presunción de minoría de edad resulta de pésima técnica legislativa, pues el art. 26.3 LEVD establece que se debe presumir en todo caso que la persona que se cree menor lo es cuando no puede determinarse su edad al redactarse " cuando existan dudas sobre la edad de la víctima y no pueda ser determinada con certeza , se presumirá que se trata de una persona menor de edad, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley", sin atender a la apariencia física de la víctima como menor que es lo que determina la Directiva 2012/29/UE . En este sentido, la Directiva 2012/29/UE establece en su art. 24.2 que cuando no se conozca con certeza la edad de una víctima y haya motivos para pensar que es menor de edad, se presumirá, a efectos de la propia Directiva, que dicha víctima es menor de edad.

45 Art. 26.1 LEVD.

46 Modificación que realiza a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del parlamento europeo y del consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

47 Para Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Penal*, Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., 2015, p. 588, "el art. 448 LECrim garantiza la posibilidad de contradicción o de participación en la prueba testifical a la defensa, pues de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6.3.d) Convenio de Roma de 1950 y el art. 14.3e) Pacto de Nueva York de 1966, es un derecho que asiste a todo imputado el de "interrogar y contra interrogar a los testigos de cargo y de descargo", pero el precepto no garantiza la exigencia efectiva de la contradicción, ya que según el TS (STS 7 de junio de 1995 [RJ 1995, 4543]), las partes tienen la carga de asistir al interrogatorio, pero, si no lo hacen, ése es su problema: la declaración testifical gozará de pleno valor probatorio".

creando un auténtico y excepcional "Estatuto procesal de la víctima menor de edad"[48].

Sobre la declaración de los menores de edad es importante que se reciba por medio de expertos si bien la LEVD lo establece con carácter potestativo. La LEVD permite así acudir a la prueba preconstituida para las declaraciones de los menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de una especial protección[49], pues practicada la prueba con todas las garantías para el investigado, de derecho de defensa y principio de contradicción se evitan los efectos negativos de volver a declarar varias veces sobre los mismos hechos, que en delitos de carácter sexual, supone un trauma para la víctima.

Respecto a la intervención de expertos, tras la reforma no se modifica el carácter potestativo de la declaración del menor ante un experto[50], y por el Tribunal Supremo se ha considerado la importancia de la aportación activa de sus conocimientos o habilidades propias del experto, si bien "eso no significa que el interrogatorio lo dirija el experto, sino el Juez de Instrucción con intervención de las partes presentes, bajo el control de aquél y por medio instrumental del experto"[51].

También merece destacarse la previsión de la LEVD sobre la posibilidad de los Jueces de nombrar un defensor judicial[52] a las víctimas menores de edad o con capacidad judicialmente modificada para que asuma sus intereses en el proceso penal, designación que se realizará a instancias del Ministerio Fiscal cuando valore que los representantes legales tienen con la víctima un conflicto de intereses, cuando el conflicto de intereses exista con uno de los progenitores y el otro

48 Díaz Pita, Mª P.: "La declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal a la luz de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativo al Estatuto de la víctima en el proceso penal", en *La víctima,* cit., p. 161.

49 La STS 14 octubre 2015 (ROJ STS 4426/2015) condensa la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se plantea la cuestión relativa a la declaración en el proceso de menores víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, en atención a la necesidad de preservar su integridad psíquica sin perjudicar los derechos de defensa, una doctrina que parte de la necesidad de garantizar dicho derecho pero también de proteger adecuadamente a las víctimas. El TS sostiene en dicha sentencia que la declaración de la menor es válida puesto que se realizó como prueba preconstituida con la intervención de expertos para garantizar en la medida de lo posible la incolumidad de la menor asegurando así mismo la inmediación propia del juicio oral y el principio de contradicción al permitir la intervención de la representación del acusado para las menores, a través de los citados expertos, y con la formulación de las preguntas que considerase atinentes a su derecho y que fueran admitidas como pertinentes por el Juez.

50 Anteriormente el art. 433 LECrim decía "Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos…" y tras la reforma por la LEVD, establece que "(…) el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal (…)".

51 *Vid*. sobre esta cuestión la STS 11 febrero 2020 (ROJ STS 449/2020).

52 Sobre la figura del defensor judicial de los menores de edad, *vid*. Obado Olabarrieta M.: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", *Revista Jurídica de Castilla y León*, septiembre 2019, núm. 49, pp. 43-83.

no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima o cuando la víctima no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Cabe concluir que la preocupación por las víctimas ha aumentado en los últimos años gracias a la prolífica normativa internacional, europea y nacional que ha propiciado que las víctimas dejen de ser invisibles para muchos de los sistemas jurídicos penales actuales. En España, la regulación por la LEVD del derecho a la protección de las víctimas y la incorporación por tanto a la legislación española de las medidas de protección analizadas ha contribuido sobre el papel a reducir la victimización secundaria de las víctimas de delitos menores de edad en su relación con el sistema judicial penal, sin embargo resulta necesaria su implementación en la realidad del día a día de los Juzgados y Tribunales, en los que todavía queda mucho camino por recorrer para que las víctimas dejen de sentirse maltratadas por las instituciones que operan en nuestro sistema de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Aller, G.: *El derecho penal y la víctima*, B de F, Buenos Aires, 2015.

Castelli N., "La Ley del Talión: crueldad o Justicia?", recurso electrónico, disponible en: https://bit.ly/OVAHOF (consultado el 25.04.2020).

De Torres Perea J.M.: "Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán", *Anuario de derecho civil*, vol. 59, 2006, núm. 2, pp. 675-742.

Díaz Colorado F.: "Una mirada desde las víctimas: el surgimiento de la Victimología. Ensayo", *Umbral Científico*, 2006, núm. 9, pp. 141-159.

Díaz Pita, Mª P.: "La declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal a la luz de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativo al Estatuto de la víctima en el proceso penal", en AA.VV.: *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/América* (coord. por T. Armenta Deu y S. Oromí Vall-LLovera), Colex, Madrid, 2010, pp. 144-166.

Echeburúa, E., Corral, P. y Amor, P.J.: "Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos", *Psicothema*, 2002, núm. 14, pp. 139-146.

García-pablos De Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

García Rodríguez, M.J.: "Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal", *Revista General de Derecho Procesal*, 2017, núm. 41.

Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Penal*, Civitas-Thomson Reuters, 2ª Ed., 2015.

Gómez Colomer, J. L.: *Estatuto Jurídico de la víctima del delito (La posición jurídica de la víctima ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en España)*, Aranzadi, Pamplona, 2ª Ed., 2015.

Hernández Sánchez, J.A.: "El menor, víctima en el proceso penal. Aspectos psicológicos y tratamiento", *Protección de menores en el Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, XII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pp. 13-63.

Herrera Moreno, M.: "Sobre los orígenes científicos de la Victimología", *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1995, núm. 56, pp. 481-517.

Herrera Moreno, M.: *La hora de la víctima. Compendio de Victimología* (Prol. M. Polaino Navarrete), Edersa, Madrid, 1996.

Herrera Moreno, M.: "Historia de la Victimología", en AA.VV.: *Manual de Victimología* (coord. por E. Baca baldomero, E. Echeburúa odriozola y J. Mª Tamarit sumalla), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51-78.

Landrove Díaz, G.: *La moderna Victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

Márquez Cárdenas, A.E.: "La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal", *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 14, 2011, núm. 27.

Morillas Fernández, D. L., Patró Hernández, R. M. y Aguilar Cárceles, M. M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2ª ed., Dykinson S. L., Madrid, 2014.

Obado Olabarrieta M.: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", *Revista Jurídica de Castilla y León*, septiembre 2019, núm. 49, pp. 43-83.

Oromí I Vall-LLovera, S.: "Víctimas de delito en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE", *Revista General de Derecho Procesal*, Madrid, 2013, núm. 30.

Pelayo Lavín, M.: "¿Es necesaria la presencia del menor-víctima en el juicio oral?", en AA.VV.: *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/América* (coord. por T. Armenta Deu y S. Oromí Vall-LLovera), Colex, Madrid, 2010, pp. 229-234.

Rodríguez Manzanera, L.: *Victimología. Estudio de la víctima*, 12ª ed., Porrúa, México, 2010.

Sangrador, J. L.: "La Victimología y el sistema jurídico penal", en AA.VV.: *Psicología social y sistema penal* (coord. por M. Clemente Díaz y F. Jiménez Burillo), Alianza Universidad, Madrid, 1986, pp. 61-90.

Sempere Faus, S.: "La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria", *Revista General de Derecho Procesal*, 2019, núm. 48.

TAMARIT SUMALLA, J. Mª: "La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas", en AA.VV.: *Manual de Victimología* (coord. por E. BACA BALDOMERO, E. ECHEBURÚA ODRIOZOLA y J. Mª TAMARIT SUMALLA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp.17-50.

TINOCO PASTRANA, A.: "El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección", *Processo penale e giustizia*, 2015, núm. 6.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2013, Año XXXIV, núm. 8162, Ref. D-333, La Ley.

VILLACAMPA ESTIARTE C.: "La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID", en AA.VV.: *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015* (coord. por J.Mª TAMARIT SUMALLA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 241-304.

OBLIGACIONES ESTATALES POSITIVAS DE PREVENCIÓN Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN CIVILES PARA VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO. UNA APUESTA A FAVOR DE SU REGULACIÓN*

POSITIVE OBLIGATIONS OF STATES REGARDING PREVENTION AND CIVIL PROTECTION MEASURES FOR VICTIMS OF DOMESTIC AND GENDER-BASED VIOLENCE. A COMMITMENT TOWARDS THE CREATION OF A CIVIL PROTECTION ORDER

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 898-929

*Este artículo ha sido redactado en el marco de una estancia de investigación en el Instituto Max Planck de Heidelberg y ha contado con la financiación de la Fundación Manuel Serra.
I would like to thank Albin Dearing for giving me the opportunity for carrying out the interviews that inspired this article. I would also like to thank Verena Tadler for the discussions maintained with me regarding Austrian law during my stay at Vienna and via e-mail after the modification of the Sicherheitspolizeigesetz.

Raquel BORGES BLÁZQUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Las órdenes de protección son las medidas más utilizadas para la protección de las víctimas de violencia de género y doméstica debido a la relación de afectividad (presente o pasada) que existe entre las partes. En España, las órdenes de protección se otorgan en el ámbito de un proceso penal siendo necesario la existencia de un hecho previo que, como mínimo, revista caracteres de delito. El Convenio de Estambul establece entre las obligaciones estatales positivas la obligación de prevención. Es por ello que podríamos plantearnos el uso de medidas de protección civiles centradas en la prevención en vez de en la represión y el castigo. Además, nos permitiría acercarnos a otros países europeos pues la mayoría de nuestros países vecinos hacen uso de órdenes de protección civiles.

PALABRAS CLAVE: Medidas de protección; prevención; obligaciones estatales positivas; Unión Europea; protección civil.

ABSTRACT: *Protection orders are the most widely used measures for the protection of gender and domestic violence victims because of the affectivity relationship between the parties. In Spain, protection orders are granted in criminal proceedings and require the existence of a prior event that, at least, has the characteristics of a crime. The Istanbul Convention establishes the obligation of prevention among the positive obligations. We could consider the use of civil protection measures focused on prevention instead of repression and punishment. Furthermore, it would allow us to move closer to other European countries as most of EU countries use civil protection orders.*

KEY WORDS: *Protection measures; prevention; positive state obligations; European Union; civil protection.*

SUMARIO.- I. PREVENCIÓN DEL RIESGO Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.- 1. Órdenes de protección y riesgo.- A) ¿Qué es el riesgo?- B) Readaptación del concepto riesgo en víctimas de violencia de género.- C) El instrumento de la orden de protección. Especial referencia a la realidad europea.- 2. Obligaciones estatales positivas de protección.- A) El Convenio de Estambul.- B) Las órdenes de protección como instrumento para la prevención.- II. LA REALIDAD ESPAÑOLA: ELEMENTOS CLAVE DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN ESPAÑOLA CON LA MIRADA PUESTA EN EUROPA.- 1. Ámbito de aplicación.- 2. Presupuestos para la adopción de una orden de protección.- 3. Tipos de órdenes de protección.- A) La orden de protección como medida cautelar.- B) La orden de protección como medida asegurativa de sentencia.- 4. El quebrantamiento de la orden de protección y sus consecuencias.- III. LA ÚLTIMA RATIO.- IV. BREVE REFERENCIA AL CASO DE AUSTRIA.- 1. Ámbito de aplicación.- 2. Tipos de órdenes de protección y presupuestos para su adopción.- 3. El quebrantamiento de la orden de protección y sus consecuencias.- V. CONCLUSIÓN: A MODO DE PROPUESTA LEGE FERENDA. MEDIDA CAUTELAR CIVIL.

I. PREVENCIÓN DEL RIESGO Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.

"*Para*" es una conjunción de finalidad. Otorgamos una orden de protección (en adelante, OP) *para* lograr proteger a las víctimas frente a un riesgo o peligro[1]. "La peligrosidad es una condición probabilística, no un hecho, y aún si la persona no inflige lesiones a nadie, no por ello deja de ser peligrosa hasta cierto punto"[2].

1. Órdenes de protección y riesgo.

Conocer el riesgo deviene fundamental para la emisión y ejecución de una medida de protección, ya sea nacional o transnacional[3]. Aunque no existen factores

1 Un estudio comparado sobre medidas de prevención para la reincidencia en la Violencia de género puede leerse en: Salas, L. y Cazaro Johannig, A.T.: "El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU" en AA.VV.: *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dir. por M. Roig Torres), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-52; Kilchlinh, M.: "Preventive detention in Germany" en AA.VV.: *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dir. por M. Roig Torres), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

2 Lorente Acosta, M.: "Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo", *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* 2012. núm. 19, p. 192.

3 "In practice, judges and public prosecutors take all sorts of factors into account, most of them related to the effectiveness of the protection, the proportionality of the order in relation to the unwanted behavior, and personal circumstances of the offender. As a result, the average scope of a prohibition to enter an area is rather limited. The scope of an order that prohibits someone to enter a certain area usually varies from the victim's home. POs with a more extensive scope –covering villages, towns or cities- are very rare. Also, if the offender works in a certain area or if his family and friends live there, the PO will be drafted in

• Raquel Borges Blázquez
Contratada POP, Departamento de Derecho Administrativo y Procesal, Universidad de Valencia. Correo electrónico: raquel.borges@uv.es

específicos, los expertos indican una serie de factores que deben ser tenidos en cuenta: el riesgo de violencia en un periodo de tiempo, la proporcionalidad de la medida, la seriedad de la conducta, la naturaleza del instrumento que se está utilizando para prevenir dicho riesgo, la personalidad y actitud del agresor una vez haber sido impuesta una OP, posibles medidas de protección anteriores y sus violaciones…siendo que de éstos el más importante será el riesgo de reiteración delictiva[4].

A) ¿Qué es el riesgo?

La valoración del riesgo es un juicio de probabilidad que busca predecir el (re) abuso[5]. La casuística nos muestra como determinados delincuentes cometen actos violentos que tienden a ser repetidos generando un problema de reincidencia criminal y evidenciando el riesgo de violencia para sus víctimas. La peligrosidad, además de ser un concepto jurídico, también lo es en el lenguaje cotidiano. En el sentido jurídico se considera una categoría legal por la que conocemos el riesgo de una persona con un historial delictivo de cometer nuevos delitos. La peligrosidad siempre ha estado ligada a los delitos violentos y por eso ha sido un enigma que han tratado de resolver profesionales de la psiquiatría, psicología y la medicina forense. La creencia de que la peligrosidad es la causa de la conducta violenta ha mantenido entre los profesionales una suerte de quimera según la cual, si se "acertaba" en la identificación de este atributo se garantizaba la seguridad y la prevención de la reincidencia. En ciertos casos ha sido así, pero en otros muchos se han producido falsos negativos al rechazar la peligrosidad en individuos que han vuelto a cometer delitos. O falsos positivos, al identificar peligrosidad en un sujeto que no vuelve a comportarse violentamente en el futuro. Las consecuencias de ambos errores son penosas para la sociedad y para el individuo. Lo que identifica la conducta violenta es la intención del agresor –causar daño- y los efectos sobre la víctima –el daño efectivamente causado-[6]. Tradicionalmente se relacionó la peligrosidad con una condición del agresor, inherente a su forma de ser o a su estado psicopatológico. La actual gestión del riesgo se basa en comprender por qué el sujeto decidió actuar violentamente en el pasado, determinar si los factores de riesgo/protección que influyeron en su elección siguen presentes y lo estarán en el futuro y en promocionar los factores que pueden llevar a tomar decisiones

such a way that family and work relations may remain intact". Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states", *Daphne,* http://poems-project.com/wp-content/uploads/2015/04/Intervict-Poems-digi-1.pdf, p. 95.

4 Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation", cit. pp. 99-11.

5 Por todos: Echeburúa, E. y Andrés-Pueyo, A.: "Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación", *Psicothema*, 2010, vol. 22, núm. 3, pp. 403-409; Esbec Rodríguez, E.: "Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2003, vol. 3, núm. 2, pp. 45-64; González-Méndez, R. D.: Santana-Hernández, J.: "Perceived risk and safety-related behaviors after leaving a violent relationship", *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, núm. 6, 2014, p. 2.

6 Lorente Acosta, M.: "Violencia contra las mujeres", cit., pp. 192-198.

no violentas. Hace referencia a la aplicación de los conocimientos disponibles generados en los diversos estudios de valoración del riesgo para reducir tanto las conductas como sus efectos[7].

A propósito su valoración, el párrafo 116 del asunto Osman[8], indica que teniendo en cuenta las dificultades de vigilar en las sociedades modernas, la imprevisión del comportamiento humano y los recursos limitados por parte de los agentes estatales (policía, juzgados, etc.), la obligación de proteger a los ciudadanos tiene que ser interpretada en un modo que no imponga consecuencias desproporcionadas a las autoridades estatales. No cualquier reivindicación de riesgo puede obligar a las autoridades a actuar y adoptar medidas que prevengan la materialización de ese riesgo. Es por ello que deviene tan importante el estudio y la gestión de riesgo, para así poder distinguir entre riesgos de imposible realización y riesgos de posible realización que requieren la adopción de medidas cautelares de protección precisamente para así poder evitar la materialización de éste.

B) Readaptación del concepto riesgo en víctimas de violencia de género.

La mayoría de personas que acuden a juzgados especializados en violencia intrafamiliar lo hacen buscando la emisión de una OP. Estas medidas pueden tener un carácter temporal o definitivo[9]. Las órdenes de protección forman parte de la prevención terciaria, es decir, medidas dirigidas a evitar que se vuelva a producir una nueva agresión, una vez que se han producido otras agresiones previas. Una forma mediante la que la protección de las víctimas puede ser garantizada es incapacitando físicamente a sus agresores, esto es, privándolos de libertad para que dejen de atacar o amenazar a sus víctimas. Una alternativa menos invasiva son las órdenes de protección, en cuyo caso una autoridad judicial ordenará a la persona violenta que debe dejar a *su* víctima en paz[10]. La sociedad ha evolucionado y hoy el riesgo es el nuevo miedo[11]. Por esto sorprende que, en la sociedad del riesgo, donde muchos de los peligros se imaginan, determinados riesgos objetivos permanezcan ausentes en la conciencia de quienes sufren su impacto[12]. Lorente

7 Lorente Acosta, M.: "Violencia contra las mujeres", cit., pp. 192-198.

8 STEDH Osman v. The United Kingdom, núm. 97/1997/871/1083, 28 Octubre 1998.

9 Salas, L. y Cazaro Johannig, A.T.: "El tratamiento jurídico", cit., pp. 42-43.

10 Traducción libre de: "One way in which protection can be procured is py physically incapacitating violent persons: by placing them in detention they can be prevented from attacking or harassing their victims anew. A less invasive alternative, however, is to issue a protection order, in which case a judicial authority orders the violent person to leave the victim in peace" (traducción propia), Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 31.

11 Para comprender el fenómeno de la sociedad del miedo deviene lectura indispensable: Barona Vilar, S.: "Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)", *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, núm. 22, pp. 64-91.

12 Estudios demuestran que las personas que no han sido maltratadas condenan de manera más enérgica el maltrato en: Vega Rodríguez, M.T.; Moro Gutiérrez, L.: "La representación social de los malos tratos infantiles en la familia: factores psicosociales que influyen en la percepción de las conductas de maltrato", *Psychosocial Intervention*, 2013, núm. 22, pp. 7-14.

ACOSTA pone de relieve una situación paradójica y es que cuanto más seguros estamos en una sociedad existe una mayor conciencia del riesgo, y aquellos grupos más vulnerables y sometidos a mayores peligros son los que manifiestan sentir menos riesgo[13].

Hay una característica[14] de las víctimas de violencia de género[15] que no encontramos en ningún otro tipo penal y es la relación de afectividad existente entre víctima y agresor[16]. La relación de afectividad es, junto al desequilibro en que se encuentran las partes del conflicto[17], la clave interpretativa de este tipo de delitos[18]. Estas características hacen que el riesgo inherente a las víctimas de violencia de género sea diferente al riesgo de víctimas de delitos comunes. Y es precisamente debido a este riesgo que, sentencia VAN DER AA, las víctimas de crímenes repetitivos por el mismo agresor muestran una necesidad adicional de protección frente a la reincidencia[19]. La realidad de las víctimas de violencia de género no se ajusta al marco conceptual del resto de delitos. La mayoría de la violencia interpersonal tiene un componente instrumental, pero la violencia interpersonal por género tiene un componente estructural, es decir, se construye a partir de las normas de convivencia y de las referencias socio-culturales. Esto hace que este tipo de violencia sea normalizada y justificada dentro de la cultura androcéntrica que da lugar a ella. Además, es diferente en cuanto a las motivaciones que utilizan los agresores para llevarla a cabo. La normalización y la diferencia deben ser tenidas en cuenta para identificar los elementos que debilitan el sistema

13 LORENTE ACOSTA, M.: "Violencia contra las mujeres", cit., p. 186.

14 En este mismo sentido se pronuncia VAN DER AA, S.: "Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?", *Springer*, 2012, vol. 18, pp. 183-184: "Crime victims who are affected by non-recurrent or incidental crimes, such as a single robbery or assault, are in some respects better off than other victims. Once the incident has taken place, they can file a report with the police, they can sue for damages and, if necessary, they can work on their mental and physical recovery. The incident is clearly limited in time and apart from a possible encounter in court the victims are generally not confronted with the same offender again. The situation for victims of course-of-conduct crimes, such as stalking or domestic violence, is much more complicated. Due to the offender's obsession with the victim or due to the ongoing violent relationship, the chances of these victims being victimized for a second, third or even tenth time by the same offender are much higher than the chance for the average victims. As long as the violent or harassing incidents keep recurring, victims remain under a constant threat, something which is not conducive to their recovery. In a random community survey, some stalking victims even reported that they would prefer a physical assault over the chronic, psychological nuisance that these repeat offences had brought along.".

15 Para la LOVG el requisito que diferencia a este tipo de víctimas de las víctimas de otros delitos es la existencia de una relación de afectividad con un reparto de roles sustentado en la desigualdad.

16 Debido a esta relación, muchas veces tienen hijos en común. ECHEBURÚA, E y DEL CORRAL, P.: "Violencia en las relaciones de pareja. Un análisis psicológico", en AA.VV.: *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar* (dir. J.R. AGUSTINA SANLLEHÍ), Edisofer, Madrid, 2010, p. 145 inciden en el hecho de que la violencia contra la pareja afecta a los hijos, aunque no exista un maltrato directo sobre éstos pues viven en una esfera de miedo e incertidumbre.

17 Existe un desequilibrio en el momento en el que una de las partes hace uso de la violencia física o psicológica de manera más o menos habitual para doblegar la voluntad de la otra.

18 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Capítulo 14: Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", en AA.VV.: *Justicia civil y penal en la era global* (ed. por S. BARONA VILAR), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 418.

19 "Research findings indicate that one of women's primary concerns in seeking legal intervention is protection for themselves and their children". VAN DER AA, S.: "Protection Orders", cit., p. 184

de protección frente a este tipo de violencia, así como para implementar medidas y procedimientos que solventen la situación actual[20]. Conocer algunos de los elementos del riesgo en mujeres puede ser fundamental para evitar una agresión. Pero entre la invisibilidad por ocultación y la visibilidad desplazada a los arrabales de la sociedad (por ser consideradas como conductas patológicas o por pensar que se deben a factores marginales) la violencia ha estado presente debido a que el rechazo y la crítica solo se ha centrado sobre las manifestaciones más intensas y graves en el resultado[21]. En el discurso público hablamos de Tolerancia Cero, pero a la vez justificamos el acto[22].

C) El instrumento de la orden de protección. Especial referencia a la realidad europea.

Definir qué es una OP no es un asunto baladí. Oliveras Jané afirma que las órdenes de protección son las medidas más extendidas y eficaces de que disponemos en la actualidad para garantizar la seguridad de las víctimas de violencia de género (nacional y transnacionalmente) pues, debido al tipo de medidas que en éstas se reconocen, se denota una relación personal, estrecha y de proximidad entre víctima y agresor[23]. Así, aunque no existe una definición universalmente aceptada podemos formular una definición con carácter general basada en las similitudes existentes entre las diferentes formas y prácticas de órdenes de protección[24]. Para incluir todos los tipos de OP[25] será importante no coger una definición muy restrictiva. La definición general deberá cubrir cualquier regla o conducta impuesta para influir en el comportamiento de una persona con el ánimo de proteger a

20 Lorente Acosta, M.: "Análisis forense del sistema de protección europeo frente a la violencia de género: límites y carencias de la Orden Europea de protección", *Diario La Ley,* 2018, núm. 9114, p. 1.

21 Lorente Acosta, M.: "Violencia contra las mujeres", cit., p. 191.

22 Lorente Acosta, M.: *Mi marido me pega lo normal,* Ares y Mares, España, 2001.

23 Oliveras Jané, N.: "La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea", *Diario La Ley,* 2019, núm. 9334, pp. 2-3.

24 "The question of how a protection order should be defined is not a straightforward one. The problem is that there is no universally accepted definition. The majority of definitions is based on national legislation which only apply to domestic situation. Given that protection orders legislation varies per country, these definitions cannot easily be transposed to other jurisdictions. If we, for instance, focus on criminal protection orders, we find that there are many means, pre-trial as well as post-trial, in which the criminal justice system can impose restraints upon a suspect or a convicted offender in order to protect the victim. In some countries the courts have the possibility to suspend the sentence under the condition that the offender desists from contacting the victim. Another option is to have the courts impose a protection order as an autonomous sanction, independent of another (suspended) sentence. In yet other countries, the police can issue a formal warning, the public prosecutor can impose a protection order in exchange for a waiver from prosecution, or the courts can attach a protection order to probation or to an early release from prison. In the UK and Ireland, the courts can even impose protection orders after the acquittal of the accused. A description of a criminal protection order as: 'a release from (preventive) custody under certain conditions' would therefore be too narrow to capture the wide spectrum of protective measures" Van Der Aa, S, "Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?", Springer, vol. 18, 2012, pp. 185-186.

25 Son los ordenamientos nacionales de los diferentes EEMM los que establecen las prohibiciones concretas que pueden aplicarse en cada caso para proteger a la víctima, el ámbito de aplicación del instrumento y las autoridades encargadas de acordar y supervisar dichas medidas. Oliveras Jané, N.: "La articulación de las medidas", cit., p.2.

otra persona. Teniendo esto en consideración, podemos tomar como ejemplo de OP la designada por el legislador europeo que lo que busca es cubrir todas las medidas de protección existentes en los diferentes Estados miembros (en adelante, EEMM)[26]. Una definición general de OP podría ser: cualquier decisión, provisional o final, adoptada por una autoridad civil, administrativa o penal que impone reglas de conducta -prohibiciones u obligaciones- a la persona causante del peligro con la intención de proteger a otra persona de cualquier acto que pudiese dañar su vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad personal o integridad sexual[27].

La OP tiene su origen en la *protection order* utilizada en Estados Unidos o Australia[28]. Podemos definirla[29] como el mandamiento emitido por un juez para proteger a una persona frente a otra con validez para todo el territorio estatal. La *protection order* está compuesta por una serie de obligaciones que su destinatario deberá cumplir, so pena de quebrantamiento, como pueden ser la prohibición de poseer armas de fuego o la prohibición de mantener contacto directo o indirecto con el sujeto pasivo de la orden. Su ámbito y duración variará en atención al peligro para la víctima que el juez aprecie. La *protection order* transmite dos mensajes importantes al agresor. El primero es un aviso formal de que su conducta es inaceptable y, aunque todavía no le pueda ser impuesta una pena -el derecho penal debe ser la última ratio tras un juicio justo con respeto del principio de contradicción y demás garantías procesales básicas-, sí cabe imponerle una restricción a su libertad mediante la *protection order.* El segundo mensaje es que la orden ha sido dictada por una autoridad y que debe ser respetada. En caso de persistir en su actitud y no cumplirla en sus términos puede (y debe) ser castigado por ese motivo.

Los diferentes EEMM de la UE albergan una gran cantidad de instrumentos de órdenes de protección. Resulta curioso que, siendo éste un instrumento jurídico utilizado en la totalidad de EEMM, los diferentes esquemas[30] de protección en los

26 Van De Watering, E.J.E.: "Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders", 2013, p. 8.

27 Van Der Aa, S.: "Protection Orders", cit., p. 186.

28 Entre otras, las páginas web de Michigan y del condado de Kent o del Estado de Nueva York, que contiene un sistema interactivo para que el ciudadano solicite la Orden de Protección: https://www.nycourts.gov/courts/nyc/family/faqs_domesticviolence_sp.shtml

29 Encontramos una definición amplia y omnicomprensiva en los informes POEMS "A protection order is a decision, provisional or final, adopted as a part of a civil, criminal, administrative or other procedure, imposing rules of conduct (prohibitions, obligations or limitations) on an adult person with the aim of protecting another person against an act that may endanger his/her life, physical or psychological integrity, dignity, personal liberty or sexual integrity". Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 5.

30 A propósito del riesgo, resulta curioso el caso de Reino Unido e Irlanda, donde una OP puede ser impuesta incluso aunque el acusado haya sido absuelto. En el caso de Irlanda, puede imponerse una OP de hasta 7 años sin necesidad de que la persona haya sido condenada. Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation", cit., pp. 35-36; p. 50 y p. 63.

EEMM de la UE nunca antes hubiesen sido el sujeto de un estudio en profundidad ni a nivel legislativo ni a nivel doctrinal[31]. Como brillantemente sostienen los informes POEMS, a pesar de que las órdenes de protección se encuentran en las distintas agendas políticas, a día de hoy nos falta una visión global sobre cómo debe construirse la protección de las víctimas en los EEMM[32].

A rasgos generales, el contenido de la *protection order* puede ser sintetizado del siguiente modo:

1º) Los datos de las personas afectadas (víctima, victimario y terceras personas que por su relación con la víctima se estime que también deberán ser protegidas).

2º) La fecha en que la orden fue emitida.

3º) La fecha de expiración, en caso de que la orden la tenga (no siempre resulta posible saber cuándo va a expirar la situación de peligro).

4º) La firma del juez.

5º) Las restricciones que debe cumplir el destinatario de la orden (que variarán en atención al riesgo objetivo apreciado por el juzgador, así como las posibilidades de que dispone el victimario para atentar contra la víctima).

6º) Los datos identificativos de la autoridad emitente de la orden[33].

La OP a su vez puede ser de dos clases: la *peace bond* que es aquella emitida por un juez civil en el ámbito de la jurisdicción de familia; y la *restraining order* emitida por un juez penal. En la práctica, puede recibir variadas denominaciones como *stay away order, order of no contact, injunction for protection, harassment order, restraining order, stalking protection order, orders not to abuse, etc*[34]. Por lo que respecta a las medidas de protección en la Unión, la distinción entre órdenes de protección nacionales no es como el legislador europeo sugiere. No existe la dicotomía países con medidas de protección civiles *versus* países con medidas de protección penales. No todo es blanco o negro, existen órdenes de protección penales, civiles, administrativas, casi criminales, penales con medidas civiles, etc.

31 Van Der Aa, S.: "Protection Orders", cit., p. 188; Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 105.

32 "The available data, nevertheless, suggest, that there are enormous discrepancies amongst protection order laws and levels of protection across the EU. The question of whether the EPO and the EPM still able to function well in those circumstances then becomes relevant". Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation", cit., pp. 33-34.

33 Delgado Martín, J.: "La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", *Revista Xurídica Galega. Colaboracións,* 2013, núm. 39, pp. 86-88.

34 "Órdenes de Protección", http://www.endvawnow.org/es/articles/410-ordenes-de-proteccion.html; Van De Watering, E.J.E.: "Criminal Protection Orders", cit., 2013; Van Der Aa, S.: "Protection Orders", cit., p. 186.

Además, la gran mayoría de países cuentan con diversas medidas de protección, aunque normalmente tengan predilección por usar un tipo de medidas y no otro[35]. Es el caso de Austria, donde existen órdenes de protección administrativas, civiles y penales. No obstante, en la práctica se suele comenzar con una orden de protección administrativa que expira a las dos semanas y, si la víctima lo solicita y se dan los presupuestos para ello, puede convertirse en una orden de protección civil. El uso de las órdenes de protección penales, en cambio, es muy residual.

2. Obligaciones estatales positivas de protección.

Si bien los derechos liberales clásicos se limitaron a reconocer a favor del ciudadano obligaciones negativas o de omisión en sus derechos frente al Estado, el Estado constitucional moderno se ha encargado de introducir acciones positivas[36] y derechos de prestación por parte del Estado a sus ciudadanos como parte de los Derechos Fundamentales[37]. Ambos postulados se aplican no solo frente a las acciones del Estado, sino también frente a las del particular si el Estado no adoptó las medidas necesarias para evitar las lesiones producidas, esto es, el derecho de sus ciudadanos a ser protegidos[38]. Es el denominado deber de diligencia exigible por acciones u omisiones que dieron lugar a la muerte o al daño grave de la víctima[39]. Esta diligencia debida le es aplicable y exigible al Estado en relación con las obligaciones de prevención, detección y erradicación de la discriminación de la

35 Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 221.

36 Martínez García, E.: "La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea", en AA.VV.: *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. Etxebarría Estankona, I. Ordeñana Gezuraga, G. Otauza Zabala), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 350.
En este mismo sentido, "It is clear from case law under the European Convention on Human Rights that the obligation imposed on states are not simply negative obligations, there may be a positive obligation on the state to take action in order to ensure that the right is protected". Graham, C.: "Human Rights and the Privatisation of Public Utilities and Essential Services", en AA.VV.: *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation* (eds. K. De Feyter, F. Gómez Isa), Intersentia Antwerp - Oxford, 2005, p. 41.

37 "El punto de partida teórico es la afirmación según la cual, del reconocimiento de parte del Estado, de un derecho fundamental derivan, conjuntamente, obligaciones negativas y positivas a cargo del mismo Estado. Las primeras son, esencialmente, deberes de abstención de conductas directamente lesivas del derecho; estos deberes se vinculan a los agentes estatales y corresponden al contenido clásico liberal de los derechos fundamentales, que nacen históricamente para tutelar al ciudadano contra los abusos de los poderes públicos. Las segundas corresponden, en cambio, a la pretensión de los ciudadanos a recibir tutela de parte del Estado contra agresiones a sus derechos provenientes de terceros, e implican, entonces, un deber de actuar a cargo del Estado: es decir, de tomar todas las medidas exigibles en grado de prevenir similares agresiones". Viganò, F.: "La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales", *Polit. Crim.*, 2014, vol. 9, núm. 18, p. 444.

38 "International human rights law requires not only that the states do not violate human rights themselves, but also that they take positive steps to ensure that human rights are not violated in horizontal relationships –between individuals- either. Although interpersonal violence perpetrated by individuals usually belongs to the realm of national criminal justice systems, a systematic and discriminatory non-enforcement of violent crimes may constitute a violation of international human rights nevertheless, for example if violence against women is systematically not investigated or prosecuted. These positive obligations include, first, that the state must have an adequate legal framework in place to guarantee that human rights are respected, and second, that the state must have an adequate legal framework in place to guarantee that human rights are respected, and second, that the laws are enforced with due diligence". Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 32.

39 A este respecto, Vegas Aguilar, J. C.: "La responsabilidad del Estado desde la perspectiva de género", en AA.VV.: *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-227.

mujer recogidas, entre otros, en el Convenio de Estambul[40]. En otras palabras, "no hacer es tanto como incumplir su obligación de remover todos los obstáculos que fundamentan y ahondan en la discriminación prohibida: el Estado es responsable por no cambiar un modelo sistémico (…) desigualitario"[41].

A) El Convenio de Estambul.

El Convenio de Estambul establece un marco integral de actuación sobre la base, por un lado, de los principios de igualdad y de no discriminación y, por otro, de diligencia debida. A partir de estos pilares se delimita la extensión de las obligaciones y de la diligencia debida de los Estados para garantizar la eliminación de todo tipo de violencia contra las mujeres. En los capítulos dedicados al derecho material y procesal se aprecian mayores avances al regular cuestiones como el mandato de tipificar penalmente ciertas conductas (por ej. la violencia sexual). Su art. 47 estipula que las partes adoptarán las medidas legislativas, o de otro tipo, necesarias para considerar la posibilidad de tener en cuenta, en el marco de la apreciación de la pena, las condenas firmes dictadas en otro Estado parte del Convenio por los delitos previstos en éste. Del mismo modo, en los arts. 52 y 53 se prevé la adopción de medidas de protección específicas para las víctimas o personas en riesgo. Pero esta previsión no implica que las medidas de protección de víctimas a nivel UE pierdan su sentido. La Convención de Estambul es de ámbito global y aspira a ser ratificada por la mayor parte posible de Estados en todo el mundo. Además, a diferencia de las medidas de protección de víctimas dentro del ámbito de la Unión (entre otras, Directiva 2011/99/UE y Reglamento (UE) 606/2013), el Convenio no establece obligaciones estrictas de cooperación judicial siendo, en cierto modo, complementario de éstas[42].

40 Con el objetivo de romper el ciclo de desigualdad y violencia basada en el género al que se encuentran continuamente expuestas las mujeres, el Consejo de Europa adoptó en 2011 un Convenio para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, que fue abierto para su firma en Estambul en mayo de 2011. Este Convenio supone una nueva vía de protección para las víctimas de violencia de género a nivel paneuropeo, constituyendo el único instrumento legal vinculante en Europa, y el tratado internacional de mayor alcance a la hora de abordar la violencia contra las mujeres. Mediante la aceptación del Convenio, los Gobiernos se obligan a cambiar su legislación y a introducir medidas prácticas que den lugar a una transformación social que desemboque en un contexto de tolerancia cero hacia la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Por primera vez en la historia, el Convenio establece que la violencia de género no puede ser considerada como un asunto privado, sino que, por constituir una violación de DDHH, los Estados tienen la responsabilidad legal de proporcionar a las mujeres víctimas una tutela adecuada y efectiva frente a ésta. Con la firma y ratificación del Convenio, los Estados se comprometen, de acuerdo con su art. 5, a abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres, y a tomar las medidas legislativas necesarias para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia que se encuentran dentro de los sujetos al Convenio y que han sido llevados a cabo por actores no estatales. Morgades Cortés, M.: "La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género", *CEEJ*, 2014, núm. 3, pp. 93-94.

41 Martínez García, E.: "La protección jurisdiccional", cit., p. 351.

42 Román, L.: "Capítulo I: Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas", en AA.VV.: *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género* (dir. por T. Freixes, L. Román), Tecnos, España, 2015.

El Estado tiene un deber de criminalizar, en abstracto, las (más graves) conductas lesivas a ciertos Derechos Fundamentales. Un deber procedimental de perseguir, en concreto, las conductas lesivas al derecho de un particular investigando de manera diligente los hechos, individualizando y procesando a los responsables. Y un deber de castigar, en concreto, al autor que ha sido considerado, tras un juicio con todas las garantías exigidas, culpable con una pena proporcional a la gravedad de la infracción. Estos tres deberes se dirigen a tres órganos o poderes estatales distintos, aunque relacionados con el ejercicio del *ius puniendi* y, a la vez, destinatario de las obligaciones que derivan de la correspondiente adhesión del Estado al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) vinculando así al legislador (deber de criminalizar en abstracto); a la policía y al ministerio público (deber de perseguir en concreto); y a los jueces (deber de castigar en concreto con una pena proporcional a la infracción)[43].

B) Las órdenes de protección como instrumento para la prevención.

Con la entrada en vigor del Convenio de Estambul los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y sancionar los delitos. El art. 5.2 del Convenio, de las Obligaciones del Estado y diligencia debida, refiere "Las Partes tomarán las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para *prevenir*, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales". Esta función protectora ha sido destacada frecuentemente como la propia razón del pacto social: "los ciudadanos renuncian a la autoprotección propia del estado de naturaleza a cambio precisamente de recibirla del Estado; una idea central en Hobbes[44] pero presente también en el pensamiento ilustrado, el primer liberalismo y el constitucionalismo europeo y norteamericano"[45].

Las *emergency barring orders* y las órdenes de protección civiles se mueven en el ámbito de la prevención. Adelantar un paso su utilización porque "mejor prevenir que curar". Por ejemplo, en el ámbito de un proceso civil de separación o divorcio donde observamos comportamientos que, aunque en ese momento no merezcan el reproche delictivo, vayan a finalizar por merecerlo si no son parados a tiempo. Esto es, adelantar un paso y centrarnos en la prevención en lugar de

43 Viganò, F.: "Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH", en AA.VV.: *Garantías constitucionales y derecho penal europeo* (dir. por S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 315.

44 "At least since Thomas Hobbes' *Leviathan* we have known that man is man's wolf and that it is the task of the State to tame the wolf. An effective tool of the modern State to fight violence within its society preventively (and not only retrospectively by sanctions, punishment and damages) are protection measures which are available in growing number of legal systems and allow persons whose physical or psychological integrity is endangered to apply for an order restraining the person causing the danger from certain acts." Dutta, A.: "Cross-border protection measures in the European Union", *Journal of Private International Law*, 2016, vol. 12, núm. 1, 2016, p. 169.

45 Tomás-Valiente Lanuza, C.: "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", *Indret*, 2016, p. 3.

en la protección una vez ya ha sucedido el ilícito. No nos movemos en el ámbito de la violencia de género, sino que comienzan a existir una serie de problemas derivados de la ruptura, en este caso. Estos problemas no merecen reproche delictivo pues no están enquistados, pero sí que muestran que empiezan a haber conductas que se volverán tóxicas y, más tarde, delictivas. Teniendo siempre en mente que los actos graves deberán ser investigados penalmente y, en caso de poder ser probados, sancionados con el desvalor que éstos merecen. Con esta medida no adelantamos un paso el derecho penal, sino que evitamos su aparición por medio de la prevención.

II. LA REALIDAD ESPAÑOLA: ELEMENTOS CLAVE DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN ESPAÑOLA CON LA MIRADA PUESTA EN EUROPA.

Más que una nueva medida cautelar, lo que se creó mediante la ley 27/2003 fue un mecanismo de coordinación de las medidas cautelares penales y civiles ya existentes que, además, se proyecta en el ámbito asistencial. Y es que, por lo que se refiere al proceso penal, no se crearon nuevas medidas cautelares, sino que el art. 544 ter en su apartado sexto se limita a remitirse a las ya existentes. La OP tiene una naturaleza accesoria respecto del proceso penal en marcha. Su novedad radica en la posibilidad de articular las medidas cautelares penales ya existentes con medidas cautelares civiles -también ya existentes- en un mismo instrumento, dotándolas así de una mayor eficacia y ofreciendo la posibilidad de desplegar sus efectos también en el orden asistencial[46].

1. Ámbito de aplicación.

Desde el punto de vista material, el ámbito de aplicación de la OP está bastante más restringido en cuanto a conductas delictivas que la medida cautelar de alejamiento del art. 544 bis LECrim[47] y sólo podrá acordarse para los delitos relativos a violencia doméstica[48] -debemos entender que también se refiere a los delitos de violencia de género pues el art. 544 bis LECrim es previo a la promulgación de la Ley Orgánica de Violencia de Género (en adelante, LOVG)-. Desde el punto de vista territorial, dado que es una ley nacional donde se encuentra regulada la protección, únicamente dentro del territorio español van a tener vigencia las órdenes de protección dictadas por nuestros jueces de instrucción. Pero esta protección nacional es insuficiente en la sociedad actual. Según datos estadísticos, una de cada tres mujeres que solicita una OP es extranjera. El tercer

46 Serrano Hoyo, G.: "Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, vol. 22, pp. 72-73.

47 Delitos del art. 57 CP.

48 Serrano Hoyo, G.: "Algunas cuestiones procesales", cit., p. 74; De la Rosa Cortina, J. M.: *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 341-344.

trimestre del año 2019 cerraba con más del 32% de denunciantes extranjeras. De las 10.973 OP incoadas, 3.576 tenían como víctima de violencia de género a una mujer extranjera[49]. Si éstas deciden marcharse, dejarán de tener protección salvo que hagan uso de los instrumentos de reconocimiento mutuo existentes o inicien un nuevo procedimiento en el país de destino. La gran cantidad de mujeres extranjeras con medidas de protección muestra no solo la necesidad de regular instrumentos de reconocimiento mutuo de medidas de protección a nivel UE (existentes y en vigor desde 2015, aunque con un uso ínfimo)[50]. También la conveniencia de armonizar los distintos sistemas de protección para facilitar el reconocimiento mutuo.

2. Presupuestos para la adopción de una orden de protección.

La OP exige la concurrencia de cinco elementos[51]:

1ª) Que la víctima sea alguna de las personas referidas en el art. 173.2 del Código Penal[52]. Este primer presupuesto puede entrar en contradicción con lo establecido en los instrumentos de protección europeos: La Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección (en adelante EPO por sus siglas en inglés: *European Protection Order*) y Reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (en adelante EPM por sus siglas en inglés: *European Protection Measure*s) ya que no restringen el ámbito de la protección a la pareja o ex pareja o persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor. La Ley 27/2003 visibiliza la cultura patriarcal predominante durante siglos (obligación de ver) y se crea para proteger a aquellas personas más vulnerables al amparo de la cultura (obligación de proteger), que por lo general serán las mujeres y los niños que convivan con el agresor. Además, este tipo de víctimas tienen una serie de características que no comparten con el resto de víctimas que es la existencia de un vínculo emocional presente o pasado con el victimario y el hecho de que la mayoría de las agresiones suceden dentro del ámbito del hogar, siendo que éste durante siglos se ha considerado un reducto de intimidad infranqueable

49 http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Tercer-trimestre-de-2019

50 Tanto en CENDOJ como en los informes EPOGENDER pueden encontrarse números de órdenes europeas de protección emitidas y ejecutadas.

51 De la Prieta Gobantes, I.: "Ponencia: La Orden de Protección", *Revista Baylo* (ed. electrónica), p. 2; De la Rosa Cortina, J. M.: *Las medidas cautelares*, cit., pp. 344-346.

52 " (…) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (…) "

(obligación de investigar). Estos factores dan lugar a un mayor riesgo de reiteración de la conducta. Tienen, por tanto, estas víctimas que superar dos barreras para salir del círculo de violencia en el que se encuentran metidas: la primera, romper los vínculos de afectividad y ser capaces de reconocer y condenar la violencia sufrida; y la segunda, visibilizar el problema para que los poderes públicos puedan ofrecerles una solución. En cambio, el legislador europeo ha decidido no diferenciar entre víctimas de delitos violentos y en el Considerando (9) de la Directiva 2011/99/UE indica que es aplicable a todas las víctimas de delitos violentos. En términos similares se pronuncia el Considerando (6) del Reglamento (UE) 606/2013. Es por ello, que, con la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 23/2014 (LRMRP) y la aplicación directa del Reglamento, los jueces españoles van a tener que reconocer órdenes de protección en supuestos diferentes a los regulados en la ley 27/2003, reguladora de la orden de protección. No obstante, debido a que en ambos instrumentos únicamente existen tres posibles medidas que son las que encontramos reguladas en las órdenes de alejamiento nacionales, su transposición no supone mayores problemas que los terminológicos ya apuntados.

2º) Que se trate de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad. Este segundo presupuesto se encuentra también regulado en el Considerando (9) de la Directiva y en el Considerando (6) del Reglamento.

3º) Que exista *fumus boni iuris,* esto es, que existan indicios. No son suficiente las meras sospechas o conjeturas de que se ha cometido un hecho que reviste caracteres de delito y que el autor es la persona contra la que se dirige la medida. Pero tampoco puede exigirse una prueba plena. El equilibrio en la balanza se encuentra en no atribuir una medida cautelar únicamente por temor a que ocurra un hipotético caso ni esperar a que la infracción sea probada mediante sentencia condenatoria. En el primer caso estaríamos atribuyendo a los juzgados una potestad penal preventiva[53] contraria al espíritu de su propia jurisdicción y en el segundo haríamos tarde en la protección de los bienes jurídicos de la víctima. En cambio, si hiciéramos uso de las medidas de protección civiles o policiales no nos moveríamos en el ámbito de lo delictivo. No sería necesario esperar a la comisión de un delito porque la policía actuaría a prevención (si se dan unos presupuestos objetivos para dictar la medida de protección) y los juzgados civiles tienen capacidad para imponer medidas cautelares en el caso de que se den el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora.*

53 A este respecto, "A los penalistas nos cuesta entender la finalidad preventiva que se dice que tiene la pena en cuanto a influir en el futuro, porque no puede ser científicamente demostrado con herramientas argumentativas del deber ser. La criminología, sin embargo, utiliza herramientas cualitativas y cuantitativas con las que ha demostrado que no es la gravedad de las penas sino su certeza lo que puede tener relación con la prevención futura del delito." Galain Palermo, P. "Prevención del delito en una sociedad con miedo", https://ladiaria.com.uy/articulo/2018/5/prevencion-del-delito-en-una-sociedad-con-miedo/

4º) Que exista una "situación objetiva de riesgo". Una posibilidad real de que la víctima pueda ser objeto de nuevos hechos como los denunciados en caso de no adoptarse la medida cautelar. Y no cabe establecer reglas apriorísticas para valorar el riesgo objetivo, debe atenderse a las circunstancias del caso concreto para decidir sobre la necesariedad de la OP. El Considerando (9) indica que la EPO tiene como objetivo "evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente". El concepto "nuevos actos delictivos" deberá entenderse de manera restrictiva, solo en aquellos supuestos en los que la anterior conducta del agresor dé pie a prever que de no establecer una orden de protección persistirá en su conducta. El Considerando (6) del Reglamento EPM también recoge dicha situación de riesgo objetivo, "cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro". Es muy significativa la diferencia en la redacción del Reglamento respecto de la Directiva. En el Reglamento no se habla de "actos delictivos" sino de "motivos fundados". Estos motivos no tienen por qué ser delictivos, bastaría con una alarma de peligrosidad. Nuevamente, adelantamos un paso para centrarnos en la prevención evitando así la aparición del derecho penal.

5º) La motivación de la resolución. La OP es una medida restrictiva de derechos del agresor y es por ello que requiere de una motivación suficiente para restringir sus derechos en aras a una protección de la víctima. Este requisito debe ponerse en relación con el resto, siendo que únicamente vamos a permitirnos restringir derechos del victimario en los casos tasados por la ley, cuando existan indicios suficientes (en caso de que la orden se otorgue como medida cautelar) y la valoración de la situación objetiva de riesgo demuestre un evidente riesgo de que la víctima pueda ser objeto de nuevos hechos como los denunciados si no se adoptase la cautelar. La motivación de la EPO/EPM se encuentra en la resolución que contiene la medida dictada en el Estado que la emite de acuerdo con su propio ordenamiento nacional. La EPO y el EPM son instrumentos que se basan en la existencia previa de una OP nacional que haya cumplido todas las garantías previstas en su ordenamiento jurídico de acuerdo con lo establecido en los arts. 5 Directiva EPO y 2 Reglamento EPM.

3. Tipos de órdenes de protección.

La Constitución Española configura la función jurisdiccional como aquella que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (117.3 CE). Ambas funciones se cumplen por medio de dos tipos procesales: el proceso de declaración y el proceso de ejecución. Pero, en ocasiones, la necesaria duración de los mismos puede ser utilizada por el sujeto pasivo para hace inútil la resolución que, en su día, se dicte. Aparece así la sub función cautelar, que sirve para garantizar el cumplimiento de

las otras. Frente a hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, se adoptan medidas cautelares que permiten conjugar las ventajas de la rapidez con la ponderación y la reflexión necesaria para dar una solución a los litigios[54].

A) La orden de protección como medida cautelar.

La razón de ser de esta función no es otra que el hecho de que "la función de decir el derecho y de ejecutar no es instantánea en el tiempo, sino que requiere de un *tempus* para su realización". Así, la justificación de las medidas cautelares, en todos los procesos, es "la necesidad de tiempo para la actuación del derecho objetivo en el caso concreto"[55].

Las características de las medidas cautelares son 1) instrumentalidad: la medida cautelar se justifica solo en relación con otro proceso, principal, del que tiende a garantizar su resultado; 2) provisionalidad: no pretende convertirse en definitiva y desaparece cuando deja de ser necesaria en el proceso principal; 3) temporalidad: la duración es limitada dado que, por su propia naturaleza, se extingue al desaparecer las causas que la motivaron; 4) variabilidad: puede ser modificada, e incluso alzada, cuando se altera la situación de hecho que dio lugar a su adopción; y 5) jurisdiccionalidad: esta decisión es solo posible por el órgano jurisdiccional, que debe motivarla, como consecuencia de su naturaleza de acto limitativo de derechos[56]. Como apuntábamos *ad supra* al estudiar la naturaleza jurídica del instrumento, dentro de la OP encontramos medidas cautelares de carácter penal y de carácter civil siendo que la combinación de ambas concede a la víctima una protección integral.

a) Medidas cautelares penales.

La OP no conlleva nuevas medidas cautelares de carácter penal distintas de las previstas legalmente. Es por ello que las medidas de prisión preventiva o de alejamiento que la orden pueda acordar deberán ajustarse a lo establecido en la LECrim. Y de acuerdo con la LECrim, las medidas cautelares penales son prisión provisional, prohibición de aproximación, de residencia, de comunicación o cualquiera otra tendente a garantizar la seguridad y sosiego de las víctimas[57].

54 Barona Vilar, S.: "Lección Trigésimo Tercera. La tutela cautelar. Elementos personales y medidas cautelares", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, p. 702.

55 Barona Vilar, S.: *Medidas cautelares en el proceso penal,* Prontuario de Derecho Procesal 3, Honduras, 2015, p. 46.

56 Barona Vilar, S.: "Lección Décimo primera. Las medidas cautelares", en AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, pp. 272-289.

57 Cerezo Garcia-Verdugo, P.: "La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, vol. 22, p. 379; Serrano Hoyo, G.: "Algunas cuestiones procesales", cit., pp. 92-96.

Las medidas cautelares dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia, se asientan en los siguientes fundamentos: 1) *periculum in mora*, o daño específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional penal, que puede aprovecharse por el investigado para colocarse en una situación que puede acabar frustrando la ulterior efectividad de la sentencia, peligro que puede referirse tanto a la persona como al patrimonio del investigado. Y 2) *fumus boni iuris*, que comporta la probabilidad o verosimilitud de la existencia de un hecho criminal imputado (objeto), esto es, indicios suficientes que permitan mantener la imputación de un hecho delictivo al sujeto afectado por la medida o la responsabilidad civil de éste. Estos fundamentos deben ser interpretados desde la proporcionalidad, que exige un juicio de razonabilidad sobre la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable, tal y como ha indicado el TC[58], no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso[59].

Por lo que respecta a la medida de alejamiento, el distanciamiento entre agresor y víctima es el elemento básico para conseguir la adecuada protección de la integridad de la víctima[60]. En relación con esta medida, sería muy conveniente sustituir el sistema de protección consistente en proteger y esconder a la víctima en centros de acogida, pues esto da lugar a una revictimización que agrava la ya dura situación en que las víctimas se encuentran[61]. La medida de alejamiento puede ser adoptada como medida cautelar, pena accesoria, medida de seguridad, condición para la suspensión o como una de las reglas que conlleva la situación de libertad provisional. Si ésta es empleada como medida cautelar, resulta necesaria su adopción urgente para que el agresor reaccione y se dé cuenta de que el Estado castiga su conducta violenta. Con esta medida no se trata de garantizar la presencia del agresor en el juicio, si no de que "su fundamento es meramente preventivo, no cautelar ni aseguratorio procesal del sujeto pasivo de la causa". De este modo, sí concurre el *fumus boni iuris* (elementos de convicción suficientes para poder sostener que es probable que el imputado sea autor de un hecho punible) pero no el *periculum in mora* (no hay riesgo de fuga ni de obstaculizar la investigación) siendo que el único fundamento es proteger a la víctima[62]. Si

58 A este respecto: Barona Vilar, S.: "Prisión provisional: 'solo' una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)", *Actualidad Penal,* 2000, núm. 42, pp. 891-911.

59 Barona Vilar, S.: *Medidas cautelares*, cit., pp. 74-77; Barona Vilar, S.: "¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?", *Revista del poder judicial,* 2006, núm. especial 19, pp. 237-264; Barona Vilar, S.: "Lección Décimo primera. Las medidas cautelares", cit., pp. 275-276.

60 El Pleno del Consejo General Judicial de 21 de marzo de 2001 indicó, en relación con la problemática jurídica que conlleva la violencia doméstica que "la adopción de estas prohibiciones y el ejecutivo cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, del Ministerio Fiscal y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad aparece en este momento como una necesidad perentoria para lograr una protección real de las víctimas y alejar a éstas de la sensación de desamparo institucional que padecen".

61 En este sentido, De Urbano Castillo, E.: "El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar", *La Ley,* 2001, núm. 5248.

62 Barona Vilar, S.: *Medidas cautelares*, cit., p. 182.

haciendo uso de la medida de alejamiento no resulta suficientemente protegida la vida o integridad de la víctima, cabrá adoptar la medida de prisión provisional siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para ésta[63].

b) Medidas cautelares civiles.

Las medidas cautelares civiles[64] han de ser decretadas previa petición de la persona damnificada y tras un debate contradictorio en el que, aunque el nuevo art. guarde silencio, ambas partes podrán valerse de los medios de prueba que consideren oportunos siempre y cuando el juez los considere útiles y pertinentes y su práctica no sobrepase el plazo máximo de 72 horas[65]. Estas medidas solamente podrán adoptarse si no han sido previamente adoptadas por un órgano del orden jurisdiccional civil. es por ello que De Hoyos Sancho critica enérgicamente la falta de coordinación entre juzgados penales y civiles cuando se está tramitando simultáneamente un posible delito por violencia dentro del ámbito del hogar con una nulidad, separación o divorcio. Hecho que, lamentablemente, es bastante común en la práctica. Las medidas civiles podrán ser la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos y régimen de prestación de alimentos. Estas medidas también podrán entrañar cualquier disposición que se considere oportuna ya sea para apartar al menor de un peligro o para evitarle perjuicios[66], de acuerdo con lo dispuesto en el art. 158.4 del Código Civil.

B) La orden de protección como medida asegurativa de sentencia.

Conforme al art. 61.2 LOVG, "en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los arts. 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas". Al referirse a "medidas cautelares o de aseguramiento" impone al juez la obligación de indicar en su sentencia si considera necesario, o no, el mantenimiento de la OP ya no

63 Entre otros, los requisitos de la prisión provisional se encuentran desarrollados por: Barona Vilar, S.: "Lección Décimo segunda. Medidas cautelares específicas", en AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 26 ed., 2018, pp. 292-301; De la Rosa Cortina, J. M.: *Las medidas cautelares*, cit., pp. 78-126; De Urbano Castillo, E.: "El alejamiento del agresor" cit., De Hoyos Sancho, M.: "La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar", *La Ley*, 2002.

64 De la Rosa Cortina, J. M.: *Las medidas cautelares*, cit., p. 365.

65 Cerezo Garcia-Verdugo, P.: "La Orden de Protección", cit., p. 379.

66 Serrano Hoyo, G.: "Algunas cuestiones procesales", cit., pp. 96-98.

como media cautelar, sino como medida firme impuesta en sentencia. En este mismo sentido el art. 57.2 CP que redirige al 48.2 CP. Ambos arts. en realidad están refiriéndose a una orden de alejamiento, pues no refieren las medidas civiles y sociales de las que dispone la OP. Es por ello que, además, deberemos estar a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LOVG, donde se establece que en el caso de que el órgano jurisdiccional dicte sentencia condenatoria de un varón en un proceso penal por delito de violencia de género, debe fijar en ella una serie de disposiciones relativas a sanciones y ayudas, que serían sanciones no penales especiales. En esencia, el condenado perderá la condición de beneficiario a los efectos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual[67].

4. El quebrantamiento de la orden de protección y sus consecuencias.

La vigilancia del cumplimiento de las medidas cautelares[68] no puede ser la única llamada a procurar su cumplimiento. La adopción de medidas cautelares solo es plenamente efectiva cuando a su eventual incumplimiento se le anudan responsabilidades y consecuencias[69]. El incumplimiento de las medidas cautelares penales constituye el delito tipificado en el art. 468 CP. En los supuestos de incumplimiento de medidas podemos diferenciar dos casos de desigual gravedad: en el primer grupo de casos incluiremos aquellos en los que el incumplimiento no conlleva más infracciones además del quebrantamiento en sí. En el segundo grupo, más grave, el incumplimiento es utilizado como medio para la comisión de alguna infracción penal contra las personas protegidas en el art. 173.2 CP. Con respecto a las medidas cautelares de carácter civil se suscita la duda de cuál será la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Pues si bien este tipo de medidas encajarían en el concepto de "medidas cautelares" del art. 468 CP, la realidad es que el legislador redactó este art. pensando en quebrantamientos de medidas cautelares penales, no de obligaciones civiles que tienen sus propias consecuencias (el delito de impago de pensiones del art. 227 CP o el de abandono de familia del art. 226 CP). Todo ello, sin perjuicio de que ciertas medidas cautelares civiles

67 Gómez Colomer, J.L.: "Lección Décimo octava. La terminación del proceso penal", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 24ª ed., 2018, pp. 447-448.

68 Sobre cuestiones de quebrantamiento de medidas de protección a nivel europeo puede leerse: Vegas Aguilar, J. C.: "Cuestiones sobre el quebrantamiento de medida cautelar en el país de ejecución al hilo de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección", en AA.VV.: *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa* (dir. por E. Martínez García), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 73-82.

69 En este mismo sentido, "the response of the police and the courts to restraining order violations is crucial to their effectiveness. The police responded to the incident that led the woman to seek a temporary restraining at the time of the incident that led to court, the likelihood of any severe violence during the next year was diminished" Harrel, A. y Smith, B. E.: "Effects of Restraining Orders on Domestic Violence Victims", en AA.VV.: *Do Arrests and Restraining Orders Work?* (ed. por E. S. Buzawa, C. G. Buzaga) Sage, United States,1996, p. 234.

se solapan con medidas cautelares penales[70], que, en el caso de no respetar lo dispuesto en la medida concreta, sería el incumplimiento de la medida cautelar penal el que justificaría la adopción del art. 468 CP[71].

III. LA ÚLTIMA RATIO.

Los Derechos Humanos, aunque susceptibles de ser protegidos mediante el derecho penal (sustantivo y procesal), no pueden perder de vista su finalidad esencial que es la de servir de límite al *ius puniendi* estatal[72]. La LOVG es una de las leyes de violencia de género más avanzadas de Europa. Y quizá fuese demasiado avanzada para su tiempo. Prueba de ello son las casi 300 cuestiones de inconstitucionalidad que tuvo una ley que, paradójicamente, nació con unanimidad parlamentaria. Pero el problema no es jurídico, es social. El ámbito penal es insuficiente para atajar el problema. Prueba de ello es la media de 60 mujeres asesinadas al año. Es momento de implementar los otros ámbitos de la ley, de adelantar un paso la respuesta frente a la violencia de género. Cuando entra el derecho penal ya hemos fracasado. Debe trabajarse con una educación en valores en igualdad y desde la infancia[73]. Afrontar de forma seria un pacto por los medios de comunicación en su papel de prevención de la violencia de género porque no ha habido una implicación real de éstos, que son parte del problema. La LOVG ha reconocido el marco para la autorregulación, pero ha sido un fracaso, no se ha hecho nada[74]. También debe dejar de recortarse en sanidad, espacio privilegiado para la detección precoz[75].

La violencia de género es un problema de todos y todas que sufrimos las mujeres. Y es necesario que todos y todas nos posicionemos en su contra, implicar al hombre igualitario y aislar al maltratador para que comprenda que en este nuevo modelo de sociedad no es aceptable su comportamiento[76]. Iniciativas como la EPO y el EPM contribuyen a hacer más tangible la protección de las víctimas de violencia de género en la UE. Del mismo modo, responden a la obligación estatal positiva

70 La atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja como medida cautelar civil puede solaparse con la prohibición de acercarse a la residencia de la víctima como medida cautelar penal.

71 Circular 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la Orden de Protección.

72 De Luis García, E.: "El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 27, p. 511.

73 Avilés Palacios, L. "La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria", en AA.VV.: *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 279-318.

74 Martínez García, E.: "La igualdad y la violencia "La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa", en AA.VV.: *Género y Derecho Penal* (dir. por J. Hurtado Pozo, L. C. Silva Ticllacuri), Instituto Pacífico, Breña, 2017, p. 151.

75 Escribano Martínez, A.: *Violencia de género y sanidad. La detección como factor de visibilidad*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Valencia, 2018.

76 Martínez García, E.: "La igualdad y la violencia", cit., pp. 169-170.

de protección. Pero solo con una buena implementación de los instrumentos de reconocimiento mutuo puede hacerse real esta obligación de proteger. No debemos perder de vista que el derecho penal es la gestión de un fracaso de la sociedad[77]. El propio instrumento de la EPO es una de las herramientas que el derecho penal dispone para gestionar un fracaso, para proteger a una víctima que ya ha sufrido un daño y así evitar que sufra un mayor daño. La hoja de ruta de los diferentes Estados es más penas[78] y más largas[79]. Pero olvidamos que la única forma adecuada de gestionar un fracaso es evitar que éste llegue a producirse. En el ámbito de la prevención se encuentran las medidas de protección policiales y civiles. Es por ello que podríamos recurrir al derecho comparado para valorar la implementación de otros sistemas de protección que no esperen a que haya sucedido un ilícito penal para otorgar protección, sino que se adelanten a éste. El equilibrio está en decidir qué comportamientos tóxicos no son merecedores de reproche penal pero sí de protección sin que esto nos lleve a situaciones como las que encontramos en *Minority Report*. Porque "la calidad nuclear de nuestra vida no se mide en kilómetros de carreteras o en cifras de sueldo. La calidad esencial de nuestra vida empieza por no tener miedo[80]."

IV. BREVE REFERENCIA AL CASO DE AUSTRIA.

Para que el estudio de este apartado fuera lo más cercano a la práctica, realicé una estancia de investigación en la *Fundamental Rights Agency* de Viena. Esta estancia me permitió mantener entrevistas con los agentes implicados en la emisión de órdenes de protección en Austria. Así, el trabajo de investigación previamente realizado fue complementado con un trabajo de campo en destino.

1. Ámbito de aplicación.

En Austria disponen de *Emergency Barring Orders* (en adelante EBO), medidas de protección civiles y medidas de protección penales. Dependiendo del tipo de medida de protección nos moveremos en el ámbito de la prevención o de la sanción.

2. Tipos de órdenes de protección y presupuestos para su adopción.

77 Cada denuncia significa que hemos llegado tarde. El derecho no puede dar respuesta a todo, pero tampoco guardar silencio. Lorente Acosta, M.: *Mi marido me pega, cit.,* p. 148.

78 A favor de la reinserción como obligación estatal positiva y en contra de la pena como castigo, puede leerse: Anderez Belategi, M.: "La reinserción como principio de la política penitenciaria Europea", en AA.VV.: *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. Etxebarría Estankona, I. Ordeñana Gezuraga y G. Otauza Zabala), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 807-828.

79 Conocido es el debate sobre la prisión permanente revisable avivado tras los casos de "Diana Quer", o "Gabriel Cruz", sucedidos a finales de 2017 y principios de 2018. Ambos muy próximos en el tiempo.

80 Pérez Olleros Sánchez Bordona, F. J.: "Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *La Ley,* 2005, p. 12.

En el caso de las EBO, la policía tiene el poder y la obligación de dictar una EBO para proteger a la ciudadanía de un "daño inmediato" en el hogar, o en el hogar y otros lugares frecuentados por el menor (como el colegio). La posibilidad de ampliar la EBO más allá del hogar se da solo en los menores, la (ex) pareja no podrá pedir que su EBO se aplique también en el trabajo[81]. Esta situación, que nos resulta extraña porque no se da en nuestro ordenamiento, fue explicada por el policía al que entrevisté indicando que quién es violento en el hogar no tiene por qué serlo fuera de él. En el caso de los menores, en atención a su interés superior, esta protección sí que se amplía. Pero en el caso de mayores de edad la medida de protección se circunscribe al ámbito del hogar, que es donde se producen la gran mayoría de agresiones. Para emitir la EBO la policía deberá separar a ambas partes en conflicto para averiguar qué ha sucedido. La medida de alejamiento se impondrá a quien empezó las agresiones (ya sean psíquicas o físicas). Es más, la amenaza de agresión también se considera como agresión. En este supuesto no podemos sino alabar la decisión del legislador austriaco porque adelantar la protección a amenazas, aunque no sean delictivas, se sitúa entre las obligaciones estatales positivas de prevención. Además, en este mismo acto, la policía le quitará las llaves al agresor, que permanecerán en disposición policial hasta que la medida pierda vigor. Se debe informar a ambas partes de sus derechos y deberes, así como de las consecuencias del quebrantamiento[82]. Del mismo modo, se transmitirá la EBO a los centros de asistencia a menores de edad y a víctimas para que éstos contacten con las víctimas y las asesoren de manera gratuita[83]. El año 2018 la policía emitió 8.076 EBO y 18.526 víctimas de violencia doméstica hicieron uso de los *Gewaltschutzzentren/ Interventionstellen*[84](centros de asistencia de víctimas) en Austria[85].

Las EBO tienen una duración de dos semanas y si se quiere continuar manteniendo esa protección es necesario solicitar una medida de protección civil. Con la medida de protección civil se amplía de dos a cuatro semanas el plazo de duración de la EBO. Aunque el Juzgado no tiene obligación de resolver dentro de las cuatro semanas de duración de la EBO, por norma general resuelven porque son conscientes del riesgo en que quedarían las víctimas si perdieran una medida de protección que necesitan[86]. La medida de protección civil durará un

81 Logar, R.: *Mapping the legislation and assessing the impact of Protecion Orders in the European Member States (POEMS),* 2014, p. 4.

82 De acuerdo con la legislación austriaca, la víctima también puede quebrantar si permite al agresor volver al hogar.

83 38a, 56 (1) y 25 (3) *Sicherheitspolizeigesetz.*

84 Sorgo, M.: "Was sind Interventionstellen?", en AA.VV.: *Schutz vor Gewalt in der Familie,* Verlag, Gosau, 2005, pp. 199-230.

85 Wiener Interventionsstelle, Tätigkeitsbericht, 2018, p. 19.

86 Si no resolvieran el agresor tendría derecho a recuperar las llaves de la casa (que previamente le ha quitado la policía al dictar la EBO) y volver a casa. Esto supondría dejar la seguridad de la víctima a merced de su victimario. Logar, R.: *Mapping the legislation,* cit., p. 5.

año (salvo las órdenes referidas a la residencia, que entonces la duración son 6 meses) y hay posibilidad de ampliarla hasta que finalice el proceso. Aunque estas medidas se supone que son *interim injuction*[87] en la práctica suelen convertirse en decisiones finales porque no sigue el procedimiento tras la adopción de la medida de protección. Medida que, además, obliga a modificar el comportamiento de víctima y agresor. Critica esta situación la Magistrada Christine Miklau[88], porque al convertirse la medida de protección en una decisión final, podría estar atacando al art. 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo).

También existen medidas de protección penales, aunque no suelen ser utilizadas para proteger a las víctimas de violencia de género y doméstica ni fueron concebidas con ese fin. Las medidas de protección penales no fueron creadas pensando en la protección de la víctima, sino en la vigilancia del delincuente. Estas medidas solamente podrán ser utilizadas cuando previamente se haya cometido un crimen[89]. Buscan ofrecer una alternativa menos gravosa a la prisión a aquellos agresores que tienen un buen comportamiento mientras esperan al juicio. El ínfimo uso ha sido criticado por la sociedad civil (*Women's organizations, Intervention Centers*) y por CEDAW[90] por considerar que la EBO y las medidas de protección civil son muy débiles para aquellos agresores que utilizan una violencia más severa y más repetitiva[91]. Violencia que, además, responde a causas estructurales y tiene género: el año 2018 el 91% de los agresores fueron hombres y el 84% de las víctimas fueron mujeres y niñas[92].

3. El quebrantamiento de la orden de protección y sus consecuencias.

El quebrantamiento de las EBO se sanciona con una multa de hasta 500 euros. Esta multa pueden pagarla tanto el agresor como la víctima, si es que ella permite el quebrantamiento. La policía, al dictar la EBO, pide al agresor que le entregue las llaves de la casa e informa a ambas partes de las consecuencias que puede traer consigo el quebrantamiento. El quebrantamiento de las medidas de protección civiles también se sanciona pagando una multa que puede llegar hasta los 500 euros. Este tipo de quebrantamientos son denominados *administrative criminal offences*. En ambos casos, si las violaciones fueran reiteradas el agresor podría llegar a ser arrestado[93]. Esta medida, por un lado, era defendida por la policía porque la eficacia disuasoria de la multa acaba protegiendo a la víctima que teme ser multada. Por otro lado, fue enérgicamente criticada por la Dra. Verena Tadler

87 Logar, R.: *Mapping the legislation,* cit., p. 5.

88 Judge at the District Court Meidling. Family Law Matters

89 Logar, R.: *Mapping the legislation,* cit., p. 11.

90 CEDAW Yilderim v Austria 2005.

91 Logar, R.: *Mapping the legislation,* cit., p. 5.

92 Wiener Interventionsstelle, Tätigkeitsbericht, cit., p. 19.

93 Logar, R.: *Mapping the legislation,* cit., pp. 30-31.

(trabajadora del *Interventionstelle* de Viena) porque multar a la víctima supone revictimizarla en una situación ya difícil de por sí. Los quebrantamientos de las órdenes de protección penales son mucho más severos y su consecuencia es la detención[94].

Pero todo este discurso de la prevención se rompe al conocer el número de EBO que se impone simultáneamente con un *criminal report*. El 87,6% de los casos de EBO fueron impuestas por la posible comisión de un delito. El 4,2% conllevó detención del agresor. Y solo el 7,4% EBO fueron impuestas sin imponer más medidas. Esto nos muestra el poco uso que se hace de un instrumento que debiera ser preventivo[95]. No obstante, y a pesar del poco uso que se está haciendo de la EBO como herramienta preventiva, sigue teniendo pros que no encontramos en nuestra legislación. Informar al fiscal/juzgado de la posible comisión de un delito no implica la inmediata condena del agresor porque en el proceso penal rige la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo.* Solo en aquellos casos en los que se haya podido probar la comisión del delito más allá de cualquier duda razonable, podrá condenarse al acusado. Es más, es posible que un hecho no revista los caracteres de delito, pero sí que exista un posible riesgo para la víctima si no se previene la reiteración de ciertos comportamientos.

V. CONCLUSIÓN: A MODO DE PROPUESTA *LEGE FERENDA*. MEDIDA CAUTELAR CIVIL.

Sin desmerecer los avances que supuso la LOVG colocando en primera línea de fuego el problema de la violencia de género en el ámbito del hogar y dándole un tratamiento penal, podríamos abrir el debate respecto de la creación de órdenes de protección civiles. La LOVG buscaba lanzar a la ciudadanía el mensaje de que la violencia contra las mujeres por quienes son o han sido sus parejas no es aceptable en un país que quiera ser garantista con los Derechos Humanos y que debe ser castigada con el rigor que se merece. Consecuentemente, el legislador español ubicó bien las órdenes de protección como instrumentos penales. El objetivo fue ofrecer a la ciudadanía un mensaje de reproche de estas conductas. A día de hoy no hay marcha atrás, al menos sobre el papel, respecto del reproche a estas conductas ni minimización del problema de la violencia de género. Es por eso que podríamos abrir el debate acerca de la posibilidad de medidas de protección civiles.

El estudio comparado nos muestra que la mayoría de países europeos hacen uso de medidas de protección civiles. El Reglamento EPM tiene, de facto, un

94 Logar, R.: *Mapping the legislation,* cit., p. 17.

95 Wiener Interventionsstelle, Statistics, 2017, p. 13.

reconocimiento más automático que el que tiene la Directiva EPO. El no requerir de la doble incriminación le otorga un reconocimiento mucho más automático. Con la EPO el legislador europeo tuvo en cuenta que quizá el Estado de ejecución no dispone de una protección similar para el caso concreto y ofrece discrecionalidad al Estado para que, de acuerdo con su ley nacional, adopte una medida que se corresponda lo máximo posible a la del Estado de emisión. En el caso del Certificado civil, el Estado miembro está obligado a reconocer la medida extranjera sin procedimientos intermedios. En otras palabras, no se espera ninguna acción por parte del Estado miembro que no sea el reconocimiento automático. Es más, aún en la situación de que dicho Estado no ofrezca una medida de protección a sus propios ciudadanos basada en los mismos hechos, éste seguirá obligado a reconocer las prohibiciones incluidas en la OP del otro Estado miembro de acuerdo con el art. 13.3 y el considerando (18) Reglamento EPM.

Además, los estándares de la prueba son distintos en el proceso penal y en el civil. Mientras que en el proceso penal debe ser probado "más allá de cualquier duda razonable", en cambio en el proceso civil debe ser más probable que improbable. La razón de utilizar una medida de protección civil podemos encontrarla en la practicidad. Estados como Austria han optado por hacer uso de este sistema para proteger de manera rápida e inmediata a las víctimas de violencia de género y doméstica. En cambio, en España hemos optado por el mensaje político de la lucha contra la violencia de género por medio del proceso penal. Pero con el fin de hacer más real el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ) y la armonización de legislaciones mediante el efecto de la "lluvia fina" podríamos plantearnos la viabilidad de órdenes de protección civiles para los ilícitos menos graves, aquellos que todavía no requieren del uso del derecho penal pero que, si no se paran a tiempo, van a terminar por ser los ilícitos del mañana. Este aviso de carácter civil no solo beneficia a la víctima, también al posible futuro agresor porque hará que ninguno de los dos deba sufrir las consecuencias de la comisión de un delito. Las tres medidas de la Directiva EPO y el Reglamento EPM no son desconocidas por nuestra legislación civil, fueron introducidas por el art. 158 CC.

Soy consciente de que esta propuesta abre nuevos interrogantes que deberán ser resueltos por futuras investigaciones como quién es el juzgado competente para adoptar una medida cautelar de protección civil y por medio de qué procedimiento. No obstante, la armonización de legislaciones en materia de órdenes de protección facilitaría el reconocimiento mutuo entre los distintos Estados UE. Además, la esencia misma de la UE es eso: renunciar a especificidades propias en pos de una especie de derecho supranacional europeo que facilite al ciudadano moverse por el ELSJ con la garantía de que la protección otorgada en un Estado miembro va a continuar supérstite en aquél al que se desplace. Es por ello que propongo el estudio comparado con sistemas de protección civil extranjeros

como el austriaco, acercándonos así a los ordenamientos jurídicos normativos de nuestro entorno y, consecuentemente, facilitando el reconocimiento mutuo y la cooperación. Para valorar la efectividad de las medidas de protección civiles y penales podrían usarse las siguientes variables: 1) motivos para dictar una medida de protección 2) proporción de órdenes de protección dictadas, 3) porcentaje de órdenes de protección violadas, 4) consecuencias del quebrantamiento de órdenes de protección y 5) satisfacción de la víctima con la medida de protección y sensación de seguridad. Con los resultados de este estudio podría evaluarse la efectividad y conveniencia de implementar órdenes de protección civiles en España.

BIBLIOGRAFÍA

ANDEREZ BELATEGI, M.: "La reinserción como principio de la política penitenciaria Europea", en AA.VV.: *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. ETXEBARRÍA ESTANKONA, I. ORDEÑANA GEZURAGA y G. OTAUZA ZABALA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 807-828.

AVILÉS PALACIOS, L. "La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria", en AA.VV.: *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 279-318.

BARONA VILAR, S.: "¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?", *Revista del poder judicial,* 2006, núm. especial 19, pp. 237-264.

BARONA VILAR, S.: "Lección Décimo primera. Las medidas cautelares", en AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, pp. 272-289.

BARONA VILAR, S.: "Lección Décimo segunda. Medidas cautelares específicas", en AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, pp. 292-319.

BARONA VILAR, S.: "Lección Trigésimo Tercera. La tutela cautelar. Elementos personales y medidas cautelares", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, pp. 704-725.

BARONA VILAR, S.: "Prisión provisional: 'solo' una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)", *Actualidad Penal,* 2000, núm. 42, pp. 891-911.

BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el proceso penal,* Prontuario de Derecho Procesal 3, Honduras, 2015.

BARONA VILAR, S.: "Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)", *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, núm. 22, pp. 64-90.

CEREZO GARCIA-VERDUGO, P.: "La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, vol. 22, pp. 371-381.

DE HOYOS SANCHO, M.: "La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar", *La Ley*, 2002.

De la Prieta Gobantes, I.: "Ponencia: La Orden de Protección", *Revista Baylo* (edición electrónica).

De la Rosa Cortina, J. M.: *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015.

De Luis García, E.: "El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 27, pp. 494-515.

De Urbano Castillo, E.: "El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar", *La Ley,* 2001, núm. 5248.

Delgado Martín, J.: "La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", *Revista Xurídica Galega. Colaboracións,* 2013, núm. 39, pp. 77-132.

Dutta, A.: "Cross-border protection measures in the European Union", *Journal of Private International Law*, 2016, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 169-184.

Echeburúa, E. y Andrés-Pueyo, A.: "Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación", *Psicothema*, 2010, vol. 22, núm. 3, pp. 403-409.

Echeburúa, E. y Del Corral, P.: "Violencia en las relaciones de pareja. Un análisis psicológico" en AA.VV.: *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar* (dir. por J.R. Agustina Sanllehí), Edisofer, Madrid, 2010, pp. 135-164.

Esbec Rodríguez, E.: "Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2003, vol. 3, núm. 2, pp. 45-64.

Escribano Martínez, A.: *Violencia de género y sanidad. La detección como factor de visibilidad*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Valencia, 2018.

Galain Palermo, P. "Prevención del delito en una sociedad con miedo", https://ladiaria.com.uy/articulo/2018/5/prevencion-del-delito-en-una-sociedad-con-miedo/

Gómez Colomer, J.L.: "Lección Décimo octava. La terminación del proceso penal", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 24ª ed., 2018, pp. 320-376.

González-Méndez, R. D.: Santana-Hernández, J.: "Perceived risk and safety-related behaviors after leaving a violent relationship", *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, núm. 6, 2014, pp. 1-7.

Graham, C.: "Human Rights and the Privatisation of Public Utilities and Essential Services", en AA.VV.: *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation* (eds. K. De Feyter, F. Gómez Isa), Intersentia, Antwerp - Oxford, 2005, pp. 35-56.

Harrel, A. y Smith, B. E.: "Effects of Restraining Orders on Domestic Violence Victims", en AA.VV.: *Do Arrests and Restraining Orders Work?* (ed. por E. S. Buzawa, C. G. Buzaga) Sage, United States, 1996.

Kilchlinh, M.: "Preventive detention in Germany" en AA.VV.: *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dir. por M. Roig Torres), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 53-62.

Logar, R.: *Mapping the legislation and assessing the impact of Protecion Orders in the European Member States (POEMS),* 2014.

Lorente Acosta, M.: "Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo", *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* 2012. núm. 19, pp. 185-214.

Lorente Acosta, M.: "Análisis forense del sistema de protección europeo frente a la violencia de género: límites y carencias de la Orden Europea de protección", *Diario La Ley,* 2018, núm. 9114.

Lorente Acosta, M.: *Mi marido me pega lo normal,* Ares y Mares, España, 2001.

Martínez García, E.: "Capítulo 14: Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", en AA.VV.: *Justicia civil y penal en la era global* (ed. por S. Barona Vilar), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 413-432.

Martínez García, E.: "La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa", en AA.VV.: *Género y Derecho Penal* (dir. por J. Hurtado Pozo, L. C. Silva Ticllacuri), Instituto Pacífico, Breña, 2017, pp. 141-170.

Martínez García, E.: "La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea", en AA.VV.: *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. Etxebarría Estankona, I. Ordeñana Gezuraga, G. Otauza Zabala), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 345-366.

Morgades Cortés, M.: "La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género", *CEEJ*, 2014, núm. 3, pp. 79-112.

Oliveras Jané, N.: "La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea", *Diario La Ley,* 2019, núm. 9334.

Pérez Olleros Sánchez Bordona, F. J.: "Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *La Ley,* 2005.

Román, L.: "Capítulo I: Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas", en AA.VV.: *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género* (dir. por T. Freixes, L. Román), Tecnos, España, 2015, pp. 25-34.

Salas, L. y Cazaro Johannig, A.T.: "El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU" en AA.VV.: *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dir. por M. Roig Torres), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-52.

Serrano Hoyo, G.: "Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, vol. 22, pp. 69-104.

Sorgo, M.: "Was sind Interventionstellen?", en AA.VV.: *Schutz vor Gewalt in der Familie,* Verlag, Gosau, 2005, pp. 199-230.

Tomás-Valiente Lanuza, C.: "Deberes positivos del Estado y Derechopenal en la jurisprudencia del TEDH", *Indret,* 2016, pp. 1-72.

Van De Watering, E.J.E.: "Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders", 2013.

Van Der Aa, S.: "Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?", *Springer*, 2012, vol. 18, pp. 183-204.

Van Der Aa, S., Niemi, J., Sosa, L., Ferreira, A., Baldry, A.: "Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states", *Daphne,* http://poems-project.com/wp-content/uploads/2015/04/Intervict-Poems-digi-1.pdf,

Vega Rodríguez, M.T.; Moro Gutiérrez, L.: "La representación social de los malos tratos infantiles en la familia: factores psicosociales que influyen en la percepción de las conductas de maltrato", *Psychosocial Intervention*, 2013, núm. 22, pp. 7-14.

Vegas Aguilar, J. C.: "Cuestiones sobre el quebrantamiento de medida cautelar en el país de ejecución al hilo de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección", en AA.VV.: *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa* (dir. por E. Martínez García), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 73-82.

Vegas Aguilar, J. C.: "La responsabilidad del Estado desde la perspectiva de género", en AA.VV.: *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-227.

Viganò, F.: "La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales", *Polít. Crim.*, 2014, vol. 9, núm. 18, pp. 428-476.

Viganò, F.: "Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH", en AA.VV.: *Garantías constitucionales y derecho penal europeo,* (dir. por S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 311-381.

Wiener Interventionsstelle, *Statistics,* 2017.

Wiener Interventionsstelle, *Tätigkeitsbericht,* 2018.

EL BIENESTAR DEL MENOR POR NACER: ¿UN INTERÉS A PONDERAR EN EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?*

THE WELFARE OF THE UNBORN CHILD: AN INTEREST TO BE WEIGHED FOR ACCESING IN ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 930-959

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto: "Armonización del Derecho de Familia derivado de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (DER2017-85756-P)", financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades-Agencia Estatal de Investigación, del que soy investigadora principal junto con la Prof.ª Y. Bustos Moreno.

Virginia
MÚRTULA
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: La necesidad de aproximar las legislaciones de los distintos Estados europeos en el ámbito de la reproducción asistida, para evitar el llamado "turismo reproductivo"; así como la conveniencia de realizar una valoración previa de las personas que solicitan ser receptoras de estas técnicas con fines reproductivos, en orden a acercar las distintas formas de filiación, hace que nos planteemos en el presente trabajo la introducción del "bienestar del menor por nacer" como un "interés" más a ponderar para acceder a las técnicas de reproducción asistida.

PALABRAS CLAVE: Bienestar del menor por nacer; técnicas de reproducción asistida; capacidad parental; derechos reproductivos.

ABSTRACT: *The need to approximate the legislation of the different European States in the field of assisted reproduction, in order to prevent the so-called "procreative tourism"; as well as the convenience of making a previous assessment of the persons who request these techniques for reproductive purposes, in order to bring closer the different forms of filiation, makes us consider in the present paper the introduction of the "welfare of the unborn child" as another "interest" to be weighed for accesing in assisted reproduction technologies.*

KEY WORDS: *Welfare of the unborn child; assisted reproductive technologies; parenting capacity; reproductive rights.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA- II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.- 1. Sobre el derecho a ser padres genéticos.- 2. La filiación en la gestación por sustitución y el interés superior del menor.- III. LAS CONDICIONES PERSONALES DE ACCESO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA.- 1. La edad de la mujer.- 2. Requisitos de capacidad.- IV. APUNTES DE DERECHO COMPARADO.- V. EL BIENESTAR DEL MENOR POR NACER: UNA CUESTIÓN DE "INTERÉS".- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Diversos textos internacionales [entre ellos la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) en su art. 16.1 e), la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo (1994) pf. 7.3, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y su Plataforma de Acción de Beijing (1995) apdo. 94, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) art. 12 y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos (1966) art. 23.2], reconocen el derecho básico de todas las parejas e individuos a fundar una familia y a decidir libre y responsablemente el número de hijos que quieren tener. No obstante, si prestamos atención al enunciado de los preceptos citados, podremos observar que estamos ante un derecho de contenido negativo, donde el Estado no debe inmiscuirse en la libertad de tener hijos de las personas y solo genera obligación positiva de los poderes públicos para facilitar información y métodos adecuados de planificación familiar[1].

En ellos no encontramos, por tanto, una respuesta clara a uno de los asuntos más discutidos a la hora de configurar el uso de las técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA), esto es, si existe o no un verdadero "derecho a procrear" frente al Estado mediante el acceso a estas técnicas[2]. Solo si vinculamos los derechos reproductivos a otros derechos fundamentales, como el derecho a fundar una familia y su protección (art. 12 CEDH y art. 39.1 CE)[3], el derecho

1 Como han señalado Alkorta Idiakez, I.: "Nuevos límites del derecho a procrear", *Derecho Privado y Constitución*, 2006, núm. 20, pp. 12 y 18; y Farnós Amorós, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 49 y 58.

2 Vaquer Pinto, M.J.: "¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?", en AA.VV.: *Retos Actuales de la Filiación* (coord. por R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdera Server), Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, p. 253, recogiendo la opinión de otros autores, señala en este sentido que no hay que confundir los deseos con los derechos.

3 En esta dirección, entre otros, Ferrer Riba, J.: "Derechos de reproducción, vínculos familiares y clonación", *Revista de Occidente*, 1999, núm. 214, p. 75; y Ruiz-Rico Ruiz, G.: "La problemática constitucional derivada

• Virginia Múrtula Lafuente
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: vmurtula@ua.es

a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH y art. 18 CE)[4] y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) o a la libertad personal (art. 17.1 CE)[5], podrá valorarse la violación del pretendido "derecho a procrear" por quien lo alega[6].

Aunque no vamos a entrar aquí en este debate, pues excede de lo que es propiamente el objeto de este trabajo, sí que creemos necesario partir de la premisa generalmente admitida de que los llamados derechos reproductivos, en particular cuando hablamos del acceso a las TRA, no pueden tener como cualquier otro derecho carácter absoluto, en la medida en que son de interés general y pueden concurrir con otros derechos o intereses (como los del "menor por nacer"), por lo que se han de concretar y tratar a la postre como derechos de configuración legal[7]. Obviamente esto no impide que ciertos aspectos de la reproducción asistida puedan ser concretados reglamentariamente y que intervengan los Tribunales interpretando y aplicando las normas a los supuestos concretos que se les planteen a su conocimiento.

En esta materia precisamente resulta difícil encontrar cierta uniformidad legislativa entre los distintos Estados, lo que favorece el llamado "turismo reproductivo". Este fenómeno tiene lugar cuando los ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida, bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su país (por ejemplo, la maternidad subrogada o la fecundación "in vitro" heteróloga o con gametos de donante), bien porque el Estado al que viaja le proporciona más facilidades, menor coste o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos (como la edad, el estado civil o la orientación sexual)[8].

España aparece en una de las primeras posiciones en el número de tratamientos de reproducción asistida realizados en todo el mundo, fundamentalmente por la laxitud de nuestra Ley. La posibilidad de utilizar gametos donados, la garantía de anonimato de los donantes y, en particular, la facilidad de acceso que tienen a estas técnicas tanto una mujer sola, como parejas no casadas o las que sí lo están (aunque sea de ambos sexos), convierten a nuestro país en uno de los destinos favoritos cuando se trata de acceder al uso de la reproducción asistida.

de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada", *Revista de Derecho Político*, 2017 (mayo-agosto), núm. 99 p. 75.

4 Como ha hecho el TEDH en los asuntos relativos los derechos reproductivos y la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, según tendremos ocasión de desarrollar en las siguientes líneas.

5 Gómez Sánchez, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 48.

6 Farnós Amorós, E.: *Consentimiento,* cit., p. 50.

7 En este sentido, Romeo Casabona, C.M.: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 123; y Ruiz-Rico Ruiz, G.: "La problemática", cit., p. 55.

8 Como apunta Femenía López, P.J.: *La determinación de la filiación "en interés del menor". "Turismo reproductivo" y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 16.

II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

El TEDH otorga una gran amplitud al margen de apreciación de los Estados para fijar el régimen jurídico de aquellas cuestiones que afectan a la autonomía reproductiva de las personas, que ha venido a vincular con el derecho a la vida privada y familiar que recoge el art. 8 CEDH.

Con base en este precepto, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado legítimas las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, en nuestro caso el derecho a la concepción mediante el acceso a las TRA, siempre que la injerencia esté justificada porque esté prevista en la ley, persiga objetivos legítimos y sea necesaria en una sociedad democrática, conforme a los criterios de legalidad, fin legítimo y necesidad sentados en el art. 8.2 CEDH.

La dificultad de resolver este tipo de asuntos, sobre los que no existe consenso ni en la sociedad ni en el ámbito de los Estados europeos, aplicando estos criterios, es precisamente lo que ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a la permisibilidad en la legislación de los Estados Parte del Convenio[9]. Pero esto no significa, según vamos a tener ocasión de comprobar en las siguientes líneas, que no se deba restringir el margen de apreciación de los Estados, cuando no se respeta, entre otras cosas, el derecho a convertirse en padres genéticos de un hijo sano o la identidad de un individuo, un menor, que pretende el reconocimiento de su filiación y su identidad nacional.

1. Sobre el derecho a ser padres genéticos.

Uno de los primeros casos sometidos al conocimiento de la Corte de Estrasburgo fue el asunto X, Y y Z contra Reino Unido, resuelto por la STEDH, Gran Sala, 22 abril 1997 (TEDH 1997, 24), donde se plantea la demanda de una pareja integrada por un transexual, nacido como mujer, pero sometido a cirugía de reasignación para ser hombre (Sr. X), y una mujer (Sra. Y) que, constante la relación, tienen una hija (Z), fruto de una inseminación artificial realizada a la mujer con semen de donante anónimo. Al intentar el Sr. X reconocer la paternidad de Z en el Registro civil inglés, las autoridades de ese país deniegan la solicitud e inscriben al niño solo con la filiación y los apellidos de la madre y dejan los datos relativos al padre en blanco. En su demanda ante el Tribunal europeo, la pareja

9 Según ponen de relieve, entre otros, Medina, G.: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de procreación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014 (agosto), núm. 1, pp. 53-58; Farnós Amorós, E.: "La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización", en AA.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), *Boletín del Ministerio de Justifica*, Monográfico, 2015 (junio), núm. 2179, pp. 185-197; y Ruiz-Rico Ruiz, G.: "La problemática", cit., pp. 56 y ss.

alega que las autoridades nacionales violaron los arts. 8 y 14 CEDH, al negarse al reconocimiento que como padre quería realizar el Sr. X.

La Corte europea considera que, aunque todos ellos viven como una familia tradicional, donde el Sr. X se comporta como padre de la niña (apdo. 37), en la pugna entre los intereses generales que puede tener el Estado en mantener un sistema coherente de familia que sitúe en primer plano el interés del menor y sea cauteloso a la hora de inscribir los nacimientos de hijos de personas transexuales (apdo. 47) y el interés particular de estas últimas en la inscripción de sus hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida (apdos. 48-50), no existe violación del art. 8 CEDH (sin considerar necesario entrar por ello en el análisis del art. 14), cuando el derecho nacional le reconoce al Sr. X la autoridad parental si solicita la guarda conjunta de la menor (apdos. 50 y 52).

En el asunto Evans vs. Reino Unido [STEDH, Secc. 4.ª, 7 marzo 2006 (TEDH 2006, 19)], recurrido ante la Gran Sala y resuelto por sentencia de 10 abril de 2007 [JUR 2007, 101309)], se aborda la cuestión de si el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) incluye el derecho a ser padres desde un punto de vista genético, con ocasión del destino de varios embriones generados con gametos de una pareja que había acudido a una clínica de reproducción asistida. Durante el proceso de reproducción a la mujer le detectaron varios tumores cancerígenos, por lo que fue necesaria la extirpación de sus ovarios. Cuando transcurre el período post-operatorio, ella intenta hacer uso de esos embriones, sin embargo, en ese tiempo la pareja se había disuelto y su ex compañero retira su consentimiento para la utilización de los embriones. Este desistimiento implica que desaparece la única posibilidad de la demandante para tener hijos biológicos, ya que la legislación inglesa obliga a la destrucción de los embriones en caso de retirada del consentimiento de una de las partes.

A pesar de que era un caso difícil (pues la protección del derecho a ser madre suponía la violación del derecho a no ser padre), la Gran Sala confirmó la sentencia recurrida, atendiendo, de una parte, a que no podía establecer cuándo comenzaba la vida del embrión legalmente, ya que este era un aspecto que, dada la disparidad de legislaciones en los Estados Partes, quedaba a la discrecionalidad de cada Estado fijarlo; y, por otra, a la amplitud que tienen los Estados a la hora de elaborar sus respectivas leyes nacionales sobre reproducción asistida. Por lo que entiende el TEDH que, conforme a la legislación inglesa, la revocación del consentimiento por parte de cualquiera de los miembros de la pareja imposibilitaría la utilización de los embriones y obligaría a su destrucción, por más que sea especialmente dura la situación de la demandante.

Un caso similar al anterior es el que se plantea en Dickson contra Reino Unido, donde una ciudadana británica, cuyo marido está en la cárcel, solo tiene la

oportunidad de ser madre a través de las técnicas de reproducción asistida. Ante la negativa de las autoridades británicas a esta petición, la esposa recurrió al Tribunal de Estrasburgo. La STEDH, Secc. 4.ª, 18 abril 2006 (TEDH 2006, 31) confirmó las resoluciones de las autoridades nacionales, por cuanto consideró que la medida estaba justificada en los términos del art. 8.2 CEDH, para proteger el bienestar del menor que pudiera nacer (apdo. 34), dada la naturaleza y gravedad del delito por el que estaba encarcelado el marido y su prolongada ausencia durante una parte importante de la infancia del niño, así como por la aparente falta de recursos materiales suficientes para la madre y el hijo (apdo. 38).

En cambio, la Gran Sala, en su sentencia de 4 diciembre de 2007 (TEDH 2007, 86), cambió de criterio y consideró que la decisión de las autoridades británicas sí vulneraba el art. 8 CEDH. Aunque consideró legítimo que las autoridades se preocupen, en el plano de los principios, del bienestar de todo futuro niño cuando elaboran y aplican la política relativa a concepción de un hijo, el Estado tiene la obligación positiva de garantizar la protección efectiva de los menores y no puede impedir que los padres deseen concebir un hijo en tales circunstancias, más aún cuando la madre estaba en libertad y podía cuidar del eventual hijo común hasta la liberación de su marido (apdo. 76).

Otro de los asuntos presentados ante el TEDH se refiere al derecho a tener hijos por fecundación "in vitro" heteróloga y pone de manifiesto la diferencia de la legislación entre los distintos Estados sobre la materia. Así, la demanda que dio origen al caso SH y otros contra Austria, resuelta por la STEDH, Secc. 1.ª, 1 abril 2010 (TEDH 2010, 56), fue presentada por dos parejas casadas. La primera pareja era infértil y solicitaba la aplicación de la fecundación "in vitro" con semen de donante, y en la segunda la mujer carecía de óvulos y precisaba su donación. Sin embargo, la Ley austríaca 275/1992 de procreación artificial prohíbe utilizar óvulos y esperma donado para la fecundación "in vitro", que era la única vía que tenían ambas parejas para poder concebir un hijo biológico.

La sentencia de la Sección 1.ª consideró que la legislación austriaca era contraria al art. 8 CEDH, en la medida en que el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso de las técnicas de reproducción asistida es una elección que claramente afecta a su vida privada y familiar (apdo. 69) y, al prohibir la ley austríaca acudir a semen u óvulo de donante en la fecundación "in vitro", incurría en discriminación respecto a aquellos casos en los que sí se puede practicar esta técnica con gametos propios, sin justificar la diferencia de trato y violando así el art. 14 CEDH en su consideración conjunta con el art. 8 (apdos. 74-75, 85 y 86).

Sin embargo, la STEDH, Gran Sala, 3 noviembre 2011 (JUR 2011, 369437), resolvió este mismo caso en sentido diverso, considerando que los Estados tienen un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la donación de gametos

y la prohibición legal de utilizar óvulos y esperma donado para la fecundación "in vitro". La legislación austríaca no suponía una violación del art. 8, por cuanto "no prohíbe ir al extranjero en busca de tratamiento contra la infertilidad que comprenda técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria" (apdo. 114). Argumento peligroso y criticado por la doctrina, por cuanto constituye una invitación al "turismo reproductivo" y en el fondo intenta salvar la legislación de otros países que establecen la misma prohibición[10].

En el caso Costa y Pavan contra Italia [STEDH, Secc. 2.ª, 28 agosto 2012 (TEDH 2012, 72)], los demandantes eran una pareja sana portadora de mucoviscidosis (fibrosis quística), según advirtieron tras el nacimiento de su primera hija y el aborto de un segundo hijo, ambos afectados por esta enfermedad genética. En ese momento quisieron tener acceso a las técnicas de reproducción asistida y al diagnóstico genético preimplantacional antes de que la demandante quedara embarazada de nuevo, pero la legislación italiana no se lo permitió. De acuerdo con la Ley n.º 40 de 19 de febrero de 2004, solo podían acceder a las técnicas de reproducción asistida las parejas estériles o infértiles, así como aquellas en las que el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual. De manera que la única opción que les ofrecía el ordenamiento italiano era iniciar un embarazo de forma natural y luego proceder a un aborto terapéutico cuando el examen prenatal mostrase que el feto estaba enfermo.

Dada esta incoherencia legislativa y teniendo en cuenta las consecuencias que ello conlleva tanto para el feto, cuyo desarrollo es obviamente mucho más avanzado que el de un embrión, como para los padres, el TEDH concluye que la denegación de un diagnóstico preimplantacional supone una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto a su vida privada y familiar (art. 8 CEDH), al afectar a su decisión de ser padres de un hijo sano[11].

A la vista de los casos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo sobre esta materia se desprende que existiría violación del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, cuando no se tiene en cuenta en la legislación nacional el equilibrio que debe lograrse entre los intereses en conflicto del individuo y el interés general de preservar la coherencia de un conjunto de normas de Derecho de familia que priorizan el interés del menor [STEDH, Gran Sala, 22 abril 1997,

10 Entre otros, Farnós Amorós, E.: "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 36, pp. 99-100.

11 De hecho, la Ley 40/2004 de responsabilidad asistida italiana ha sido modificada y atemperada en varios aspectos de su inicial redacción. Por un lado, la prohibición del uso de gametos de donante o fecundación heteróloga (art. 4.3), fue declarada inconstitucional por la sentencia del TC italiano n. 162/2014 de 10 de junio respecto de parejas con esterilidad o infertilidad absoluta e irreversible. Por otro, la prohibición de cualquier experimentación sobre el embrión humano, salvo que persiga fines exclusivamente terapéuticos y de diagnóstico en favor del mismo embrión (art. 13), también fue declarada inconstitucional por la "Corte costituzionale" en dos sentencias, la n. 96/2015 y la n. 229/2015, tras la sentencia del caso Costa y Pavan del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

caso X, Y, Z contra Reino Unido (TEDH 1997, 24) apdo. 47]; no se respeta el derecho a la decisión de convertirse o no en padre [STEDH, Secc. 4.ª, 7 marzo 2006, caso Evans contra Reino Unido (TEDH 2006, 19) apdo. 57]; de ser padres genéticos haciendo uso a tal fin de la procreación médicamente asistida [STEDH, Gran Sala, 4 diciembre 2007, caso Dickson contra Reino Unido (TEDH 2007, 86), apdo. 66 y STEDH, Secc. 1.ª, 1 abril 2010, SH y otros contra Austria (TEDH 2010, 56), apdo. 60]; así como el derecho a gestar a un hijo que no esté afectado por la enfermedad genética de la que son portadores los padres, lo que implica la posibilidad de acceder a un diagnóstico preimplantacional [STEDH 28 agosto 2012, caso Costa y Pavan contra Italia (TEDH 2012, 72), apdo. 57].

2. La filiación en la gestación por sustitución y el interés superior del menor.

Los casos Mennesson y Labassee contra Francia, ambos resueltos en sentencias de 26 de junio de 2014 [SSTEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014 (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente)] suponen el primer pronunciamiento favorable del TEDH respecto al establecimiento de la filiación en supuestos de gestación subrogada. En ambos asuntos se trata de matrimonios heterosexuales de nacionalidad francesa que acuden a los EEUU, ante la prohibición de la legislación de su país de realizar contratos de gestación subrogada (de acuerdo con el art. 16.7 CC francés). Los Mennesson tuvieron gemelas gracias a una gestante californiana y los Labassee una niña en Minnesota. En ambos casos los hombres aportaron sus propios gametos, procediendo el óvulo de donante. Ante la negativa de las autoridades francesas a inscribir las resoluciones judiciales norteamericanas, inscritas en el Registro civil estadounidense, los matrimonios citados acuden al TEDH invocando el art. 8 CEDH.

El Tribunal de Estrasburgo entiende justificado que las autoridades galas se nieguen a inscribir este tipo de nacimientos, para desanimar a los ciudadanos que pretendan recurrir a un método prohibido en su territorio. Pero también considera que deben tener en cuenta que sus actuaciones tienen efectos no solo en los padres de intención, sino también en los hijos concebidos de esta forma. De manera que cada vez que esté en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior del menor sobre el resto, a juicio de la Corte europea[12].

Así distingue el derecho de los demandantes a su vida familiar y el derecho de los hijos al respeto a su vida privada, y considera que la negativa de la inscripción

12 Otro dato a tener en cuenta en los casos Mennesson y Labasse es que los menores llevaban conviviendo con sus padres más de 10 años (en los dos casos), si atendemos al momento en el que se pronuncia la sentencia del TEDH. Como aprecia Jiménez Muñoz, F.: "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada", *REDS*, 2018, n.º 12, p. 53, en los casos resueltos por el TEDH sobre filiación derivada de la maternidad subrogada han sido decisivas, además de la existencia de vínculos biológicos entre el niño y los padres intencionales, la duración de la convivencia entre ellos.

por las autoridades francesas no respeta la posibilidad de que cada menor tenga la capacidad de establecer los detalles de su propia identidad como ser humano, lo que incluye la filiación. Por lo que aprecia vulneración del derecho a la identidad personal de las menores (que forma parte de su vida privada), pues las niñas quedaban avocadas a la incertidumbre de acceder a la nacionalidad francesa, con todas las consecuencias negativas que ello conlleva (apdos. 100-101 caso Mennesson y 70-80 caso Labasse).

Posteriormente ha habido otros casos más, como el caso Foulon y Bouvet (gestación en India) y Laborie (gestación en Ucrania), resueltos de forma similar a los anteriores en las SSTEDH, Secc. 5.ª, 21 julio 2016 (TEDH 2016, 61) y 19 enero 2017 (JUR 2017, 14349).

Distinto, sin embargo, a los casos anteriores, es el resuelto en la STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 caso Paradiso y Campanelli (JUR 2017, 25806), que revocó la STEDH, Secc.2.ª, 27 enero 2015 (TEDH 2015,17). En él se decide sobre las drásticas medidas adoptadas por las autoridades italianas que dieron lugar a la separación permanente del menor respecto a los padres comitentes en un supuesto de maternidad subrogada.

Los hechos del litigio se remontan al momento en el que un matrimonio italiano, formado por la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli, tras varias tentativas de fecundación "in vitro" y un intento fallido de adopción, deciden celebrar un contrato de gestación por sustitución a través de una clínica especializada en Moscú. Los padres comitentes se registraron como padres del bebé, de acuerdo con la legislación rusa, sin ninguna indicación de que el niño había nacido a través de gestación subrogada. Cuando la Sra. Donatina acude al consulado italiano para obtener los documentos necesarios para viajar con el bebé a Italia, se informa a las autoridades italianas que el expediente relativo al nacimiento del niño contenía información falsa. Esto tuvo como resultado el inicio de diferentes procedimientos contra los padres comitentes en Italia, donde quedó demostrado que el niño no era hijo biológico de ninguno de ellos. En vista de lo cual, el Tribunal de menores decide separar al menor de los padres comitentes y prohibir cualquier contacto con el niño, por el simple hecho de que habían violado la ley, quedando el menor bajo la tutela de los servicios sociales, luego pasó a acogimiento familiar y finalmente fue adoptado.

La Gran Sala reconoció que los hechos en cuestión están relacionados con la vida privada de los demandantes, pero decidió que las autoridades italianas no habían violado el art. 8 CEDH, a pesar de la existencia de un plan de parentalidad y lazos afectivos entre el menor y los demandantes, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los padres comitentes, el breve periodo de

tiempo en el que estos y el menor convivieron juntos (8 meses en total) y la precariedad de vínculos jurídicos entre ellos (apdos. 157-158).

La última postura del TEDH sobre la maternidad subrogada la encontramos en el Dictamen Consultivo resuelto por la Gran Sala de 10 de abril de 2019, a requerimiento de la Corte de Casación francesa, relativo al reconocimiento pleno de los niños nacidos por maternidad subrogada como hijos de la madre de intención[13].

En dicho Dictamen se dice que la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño nacido por subrogación y la madre de intención puede tener consecuencias negativas en varios aspectos de vida privada del menor, como el riesgo a no tener acceso a la nacionalidad de la madre y todo lo que ello conlleva (apdo. 40), así como la ausencia de identificación legal de las personas responsables del criarlo (apdo. 42). De ahí que mantenga que una vez que se ha reconocido la paternidad legal del padre de intención, que a su vez es padre biológico del niño, el derecho al respecto a la vida privada del menor (art. 8 CEDH) exige que el Derecho nacional ofrezca también la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación con la madre de intención, aunque no sea su madre biológica, siempre y cuando aparezca como "madre legal" en el certificado de nacimiento extranjero legalmente expedido (apdo. 46). No obstante, la Corte de Estrasburgo considera que la elección de los medios por los cuales es posible permitir este reconocimiento de la relación entre el niño y sus padres comitentes está dentro del margen de apreciación de los Estados. De tal manera que este reconocimiento de la maternidad no exige la inscripción en el Registro civil nacional del certificado de nacimiento extranjero, sino que puede materializarse por otras vías, como la adopción, siempre que se garantice su efectividad y celeridad conforme al interés superior del niño (apdos. 48-55).

En suma, tras los diferentes casos examinados podemos concluir que el TEDH, aunque reconoce la falta de consenso entre los Estados a la hora de regular la filiación derivada de las TRA, considera que la negativa de estos a reconocer e inscribir en sus Registros civiles nacionales la filiación de los niños a favor de los padres comitentes en los casos de maternidad subrogada, cuando existe un vínculo biológico, es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH), que asocia con su derecho a la identidad y este a su vez con la nacionalidad. De esta forma obliga a los Estados a tomar en consideración el interés superior del menor en estos casos [SSTEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, casos Menneson y Labassee contra Francia (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente) apdos. 100-101; 21 julio 2016, caso Foulon y Bouvet

13 Disponible en: https://idibe.org/noticias-legales/dictamen-consultivo-del-tedh-maternidad-subrogada-practicada-pais-extranjero-donde-esta-practica-legal/.

contra Francia (TEDH 216, 61); y 19 enero 2017, caso Laborie contra Francia (JUR 2017, 14349) y Dictamen Consultivo del TEDH de 10 de abril de 2019, apdo. 38]. Lo que incluye la protección contra los riesgos de abusos que puede comportar la gestación por sustitución [STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 caso Paradiso y Campanelli (JUR 2017, 25806), apdo. 202].

El principal peligro que se deriva de esta jurisprudencia que otorga a los Estados un importante margen de apreciación en materia de reproducción asistida, es el incremento del llamado "turismo reproductivo", según se ha señalado por la doctrina[14]. De ahí que cada día se haga más necesaria la adopción de estándares mínimos comunes para las heterogéneas legislaciones nacionales en materia de acceso a las TRA[15].

III. CONDICIONES PERSONALES DE ACCESO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA.

Las condiciones personales de acceso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país están previstas en los arts. 3 y 6 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA).

Antes de entrar en el análisis de estas normas, hay que señalar que la actual Ley desvincula las técnicas de reproducción asistida de la esterilidad. De manera que su uso puede ser recabado hoy día tanto por personas con esterilidad, como por otras que no tienen problemas en este sentido, pero que buscan prevenir y tratar enfermedades de origen genético (arts. 12 y 13 LTRHA) o la utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados (art. 11 LTRHA) porque quieren tener hijos en un determinado momento de sus vidas. De hecho, en la cartera de servicios sanitarios comunes de la Seguridad Social (anexo III norma 5.3.8 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre), se incluye la reproducción humana asistida como una prestación más cuando haya un diagnóstico de esterilidad, pero también una indicación clínica establecida conforme a los programas de cada servicio de salud.

De los arts. 3 y 6 LTRHA se infiere que las receptoras o usuarias de estas técnicas solo pueden ser mujeres. El hombre podrá dar su consentimiento para que su pareja se someta a las mismas o bien aportar su propio material genético,

14 Entre otros, Farnós Amorós, E.: "La reproducción asistida", cit., p. 108.

15 En este sentido, Cayón de las Cuevas, J.: "La creciente ampliación del margen de apreciación nacional en el acceso a las técnicas de reproducción asistida: análisis crítico y bases para su reducción", *RJUAM*, 2017-I, núm. 35, p. 45 y ss., advierte que la ampliación del margen de apreciación nacional por parte del TEDH en el ámbito de la salud reproductiva "constituye una manifestación más de la crisis del proyecto europeo, tanto a nivel de la UE como del Consejo de Europa… supone un vaciamiento fáctico del contenido del CEDH y lleva consigo una degradación del marco europeo de derechos humanos" (p. 69).

pero quien deberá gestar el hijo fruto de la reproducción asistida será la mujer, sola o con su pareja (cualquier que sea su sexo).

El hecho de que nuestra Ley de reproducción asistida permita el acceso de la mujer sola, frente a países como Italia, Alemania, Suiza o Francia (este último en trámites de modificación legal), que reservan este tratamiento únicamente para parejas, ha sido objeto de crítica por quienes consideran que el legislador no debía haber legitimado a la mujer sola para decidir que un hijo no tuviera padre. Sin embargo, entiendo que este debate está ya más que superado teniendo en cuenta, por un lado, la admisión del modelo de familia monoparental en nuestra sociedad y, por otro, la aptitud de una persona individual para adoptar niños (art. 175.4 CC) y, en consecuencia, para criarlos.

1. La edad de la mujer.

De acuerdo con el art. 6.1 TRHA podrá ser usuaria o receptora de estas técnicas cualquier "mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar", siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa, con independencia de su estado civil y orientación sexual.

Solo en el caso de que la receptora estuviera casada (y no separada legalmente o de hecho) o bien acuda con un varón que, sin ser un mero donante anónimo, quiera aportar su esperma (ya sea o no su pareja), deberá contar también con el consentimiento de su cónyuge o del varón para someterse a estas técnicas y determinar así la filiación del niño (arts. 6.3 y 8.2 LTRHA). Este consentimiento tendrá dos finalidades principalmente: en primer lugar, la autorización de la intromisión en el propio cuerpo para obtener el material genético preciso para la aplicación de las técnicas, en el caso de tratarse de una fecundación homóloga o con gametos propios; y, en segundo lugar, aceptar la consecuencia de la determinación de la filiación obtenida mediante reproducción asistida, ya sea homóloga o ya heteróloga (arts. 8.1 LTRHA y 116 CC)[16].

Al fijar una edad mínima, 18 años, la Ley excluye expresamente que puedan acceder a estas técnicas las menores emancipadas[17]. Seguro que pensando que se

16 Sobre este segundo aspecto *vid.* en particular De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, vol. 4, n.º 1, p. 321-322, quien sostiene que el consentimiento para la fecundación del varón conviviente no es un reconocimiento de la filiación, que debe tener lugar en la forma establecida en el art. 120 CC, sino una manifestación de voluntad que comporta un acto de responsabilidad, de asumir como propio el hijo que se conciba en un proyecto común de familia, aunque biológicamente no sea suyo.

17 Jiménez Muñoz, F.J.: "Consentimiento y edad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI* (dir. por S. Tamayo Haya), Comares, Granada, 2015, p. 20.

precisa una cierta madurez para ser madre. Sin embargo, como no pone límite de edad máxima, genera incertidumbre para aquellas mujeres en edad tardía que quieren ser madres, lo cual cada vez es más frecuente teniendo en cuenta que la edad media a la que se accede por primera vez a la maternidad se va retrasando cada año, ya sea por motivos profesionales o económicos.

Pese a que la Ley no fija una edad tope, la sanidad pública española ha establecido como requisito para el acceso a la reproducción asistida que la usuaria sea una mujer estéril con una edad máxima de 40 años en el momento en el que se inicia el tratamiento, mientras que para los hombres la edad está en 55 (otro requisito, además de la edad, es la ausencia de hijo previo y sano y, en el caso de parejas -heterosexuales o mujeres con pareja femenina-, ningún hijo común previo y sano). Por otro lado, existe un consenso por parte de la Sociedad Española de Fertilidad y las clínicas privadas en fijar en 50 años la edad máxima para que la mujer pueda someterse a estos tratamientos, dado que los riesgos pasada esa edad son muy altos y las garantías de lograr un embarazo muy bajas.

Los médicos serán a la postre quienes decidan en relación con el acceso a estas técnicas, examinando cada caso en concreto y teniendo el deber de informar a la madre de los riesgos que implica para ella y su descendencia una maternidad a una edad muy tardía (art. 6.2 LTRHA). De manera que en el caso de que existan altas probabilidades de fracaso o importantes riesgos para la salud de la madre o del futuro hijo, el derecho a la salud de estos últimos debe primar sobre cualquier otro interés, como marca la propia Ley (art. 3.1 LTRHA)[18]. En estos casos difíciles, a mi modo de ver, el equipo médico debería valorar también la capacidad para hacer frente a las responsabilidades parentales de la mujer o de la pareja como una cuestión más que afecte a la salud, física o psíquica, de la descendencia.

Esta valoración anticipada evitaría situaciones alarmantes como la de Mauricia, que con 64 años fue madre de dos niños. Esta señora había tenido una hija también por fecundación "in vitro" y los servicios sociales asumieron su custodia seis años atrás, porque la niña no recibía la atención y el cuidado necesarios. Para lograr otro embarazo viajó a Estados Unidos, donde se sometió a un tratamiento de fecundación "in vitro" y dio a luz a dos gemelos en Burgos. Pues bien, la historia se repitió con los nuevos hijos y los servicios sociales tuvieron que actuar sobre la

18 Díaz Martínez, A.: "Comentario jurídico a los apdos. 1,3 y 4 del art. 3 LTRHA", en AA.VV.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)* (dir. por F. Lledó Yagüe y C. Ochoa Marieta y coord. por O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2007, p. 60, señala en relación con este precepto, que no quedarían exonerados de responsabilidad los médicos que aceptasen llevar a cabo el tratamiento, respaldados por el consentimiento de la mujer, incluso correctamente informada de los riesgos existentes, si estos existieran y se produjeran. El hijo que naciera con los daños derivados causalmente de la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida sería el legitimado para su reclamación.

custodia de los bebés, al considerar que estaban en situación de desamparo tras negarse Mauricia a tratar su trastorno paranoide[19].

2. Requisitos de capacidad.

Siguiendo con las usuarias de las técnicas de reproducción asistida, cabe observar que el art. 2.1 de la Ley 35/1998 TRA señalaba que su uso se realizaría solamente: a) cuando existieran posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o de la posible descendencia; y b) en "mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica", que consientan de forma libre, consciente y previa información y asesoramiento suficientes[20].

El actual art. 3.1 LTRHA, que se refiere a las condiciones personales para su acceso, ha omitido la exigencia de "buen estado de salud psicofísica" que figuraba en la anterior redacción. En él se establecen una serie de condiciones objetivas que deberán ser valoradas por el equipo médico que lleve a cabo el tratamiento. Así, las técnicas de reproducción asistida solamente se podrán realizar: i) cuando haya posibilidades razonables de éxito; ii) no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia; y iii) con previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que ha debido de ser previa y debidamente informada tanto de las posibilidades de éxito, como de sus riesgos y condiciones de aplicación.

El requisito del buen estado de salud psicofísico solo es exigido por el art. 5.6 LTRHA para ser donante, además de la plena capacidad de obrar. Para acreditar este estado psicofísico se deberá de cumplir con las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y analíticas que demuestren que no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia (art. 5 apdo. 6 LTRHA), con el objetivo de evitar en la medida de lo posible malformaciones cromosómicas y garantizar una cierta calidad en el material genético.

En cuanto a la exigencia del requisito de la plena capacidad de obrar para acceder al uso de estas técnicas (art. 6.1 LTRHA), habrá que tener en cuenta, por un lado, el principio de igualdad jurídica de todas las personas (con o sin discapacidad) recogido en el art. 12 de la Convención Internacional de Derechos

19 Noticia disponible en: https://www.elespanol.com/espana/politica/20170416/208979216_0.html (fecha de la consulta: 18/04/2020).

20 Adviértase que el TC en su sentencia núm.116/1999, que tenía por objeto la constitucionalidad de la Ley 35/1988, señala en su FJ 14.º que "no carece de toda justificación que el legislador, al regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, estableciese ciertas reglas sobre los requisitos que deben cumplir las mujeres que se sometan a las mismas o sobre la filiación de los nacidos por fecundación artificial, dado que estos aspectos son consecuencia jurídica inescindible de la aplicación de las técnicas reproductoras objeto de la regulación legal".

de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), del que España es Estado Parte; y, por otro, la DA 5.ª LTRHA que introduce una cláusula general de no discriminación para el acceso y uso de estas técnicas por parte de las personas con discapacidad[21].

En mi opinión, una interpretación acorde con la CDPD nos debe llevar a afirmar que en el caso en el que la mujer haya visto su capacidad modificada judicialmente y, conforme a lo que conste en la sentencia, su falta de capacidad no afecte al ejercicio responsable de la maternidad o de la patria potestad, ni a su capacidad para poder prestar un consentimiento informado válido para actos médicos que afecten a su integridad física, cabría entender que existe aptitud para prestar un consentimiento informado válido (art. 6.1 LTRHA)[22], y, por tanto, sería posible acceder a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando se cumplan, además, el resto de los presupuestos previstos en la Ley, esto es, que existan posibilidades razonables de éxito y no haya riego grave para la salud física o psíquica de la mujer o de la posible descendencia (art. 3.1 LTRHA)[23].

Consecuentemente, ninguna patología psíquica o física debería por sí misma suponer una incapacidad para el acceso a las TRA, siempre y cuando no se produzcan riesgos para la madre o el futuro niño. Lo que ocurriría, bajo mi punto de vista, con las demencias graves, discapacidades intelectuales severas o estados de salud psíquica bastante mermados donde, por informes médicos o de otra índole, se constate que la mujer no se puede responsabilizar de las tareas que implica ser madre aunque cuente con apoyos, así como en los casos en los que una patología grave se transmitiera a su prole, a menos que se actúe un eventual diagnóstico genético embrionario que permitiera asegurar hijos sanos[24].

Para el caso de que la mujer tenga alguna discapacidad física que afecte a sus funciones orgánico-biológicas, el equipo médico deberá de valorar e informar a la usuaria, a través de medios y formatos accesibles, de todos los riesgos que

21 Cabe traer a colación aquí el caso de Portugal, cuya Ley n. 49/2018, de 14 de agosto, ha procedido a adaptar la Ley 32/2006, de 26 de julio, sobre Reproducción Médicamente Asistida, en consonancia con lo dispuesto en la CDPD. Así, ha sustituido la anterior redacción del art. 6.2 de la Ley 32/2006, que establecía como requisito para acceder a la reproducción asistida el ser mayor de 18 años y no encontrarse "incapacitados o inhabilitados por anomalías psíquicas", por ser persona que tenga "por lo menos 18 años y no exista una sentencia de apoyo que prohíba el recurso a estas técnicas".

22 De acuerdo con lo dispuesto en la DA 2.ª de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, en todo lo relativo a la información asistencial y al consentimiento informado del paciente que resulte en la aplicación de las TRA, actuará de forma supletoria la Ley 41/2002. Del art. 3 de esta última se desprende la exigencia de facultades (mentales y físicas) para decidir y asumir las consecuencias del acto médico. En nuestro caso se trataría de actos dirigidos a la gestación, aunque también cabría la posibilidad de autorizar la prestación válida del consentimiento dirigido a autorizar la donación de preembriones u óvulos, así como a su crioconservación y posterior almacenamiento o autorizar un programa de diagnóstico genético preimplantacional.

23 Para mayor detalle sobre el tema *vid.* Múrtula Lafuente, V.: "Los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad", *Revista de Derecho Privado*, 2019, núm. 5, pp. 33 y ss.

24 En este sentido, Abellán, F. y Sánchez-Caro, J.: *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Comares, Granada, 2009, p. 41.

asumiría. Solo cabría que los propios facultativos se puedan negar a proporcionar esta práctica, cuando las condiciones (entre riesgo-beneficio) así lo aconsejen, aunque se cuente con el consentimiento de la paciente[25].

En los casos en los que el médico decida que no resulta pertinente el empleo de estas técnicas, podrá apelar a su derecho fundamental a la libertad de conciencia protegido en la CE, aunque no haya mención alguna a esta institución en la LTRHA.

En definitiva, en el acceso a las técnicas de reproducción asistida, la obligación legal y también ética de no causar daño ni a la mujer usuaria ni a su descendencia debe considerarse prioritaria por los médicos, por encima incluso de la voluntad de los pacientes y de su libertad reproductiva[26].

IV. APUNTES DE DERECHO COMPARADO.

Aunque no existe una uniformidad legislativa a la hora de abordar las condiciones de acceso a las TRA, podemos mirar hacia otros países y constatar que, en algunos de ellos y a diferencia del nuestro, uno de los criterios que tendrán que valorar los facultativos a la hora de decidir el empleo de estas técnicas es el bienestar del menor por nacer.

En Francia, por ejemplo, la L.2141-2 del "Code de la santé publique", pendiente de modificación legal[27], afirma que la reproducción asistida está destinada a remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de particular gravedad. Dispone, además, que el hombre y la mujer que formen la pareja deben estar vivos (no está permitida la inseminación post-mortem) y mantener el vínculo legal o de convivencia en el momento de la inseminación o de la transferencia de embriones. Se permite la fecundación heteróloga [un embrión solo podrá ser concebido "in vitro" con gametos que provengan al menos de uno de los miembros de la pareja (L. 2141.3)]. Cabiendo destacar, a los efectos que aquí nos interesan, que la implementación de la reproducción asistida deberá ir precedida de entrevistas particulares a los solicitantes por parte de los miembros de un equipo médico-clínico multidisciplinar, para informarles del proceso y verificar, entre otras cosas, la motivación que tiene la pareja, pudiendo, en caso de que sea necesario, acudir a los servicios sociales instituidos en el Código de la familia y de Asistencia Social o incluso estimar que

25 Así, Serna Meroño, E.: "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, 2012 (enero-diciembre), núm. 26, pp. 301-302.

26 Abellán, F. y Sánchez-Caro, J.: *Bioética*, cit., p. 45.

27 Cabe observar que está previsto un Proyecto de Ley de bioética, en período de examen y adopción parlamentaria en el momento de concluir este trabajo, que tiene previsto autorizar la procreación medicamente asistida a parejas de mujeres y a mujeres solteras, y también elimina el criterio médico de infertilidad.

los solicitantes necesitan un período de reflexión en interés del niño por nacer (L. 2141-10).

En Alemania, tendremos que acudir al Código social alemán, en su libro quinto, relativo al seguro de salud obligatorio[28], para ver los requisitos para el acceso a la inseminación artificial ("Künstliche Befruchtung") cubiertos por su sistema de Seguridad Social. De acuerdo con el § 27, es preciso un dictamen médico indicando la oportunidad de su empleo como último remedio para el embarazo de la mujer [§ 27a (1).1] y deben existir indicios razonables de éxito [§ 27a (1).2]. El uso de estas técnicas deberá ser requerida por parejas casadas [§ 27a (1). 3], en edades comprendidas entre los 25 a los 40 años en el caso de las mujeres y los hombres que no hayan cumplido los 50 antes del inicio del tratamiento [§ 27a (3)]. En la inseminación artificial solo se podrán utilizar los óvulos y el esperma de los cónyuges [§ 27a (1). 4][29].

Con anterioridad a someterse a estas técnicas, la pareja ha debido de acudir a un facultativo, que no lleve a cabo la inseminación artificial, para que les informe de todo el proceso y realice una valoración de los aspectos médicos y psicosociales de la pareja, en orden a otorgar su conformidad al tratamiento [§ 27a (1). 5]. Por lo tanto, en el Derecho alemán nos encontramos con la necesidad de dos informes médicos favorables para el acceso a las TRA: uno inicial donde se valora la viabilidad médica [§ 27a (1).1] y otro segundo más amplio donde se tienen en cuenta, además de los aspectos médicos, los psicosociales [§ 27a (1). 5].

En Reino Unido la legislación aplicable se encuentra en la Ley de Fertilización Humana y Embriología (en adelante, HFEA) de 1990 ("Human Fertilisation and Embryology Act")[30], modificada en 2008, 2010 y 2014, que debe ser completada con las directrices de "The Human Fertilisation and Embryology Authority" (HFEA), autoridad administrativa independiente, creada por la HFEA, encargada de reglamentar las prácticas con embriones y otorgar las licencias y habilitaciones a las clínicas y centros de fertilidad.

La HFEA tiene elaborado un Código de conducta o buenas prácticas que recoge el grueso de sus directivas generales sobre la interpretación de la ley y, pese

28 *Sozialgesetzbuch* (SGB), *Fünftes Buch* (V). *Gesetzliche Krankenversicherung*, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/BJNR024820988.html.

29 Este requisito del estado civil de la pareja, contenido en el Código Social y en las directrices formuladas por la Asociación Médica Alemana (https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/richtlinien/), ha sido muy controvertido en aquel país, pues la exigencia de que solo se utilicen óvulos y esperma de los cónyuges obliga a las personas solteras y a las parejas de mujeres (casadas o no) a tener que costearse el tratamiento por su cuenta. Cabe señalar que el Tribunal Federal alemán de Finanzas se ha abierto recientemente al reconocimiento de la reclamación de los gastos de la reproducción asistida a cargo de la Seguridad Social a parejas de mujeres del mismo sexo (*vid.* en este sentido la Sentencia del BFH de 5 de octubre de 2017, https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/718994/).

30 https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents.

a no tener carácter vinculante, orienta las licencias y prácticas de las clínicas al influir en su concesión y poderlas sancionar[31]. En él se prescriben una serie de principios básicos, entre los que destacamos, que los centros con licencia deberán tratar a los pacientes y donantes de manera justa y no discriminatoria, proporcionarles información suficiente, accesible y actualizada para tomar decisiones informadas, así como también tener en cuenta el bienestar de cualquier niño que pueda nacer como resultado del tratamiento y de cualquier otro niño que pueda verse afectado por ese nacimiento[32].

El principio del bienestar del niño ("Welfare of the child"), desarrollado por la directriz 8 que a su vez interpreta la sección 13(5) de la HFEA en su redacción original de 1990, obliga a las clínicas a tener en cuenta el bienestar del futuro menor a la hora de aceptar las candidatas a tratamientos de reproducción asistida. Incluye la necesidad del niño de apoyo parental. Para ello, el centro debe de contar con procedimientos documentados (apdo. 8.2) y evaluar a cada paciente y su pareja, si la tuviera (apdo. 8.3).

Las personas que buscan este tipo de técnicas tienen derecho a una evaluación justa, que deberá de hacerse de manera no discriminatoria. En particular, los pacientes no deberán ser discriminados por motivos de género, raza, discapacidad, orientación sexual, creencias religiosas o edad (apdo. 8.6). El centro deberá hacer un historial médico y social de cada paciente y su pareja (si tuviera), pudiendo ser entrevistados por separado (apdo. 8.8).

Entre los factores a considerar durante el proceso de evaluación figuran circunstancias pasadas o actuales que pueda llevar a una incapacidad para cuidar cualquier niño como, por ejemplo, condenas por violencia, privación de la patria potestad o la custodia [apdo. 8.14 (a)]; o condiciones mentales o físicas, abuso de drogas o alcohol, historial médico que indique que el niño que nazca es probable que sufra una afectación médica grave o circunstancias que el centro considere que le pueden causar un daño grave a él o a cualquier otro hijo [apdo. 8.14 (b)][33]. Al considerar el apoyo parental, los centros atenderán al compromiso de los padres y podrán tener en cuenta las relaciones familiares y sociales más amplias en las que se criará el menor (apdo. 8.15).

El rechazo al tratamiento se producirá cuando el centro llegue a la conclusión de que el niño que nazca o cualquier otro hijo de la familia, corre el riesgo de sufrir un daño significativo o no pueda obtenerse suficiente información para concluir la inexistencia de riesgo (apdo. 8.18). Al decidir el rechazo, el centro deberá tener en

31 https://www.hfea.gov.uk/media/2793/2019-01-03-code-of-practice-9th-edition-v2.pdf.

32 "Regulatory principles for licensed centres", *Code of Practice*, 2019, p. 13.

33 "Factors to consider during the assessment process", *Code of Practice*, 2019, pp. 95- 96.

cuenta las opiniones de todo el personal que ha estado involucrado en el cuidado del paciente y dar a este último la oportunidad de responder a esta negativa antes de que se tome la decisión final (apdo. 8.19). Si continúa rechazando el tratamiento, el centro deberá de explicar, por escrito, al paciente y a su pareja las razones del rechazo, cualquier circunstancia que permita reconsiderar su decisión y otras opciones (apdo. 8.20).

En esta misma dirección, la Ley Federal de reproducción médica asistida de Suiza, de 18 de diciembre de 1998, modificada el 1 de septiembre de 2017, establece en su art. 3 que el tratamiento de reproducción asistida tan solo se podrá realizar cuando el interés del niño por nacer esté garantizado (art. 3.1)[34]. Se exige en este sentido que la pareja que acude a estos tratamientos asuma la relación paterno-filial derivada de los arts. 253-263 del CC (ZGB)[35] y, atendiendo a sus circunstancias personales y a su edad, pueda cuidar al menor hasta su mayoría de edad (art. 3.2).

Finalmente, cabe referenciar el caso de Holanda, donde las directrices profesionales para el acceso a TRA señalan que este tratamiento puede ser rechazado por los profesionales médicos por motivos morales[36]. La reglamentación holandesa apela también al interés y bienestar del futuro niño, como justificación fundamental para la reglamentación y acceso a la reproducción asistida. Esta directriz permite a los médicos excluir a los futuros padres con un historial de abusos o negligencia en el cuidado de menores, o a los que sufren de un trastorno mental o psicológico.

V. EL BIENESTAR DEL MENOR POR NACER: UNA CUESTIÓN DE "INTERÉS".

Resulta difícil entender la razón por la cual en nuestro país y a diferencia de otros países europeos (como hemos tenido ocasión de comprobar), no se entra a valorar el interés o bienestar del menor por nacer a la hora de acceder a la reproducción asistida, cuando el interés superior del menor siempre es una prioridad en otras formas de filiación como la adopción, lo que lleva a ponderar la capacidad parental del futuro adoptante o adoptantes[37]. Máxime teniendo en cuenta, de acuerdo con el parecer mayoritario de la doctrina, que ni la Ley 35/1988 ni la actual LTRHA pretendieron crear un nuevo título constitutivo de

34 https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20001938/index.html.

35 https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html.

36 *Vid. NVOG Modelprotocol: Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen* (2010), https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/Mogelijke-morele-contra-indicaties-bij-vruchtbaarheidsbehandelingen-1.0-04-06-2010.pdf.

37 Como también hemos podido comprobar, el interés del menor es relevante para determinar la filiación que tiene lugar como consecuencia de la maternidad por sustitución, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH.

filiación basado en la voluntad de procrear, sino que se limitaron a regular ciertas peculiaridades para el caso de que la generación tuviera lugar mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida[38].

Así, si echamos un vistazo a lo que ocurre en los procesos de adopción en España, podemos ver que estos quedan a cargo de la Administración. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad pública correspondiente a favor del adoptante o adoptantes, que han debido de pasar con anterioridad por un procedimiento de determinación de la idoneidad, requisito imprescindible tanto para la adopción nacional como para reconocer la adopción tramitada en el extranjero (art. 176.2 CC)[39].

Para la declaración de idoneidad, la entidad pública ha debido realizar una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y social de los adoptantes, así como si el adoptante tiene capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias (art.176.3 pf. 2 CC). Entre los factores a ponderar están la capacidad intelectual, su madurez personal, estabilidad, autonomía y capacidad para asumir responsabilidades. La exigencia de estos requisitos se justifica única y exclusivamente por la protección y el interés de los menores. De hecho, en la tramitación del expediente de adopción, el juez podrá ordenar cuantas diligencias considere necesarias para salvaguardar el interés del menor.

En el ámbito internacional, según se desprende del Convenio de la Haya sobre adopciones internacionales de 29 de mayo de 1993, es preciso también un estudio psicosocial de la pareja adoptante [arts. 5.a) y 15.1]. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, exige en este sentido para la declaración de idoneidad una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias (art. 10.1).

Esta valoración previa de la capacidad para ser madre o padre no concurre sin embargo en el caso de las TRA, sobre todo cuando se hace a través de clínicas privadas. Su práctica tan solo dependerá de la interpretación que el facultativo o el equipo médico realice sobre si su uso supone un riesgo grave para la salud física o psíquica tanto de la madre como de la posible descendencia (art. 3.1 LTRHA).

38 Según advierte De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación", cit., p. 314.

39 Se entiende por idoneidad, como expresa el art. 176.3 CC, "la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción". Este artículo fue modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia, incorporando en el Código civil los requisitos de idoneidad establecidos por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional en su art. 10.1.

En el ámbito de la sanidad pública, hemos podido observar que solo alguna Comunidad Autónoma indica en sus protocolos que la reproducción asistida no se aplicará a personas donde exista una contraindicación médica o "cualquier otra situación documentada" que interfiera o pueda interferir de forma grave sobre el desarrollo de la descendencia, y en este último caso sometida a la consideración de un comité de ética asistencial u órgano similar[40].

De ahí que propongamos, de "lege ferenda", la necesidad de realizar una valoración mínima previa de la persona que solicita ser receptora de estas técnicas con fines procreativos, en orden a salvaguardar el bienestar o "interés del menor por nacer".

La cuestión que estoy planteando ya se ha presentado en otros países, no solo a nivel legal sino también doctrinal y jurisprudencial, donde hay una demanda creciente de una mayor protección de los intereses del futuro niño.

Es el caso, por ejemplo, de los Países Bajos, donde en los últimos años han surgido nuevas medidas legales con el objeto de proteger de posibles daños al niño no nacido y futuro, tanto por un defecto genético como por una conducta nociva de su padre o de su madre, dándole un tratamiento legal parecido al de la persona física, aunque no cumpla con los requisitos para alcanzar la personalidad (determinada por el nacimiento, como en la generalidad de ordenamientos)[41]. Y ello por cuanto consideran que el daño prenatal al niño no tiene por qué ser causado durante el embarazo; pues en algunos casos el riesgo del daño está intrínsecamente relacionado con el estado de existencia del propio menor. Así ocurre, no solo cuando el niño tiene una afección genética grave (donde juega un papel fundamental la regulación del diagnóstico genético preimplantatorio), sino también cuando sus padres biológicos carecen de la capacidad parental necesaria para criar a un hijo y, por lo tanto, suponen un riesgo potencial de abuso o desamparo del propio menor[42].

40 *Vid.* aquí Criterios de Inclusión Unidad de Reproducción Asistida del Servicio de Salud del Principado de Asturias, http://www.hca.es/huca/web/documentos/Criterios%20de%20Inclusi%C3%B3n-20160722.pdf (fecha de la consulta 19/04/2020).

41 Lo cual no ha estado exento de críticas y problemas pues, a la postre, supone una fragmentación y una ficción de la categoría de persona física, al retrotraer los intereses de una "persona" a un momento anterior a su concepción, según observa, Van Beers, B.: "The Changing Nature of Law's Natural Person: The Impact of Emerging Technologies on the Legal Concept of the Person", *German Law Journal*, 2017, vol.18, núm. 3, pp. 559 y ss.

42 Como desarrolla Ten Haaf, L.: "Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of two Subject-Oriented Approaches--the Subject of Rights and the Subject of Interests", *German Law Journal*, 2017, vol. 18, núm. 5, pp. 1091 y ss., quien además advierte que, en los ejemplos señalados, se atribuye al futuro niño un interés específico difícil de justificar: el interés en su propia inexistencia. Se supone que en los casos en los que no se puede garantizar suficientemente el bienestar del futuro menor, éste se encuentra en mejor situación si no existiera.

Este tipo de daños se reconducen en el Derecho extranjero hacia las llamadas "the wrongful life actions", donde la vida de la persona con discapacidad o en unas condiciones en las que prefería no haber existido se presenta como un daño indemnizable. En el punto de partida de estas acciones está el comportamiento de un profesional médico que, con ocasión de una prestación sanitaria de diagnóstico, omite la información o emite un diagnóstico erróneo sobre el estado de un "nasciturus", que impide que los progenitores conozcan los problemas que afectarán de por vida al futuro niño. Estos daños no pueden evitarse solo influyendo o guiando el comportamiento de la mujer durante el embarazo, para que pueda adoptar la decisión de abortar o no antes del transcurso del plazo legalmente fijado. La única manera de prevenirlo, cuando hablamos de la falta de capacidad parental, es actuar antes de que la concepción del niño haya tenido lugar, interviniendo en el proceso de acceso a las TRA.

Evidentemente, resulta un tanto arriesgado hablar en nuestro Derecho del "interés del menor por nacer" y cuáles serían los parámetros que se deberían tener en cuenta, por cuanto, en primer lugar, estamos hablando de un "interés" que ni siquiera tiene un reconocimiento legal expreso, tan solo lo podría tener por la vía de una interpretación extensiva, entendiéndolo incluido en el concepto jurídico indeterminado de "interés superior del menor". Además, puede entrar en conflicto con el pretendido "derecho a procrear" de los solicitantes de las TRA. Y, como es sabido, en caso de conflicto, resulta relevante la existencia de normas que apoyen la prevalencia de uno de los principios o intereses en pugna. En segundo lugar, habría que concretar qué cabe entender por bienestar o "interés del menor por nacer".

Para resolver las dudas suscitadas, juega un papel primordial la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha modificado los arts. 2 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, incorporando a nuestro sistema ciertos elementos de objetivación que facilitan la concreción práctica del principio general del "interés superior del menor".

En este sentido, se define el "interés superior del menor" desde un contenido triple: como derecho sustantivo (art. 2.1 y 4 LOPJM), como principio jurídico interpretativo fundamental (art. 2.2 y 3 LOPJM) y como norma de procedimiento (art. 2.5 LOPJM). De tal suerte que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le atañe, "su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en

el ámbito público como privado", tanto si se trata de normas contenidas en la LOPJM, como si se trata de otras normas que le afecten (art. 2.1 LOPJM)[43].

En el caso de que haya otros intereses legítimos en presencia junto al interés del menor, estos también se respetarán a la hora de llegar a una solución y si no se pueden respetar todos los intereses legítimos en juego: "deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados" (art. 2.4 LOPJM).

Al principio de este trabajo señalábamos que, de los diversos textos internacionales donde se reconoce el derecho básico de todas las parejas e individuos a fundar una familia, no se deriva un derecho fundamental a recurrir a cualquier medio de reproducción asistida en caso de esterilidad. Estamos ante un derecho de configuración legal donde pueden converger distintos intereses, tanto individuales como también generales, pues son aspectos que entran de lleno en el ámbito del Derecho de familia.

Otros aspectos a considerar en el debate suscitado, tienen que ver con que la protección del menor en un estado previo a su nacimiento. Esta protección viene reconocida por el Tribunal Constitucional, que entiende que el "nasciturus" es un "bien jurídico" objeto de protección al amparo del art. 15 CE [FJ 7.º y 13.º STC 53/1985 11 abril (RTC 1985, 53)]. También se contempla en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), según el cual: "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Nuestro Código civil por su parte señala en el art. 29 que "al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables", incluyendo en este ámbito de protección, según mantiene la doctrina, al embrión "in vitro" no implantado[44]. Incluso una de las novedades que incorpora a la LOPJM la Ley 26/2015 de

43 Nuestra legislación sigue aquí la Observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas, que considera que el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados". Para un mayor conocimiento del principio de "interés superior del menor ", *vid.* Femenía López, P.J.: *La determinación,* cit., pp. 33 y ss.

44 Así, Femenía López, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGrawHill, Madrid, 1999, pp. 272-273.

protección a la infancia y a la adolescencia, es la protección del menor por nacer a través de la intervención por parte de la administración pública competente en situaciones de posible riesgo prenatal (como la falta de cuidado físico de la madre gestante, el consumo abusivo de sustancias tóxicas o de alcohol, así como cualquier otra acción que pueda perjudicar su desarrollo normal), a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de riesgo o desamparo del recién nacido (art. 17.9 LOPJM)[45].

Precisamente de las situaciones de desamparo (art. 172 CC) y acogimiento de menores (arts. 172 ter-173 bis CC), de los casos en los que se puede privar a los padres de la patria potestad sobre sus hijos por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (art. 170 CC) o al padre maltratador suspenderle en el ejercicio de esta potestad (art. 65 LOVG), se constata que en nuestro ordenamiento el derecho de los padres biológicos sobre sus hijos no es reconocido como principio absoluto y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante.

Así lo evidencia la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, recogida entre otras en la STS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581), cuando afirma que: "Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el del interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor" (FD 6.º)[46].

A la vista de todas las reflexiones realizadas, esto es: i) no existe un derecho fundamental al acceso a las TRA sin límites y sin condiciones; ii) los médicos tienen la obligación legal (y también ética) de no causar daño ni a la mujer usuaria de las TRA ni a su descendencia (art. 3.1 LTRHA); iii) el ordenamiento adelanta la protección del menor a momentos anteriores a su nacimiento (art. 29 CC); iv) el derecho de los padres biológicos sobre sus hijos no es reconocido como principio absoluto (ni legal ni jurisprudencialmente), podemos concluir que sería posible y deseable la consideración del bienestar del menor por nacer como un "interés"

45 Para un mayor conocimiento sobre este tema *vid*. Barceló Doménech, J.: "Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10, p. 187, quien también mantiene la posibilidad, en ausencia de disposición expresa, de poder declarar el desamparo, antes de producirse el nacimiento, de forma preventiva en virtud de la protección que ofrece el art. 29 CC al "nasciturus" (pp. 192-193).

46 Seguida por las SSTS 6 febrero 2012 (RJ 2012, 4522), 2 diciembre 2015 (RJ 2016, 117), 17 marzo 2016 (RJ 2016, 1132), 21 diciembre 2016 (RJ 2016, 6271) y 14 febrero 2018 (RJ 2018, 452).

más a valorar en el acceso de las personas a las técnicas de reproducción asistida (como existe en otras formas de filiación como la adoptiva).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Las crecientes posibilidades de influir y controlar la reproducción humana a través de las TRA, motivan que la vida futura sea un tema urgente para el pensamiento jurídico. Ahora que tener hijos se ha convertido en una cuestión de elección personal más que de azar, tenemos que asumir la responsabilidad de nuestras decisiones procreativas. Esto significa que no podemos ignorar al menor por nacer en el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Para concretar un poco más qué podemos entender por bienestar del menor por nacer, como "interés" a valorar en estos casos, podemos acudir a lo dispuesto en el art. 2.2 LOPJM. Entre otros criterios se debería tener en cuenta, en línea de principios, si la madre o padres de intención pueden satisfacer las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas; y si la vida y desarrollo del futuro menor puede tener lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

La apreciación sobre las condiciones más adecuadas para ser madre o padres y asumir la responsabilidad sobre los hijos, velando así por "el interés del menor por nacer", podría pasar por atender a la información que puedan tener los médicos del examen de la mujer, pero también de informes y exámenes complementarios, como la existencia de procedimientos administrativos o sentencias, que lleven a pensar en una incapacidad para cuidar a cualquier niño, o un historial médico de abuso de drogas o alcohol. Asimismo, deberán escuchar a la familia y a las personas de su entorno, como ocurre en Reino Unido.

Evidentemente, se trataría de una valoración individual, caso a caso, y por un equipo multidisciplinar que tenga en cuenta la salud física y psíquica de la madre, y en su caso de la pareja de la madre (cualquiera que sea su sexo), las condiciones del futuro hijo y la necesidad de medidas de apoyo en el caso de personas con discapacidad.

En el momento actual la decisión sobre la realización o no del tratamiento de reproducción asistida queda en la mayor parte de las veces únicamente en manos del médico que lo va a practicar, sin que exista un equipo multidisciplinar que pueda hacer una valoración adecuada de los distintos casos. De manera que sería recomendable establecer un protocolo normativo que introdujera la ayuda de

expertos en la toma de las decisiones reproductivas y donde se pondere en ellos el "interés del menor por nacer"[47].

47 Como plantea para pacientes con enfermedades psiquiátricas la Dra. M. Franca, en el bog del Colegio de Médicos de Bizkaia (disponible en: http://deontologia.cmb.eus/2016/05/tecnicas-de-reproduccion-asistida-en.html (fecha de la consulta 19/04/2020).

BIBLIOGRAFÍA

Abellán, F. y Sánchez-Caro, J.: *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Comares, Granada, 2009.

Alkorta Idiakez, I.: "Nuevos límites del derecho a procrear", *Derecho Privado y Constitución*, 2006, núm. 20, pp. 9-61.

Barceló Doménech, J.: "Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10, pp. 180-197.

Cayón de las Cuevas, J.: "La creciente ampliación del margen de apreciación nacional en el acceso a las técnicas de reproducción asistida: análisis crítico y bases para su reducción", *RJUAM*, 2017-I, núm. 35, pp. 45-72.

De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, vol. 4, núm. 1, pp. 301-340.

Díaz Martínez, A.: "Comentario jurídico a los apdos. 1,3 y 4 del art. 3 LTRHA", en AA.VV.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)* (dir. por F. Lledó Yagüe y C. Ochoa Marieta y coord. por O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2007.

Farnós Amorós, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

Farnós Amorós, E.: "La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización", en AA.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), *Boletín del Ministerio de Justifica,* Monográfico, 2015 (junio), núm. 2179, pp. 175-202.

Farnós Amorós, E.: "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 36, pp. 93-11.

Femenía López, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGrawHill, Madrid, 1999.

Femenía López, P.J.: *La determinación de la filiación "en interés del menor". "Turismo reproductivo" y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019.

Ferrer Riba, J.: "Derechos de reproducción, vínculos familiares y clonación", *Revista de Occidente*, 1999, núm. 214, pp. 69-86.

Gómez Sánchez, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

Jiménez Muñoz, F.J.: "Consentimiento y edad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI* (dir. por S. Tamayo Haya), Comares, Granada, 2015, pp. 17-32.

Jiménez Muñoz, F.: "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada", *REDS*, 2018, núm. 12, pp. 42-54.

Medina, G.: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de procreación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014 (agosto), núm. 1, pp. 53-58.

Múrtula Lafuente, V.: "Los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad", *Revista de Derecho Privado*, 2019, núm. 5, pp. 3-46.

Romeo Casabona, C.M.: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

Ruiz-Rico Ruiz, G.: "La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada", *Revista de Derecho Político*, 2017 (mayo-agosto), núm. 99 pp. 49-78.

Serna Meroño, E.: "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, 2012 (enero-diciembre), núm. 26, pp. 273-307.

Ten Haaf, L.: "Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of two Subject-Oriented Approaches--the Subject of Rights and the Subject of Interests", *German Law Journal*, 2017, vol. 18, núm. 5, pp. 1091-1120.

Van Beers, B.: "The Changing Nature of Law's Natural Person: The Impact of Emerging Technologies on the Legal Concept of the Person", *German Law Journal*, 2017, vol.18, núm. 3, pp. 559-594.

Vaquer Pinto, M.J.: "¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?", en AA.VV.: *Retos Actuales de la Filiación* (coord. por R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdera Server), Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 229-268.

PRIMA APPLICAZIONE DELLA PROCEDURA CONSULTIVA PREVISTA NEL "PROTOCOLLO N. 16" CEDU E TUTELA DEI MINORI

FIRST APPLICATION OF THE ADVISORY PROCEDURE PRESCRIBED BY "PROTOCOL NO. 16" ECHR AND PROTECTION OF MINORS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 960-975

Loredana
TULLIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Il saggio analizza il primo parere consultivo formulato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Particolare attenzione è rivolta al riconoscimento della genitorialità intenzionale, nonché alla tutela del diritto all'identità dei figli; diritto posto in primo piano dalla Corte di Strasburgo.

PALABRAS CLAVE: Parere consultivo; Corte europea dei diritti dell'uomo; maternità surrogata; riconoscimento della filiazione; superiore interesse del minore.

ABSTRACT: *The essay analyzes the first Advisory Opinion rendered by the European Court of Human Rights under Protocol No. 16. It particularly focuses on the recognition of intentional parenthood, as well as on the protection of the child's right to identity, prioritized by the Strasbourg Court.*

KEY WORDS: *Advisory opinion; European Court of Human Rights; surrogacy; recognition of parentage; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. IL RICORSO CONSULTIVO DINANZI ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. – 1. Peculiarità del nuovo strumento dialogico tra giurisdizioni interne e sovranazionali a tutela dei diritti fondamentali. – 2. Similarità e differenze con la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – II. L'ESORDIO DI UNA NUOVA FORMA DI INTERPRETAZIONE PREVENTIVA. – 1. La questione posta alla Grande Camera. – 2. Il primo parere della Corte di Strasburgo. – III. IL VALORE PERSUASIVO DELL'ADVISORY OPINION NEGLI ORDINAMENTI EUROPEI E RIFLESSI SU TALUNE GIURISDIZIONI INTERNE. – 1. Il principio di "responsabilità procreativa". – 2. Fra trascrizione dell'atto di nascita e adozione del minore: quale la scelta migliore? – 3. L'importanza di non discriminare sulla base delle circostanze della nascita.

I. IL RICORSO CONSULTIVO DINANZI ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

Nell'aprile 2019 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha formulato il suo primo parere consultivo (c.d. *Advisory Opinion*) in applicazione al Protocollo addizionale n. 16 Cedu.

Trattasi, al riguardo, di un particolare strumento diretto ad assume ampio rilievo per un duplice ordine di motivi: da un lato, consente di attuare una nuova forma di dialogo fra le Corti, favorendo la loro leale collaborazione[1] mediante la semplice facoltà, lasciata alle più Alte giurisdizioni nazionali[2], di chiedere la risoluzione di un dubbio – su "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli"[3] – emerso sulla base del giudizio in esame; dall'altro, permette di rafforzare, negli Stati contraenti della Convenzione e dei suoi Protocolli addizionali, la protezione dei diritti umani[4].

1 Perlingieri, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2008, p. 57 ss.

2 Onida, V.: "Introduzione", in Lamarque, E. (a cura di): *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015, p. IX ss.

3 Art. 1, comma 1, *Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*; in tal modo, è consentito alle Corti Supreme di uno Stato di sospendere il procedimento interno e chiedere alla Grande Camera dei pareri consultivi. Cfr., sul punto, Henke, A.: "La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo protocollo n. 16 alla CEDU", *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1244 ss.

4 Cfr., al riguardo, Scalisi, V.: "Ermeneutica dei diritti fondamentali, e principio *personalista* in Italia e nell'Unione europea", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 145 ss.; Achille, D.: "Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1840 ss.; Lipari, M.: "Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti

• Loredana Tullio
Associato di Diritto privato, Università degli Studi del Molise. E-mail: loredana.tullio@unimol.it

Ed è proprio su una controversa circostanza volta a inficiare la piena attuazione della personalità umana e dei diritti civili che è posta, dinanzi alla Corte di Strasburgo, una delicata questione ermeneutica: in specie, si discute se e *in che modo* sia possibile tutelare i diritti dei minori nati a séguito di maternità surrogata, ossia quali siano gli effetti da riconoscere agli *status* personali e familiari acquisiti all'estero sulla base dell'attuato "turismo dei diritti"[5] da sempre fonte di discriminazioni[6].

1. Applicazione del nuovo strumento dialogico tra giurisdizioni interne e sovranazionali a tutela dei diritti fondamentali.

Prima di esaminare, nello specifico, la questione oggetto del primo parere interpretativo della Corte EDU, è bene evidenziare come lungo e complesso sia stato il procedimento che ha dato operatività al "Protocollo n. 16".

Adottato il 10 luglio 2013, lo stesso è stato, dopo qualche mese, aperto alla firma delle Parti della Convenzione. Cinque anni dopo (per l'esattezza il 12 aprile 2018) lo Stato francese, effettuandone la ratifica, ha innescato la sua entrata in vigore, sul piano internazionale, il 1 agosto 2018[7]. Infatti, come letteralmente indicato ai sensi dell'art. 8 del Protocollo, la stessa sarebbe avvenuta "il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione av[essero] espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo"[8]. L'entrata in vigore, dunque, – per oggi di ben 15 Stati[9] contraenti la CEDU, essendo un "accordo facoltativo" – introduce la nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

---

dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo", *federalismi.it*, (6 febbraio 2019), pp. 1-54.

5 Così Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 2ª ed., Giuffré, Milano, 2012, p. 56, il quale sottolinea come di tali "forme di turismo dei diritti […] possono avvantaggiarsi soltanto gruppi di privilegiati". Discorrono di "esilio procreativo" Flamigni, C. e Borini, A.: *Fecondazione e(s)terologa*, L'Asino d'Oro, Roma, 2012, p. 33; fa menzione alle "trasferte procreative", Faraoni, A.B.: *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffré, Milano, 2002, p. 8.

6 Pone in luce la "discriminazione intollerabile nei riguardi di quei cittadini […] meno abbienti impossibilitati ad avere figli e a sottoporsi a pratiche costose" Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 344 s.; cfr., inoltre, Chieffi, L.: *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 149 s.; Serravalle, S.: "Divieto di maternità surrogata ed effetti delle surrogazioni compiute all'estero", in Recinto G. (a cura di): *Processo alla famiglia*, Esi, Napoli, 2018, p. 185 ss.

7 Anrò, I.: "Il Protocollo n. 16 alla Cedu in vigore dal 1 agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra Corti?", *Riv. trim.*, 2019, p. 189 ss.

8 Così Asta, G.: "Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?", *Comunità int.*, 2013, p. 773 ss.; Ruggeri, A.: "Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)", *Rivista AIC*, 2014, p. 18 ss.

9 Si fa presente che – dopo la Francia – la ratifica del Protocollo n. 16 è stata disposta anche dai seguenti Stati: Paesi Bassi (12 febbraio 2019), Grecia (5 aprile 2019), Andorra (16 maggio 2019), Repubblica Slovacca (17 dicembre 2019) e Lussemburgo (14 maggio 2020). Per un'analisi, invece, del d.d.l. di ratifica italiana v. Spatafora, E.: "Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del protocollo n. 16 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo", *dirittifondamentali.it* (5 febbraio 2020), p. 368 ss.

Come rilevato da parte della dottrina, si tratta di una procedura "non del tutto sconosciuta": tentativi di attuare tale consultazione erano, infatti, già presenti sulla base degli artt. 47-49 CEDU. Va precisato, ad ogni modo, che le ampie limitazioni, di carattere soggettivo ed oggettivo, alle quali era sottoposta, avevano portato a qualificare la Corte di Strasburgo tra gli organi "a competenza consultiva virtuale"[10].

2. Similarità e differenze con la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

L'*iter* seguìto per attuare questo meccanismo dialogico fra le giurisdizioni interne e sovranazionali è, invece, molto più semplice e diretto. Molti autori lo hanno paragonato al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, *ex* art. 267 TFUE, giacché anche in questo caso è richiesta una corretta interpretazione della normativa da applicare[11].

Tuttavia, si rilevano sostanziali differenze tra l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo e la richiesta di parere inoltrata alla Corte EDU: nel primo caso, le autorità di ultima istanza – non, invece, i giudici inferiori – hanno l'*obbligo* di sottoporre la questione alla Corte per uniformare l'applicazione del diritto europeo ed il provvedimento dei giudici di Lussemburgo è *vincolante* sia per la giurisdizione nazionale che ha richiesto il rinvio, sia per tutte le altre giurisdizioni degli Stati membri[12]. Diversamente, per l'*Advisory Opinion*: in tal caso, la richiesta del parere reso dalla Grande Camera della Corte EDU è lasciata alla *facoltà* dell'Alta giurisdizione nazionale la quale è consapevole che lo stesso *non* è *vincolante* (*ex* art. 5, Protocollo 16 CEDU), né per l'organo richiedente né per la stessa Corte europea dei diritti.

Il suo valore persuasivo per la decisione di analoghe situazioni presenti in altri Stati, ben si presta, tuttavia, quale strumento idoneo a ridurre l'ipotetico ammontare del contenzioso dinanzi la Corte EDU[13] fornendo una coerenza interpretativa delle norme della Convenzione.

10 Letteralmente Posenato, N.: "Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa", in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2014, p. 1421. Limitato era, infatti, sia il novero dei soggetti legittimati a richiedere il parere consultivo, sia le materie sulle quali era possibile formulare una richiesta.

11 Per un maggiore confronto tra i due strumenti interpretativi v. Conti, R.: "La richiesta di *parere consultivo* alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea", *consulta online*, (18 maggio 2014), p. 1 ss.; pone in luce i punti di contatto tra i due strumenti di cooperazione giudiziaria europea Rivera, I.: "Il Protocollo n. 16 CEDU e la richiesta di parere consultivo, ovvero una forma di *rinvio convenzionale* alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione", *Studi integr. eur.*, 2016, p. 455 ss.

12 Al riguardo v. Adinolfi, A.: "I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale", *Dir. un. eur.*, 2019, p. 441 ss. Sulla esperibilità della questione pregiudiziale da parte della Consulta, Perlingieri, P.: *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Esi, Napoli, 2010, p. 162 ss.

13 Rileva Lecis, A.M.: "GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU", *diritticomparati.it*, (18 ottobre 2018), p. 5, che "il ricorso a questo strumento potrà […] essere cruciale nella determinazione del margine di apprezzamento statale": ciò là dove sia

Una modalità, dunque, rivolta sia a impreziosire quel dialogo tra giudici nazionali ed europei, favorendo la piena e leale collaborazione tra le Corti, secondo uno spirito di reciproca cooperazione istituzionale, "funzionale a un'attività interpretativa circolare e continua"[14]; sia a vagliare la soluzione migliore, purché "celere ed effettiva", predisponendo gli strumenti più idonei a garantire, nel caso concreto, la tutela dei diritti delle persone coinvolte.

II. L'ESORDIO DI UNA NUOVA FORMA DI INTERPRETAZIONE PREVENTIVA.

Ad avvalersi per prima di tale procedura di recente introduzione a livello europeo, diretta a consentire l'operatività del nuovo strumento di interpretazione preventiva (c.d. *Advisory Opinion*), è l'alta giurisdizione francese (l'Assemblea plenaria della *Cour de Cassation*) la quale, per uno strano gioco di eventi e interne novelle legislative[15], è chiamata nel 2019 a pronunciarsi sullo stesso caso già esaminato otto anni prima[16].

In particolare la stessa è investita della domanda[17] attinente la trascrizione, anche a favore della madre intenzionale, dell'atto di nascita di due gemelle nate all'estero, per volere della coppia di coniugi, mediante la tecnica della gestazione per altri[18]. La delicatezza della questione riguardante la tutela dei minori nonché

percepito non tanto "come un limite imposto *dall'alto*" ma quale "risultato di una sintesi tra argomentazioni giudiziarie".

14 Perlingieri, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 96; v., inoltre, Fulchiron, H.: "Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue exemplaire?", *Rec. Dalloz*, 2019, p. 1084 ss.

15 Si ha riguardo alla Loi n. 2016-1547, 18 novembre 2016, de *Modernisation de la justice du XXIe siècle:* novella legislativa la quale ha consentito alla coppia di coniugi di adire la Corte del riesame (Cour de réexamen des décision civiles, 16 febbraio 2018, n. 17, in *courdecassation.fr.*) per la revisione di una pronuncia resa in violazione della CEDU, sebbene già passata in giudicato.

16 Cour de Cassation, Ass. plen., 6 aprile 2011, n. 370, *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1522 ss.

17 La Corte del riesame (v., *retro*, nota 15) aveva quindi rinviato la questione all'Assemblea plenaria della Cassazione: Cour de Cassation, Ass. plén., 5 ottobre 2018, n. 638, *AJ Famille*, 2018, 11, p. 613 ss., con osservazioni di Saulier, M. e Dionisi-Peyrusse, A.: "Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen): la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges". Sul punto v. anche Marguénaud, J.P.: "L'affaire Mennesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation", *Rev. trim. dr. civ.*, 2018, p. 847 ss. e Lecis, A.M.: "Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 CEDU: Dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull'obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA", *dirittocomparati.it* (9 maggio 2019).

18 La questione attiene al noto caso Mennesson, riguardante la trascrizione degli atti di nascita delle gemelle nate nel 2000 da maternità surrogata nello Stato della California. Dopo il rientro in Francia dei coniugi Mennesson e l'avvenuta trascrizione dell'atto di nascita delle gemelle presso i registri di stato civile di Nantes, il Trubunal de Grand Istance di Créteil, nel novembre 2005, aveva respinto la richiesta di annullamento avanzata dal p.m. La Cour d'Appel di Parigi, il 25 ottobre 2007, ne confermava il rigetto, lasciando la trascrizione valida sulla base del principio del superiore interesse del minore. Seguiva, da parte del p.m., il ricorso presso la Cour de Cassation (Prima Camera civile) la quale, con sentenza del 17 dicembre 2008, annullava la decisione della Cour d'Appel di Parigi del 2007, in quanto gli artt. 16-7 e 16-9 c.c. fr. statuiscono la nullità di qualsiasi accordo sulla procreazione o sulla gestazione altrui per contrarietà all'ordine pubblico. A séguito di questa pronuncia la Cour d'Appel di Parigi, diversamente composta, era chiamata nuovamente a pronunciarsi, nell'aprile 2011, disponendo l'annullamento della trascrizione dei documenti di stato civile americano. È così che le gemelle Mennesson giungono a trovarsi legate da un rapporto di filiazione legalmente riconosciuto nei confronti dei loro due genitori (biologico e intenzionale)

la necessità di contrastare forme di discriminazioni di categorie di figli solo in ragione delle circostanze della loro nascita spinge l'organo giurisdizionale francese a richiedere un parere consultivo.

Sempre per delle alterne vicissitudini la questione è riproposta, seppur con toni diversi, dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. 'Riproposta', giacché la stessa aveva già avuto modo di pronunciarsi sulla questione con una sentenza di condanna formulata nei riguardi dello Stato francese nel 2014[19], per violazione dell'art. 8 Cedu, ossia del diritto al rispetto della vita privata e familiare, prendendo in esame il diritto all'identità delle due figlie, il riconoscimento del rapporto di filiazione e l'individuazione della loro nazionalità[20]. 'Riproposta', ma sotto una nuova luce perché in tale ipotesi non è richiesta una decisione (sentenza) sul caso, ma un parere consultivo in grado di bilanciare l'interesse delle minori (*rectius*: oramai maggiorenni) e, dunque, il loro diritto ad identificarsi anche giuridicamente con i soggetti responsabili della loro nascita, con altri interessi di rilevanza nazionale, quale gli abusi connessi alla surrogazione di maternità e la dovuta tutela della dignità della gestante.

1. La questione posta alla Grande Camera.

Nello specifico è posta alla Corte di Strasburgo la seguente duplice questione: *a*) se lo Stato ecceda il proprio margine di apprezzamento, ai sensi dell'art. 8 Cedu, là dove rifiuti la trascrizione nei registri di stato civile del certificato di nascita di un

negli Stati Uniti, ma non sul territorio francese. A questo punto, i coniugi Mennesson ritengono che l'azione del p.m. contrasti con il superiore interesse delle minori tutelato dalle norme internazionali *ex* artt. 3, comma 1, della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989) e 8 Cedu: seguendo un ragionevole bilanciamento, tale principio dovrebbe prevalere sull'ordine pubblico e, dunque, consentire il riconoscimento, in Francia, degli atti dello stato civile dei nati da gestazione per altri regolarmente realizzata all'estero.
La Cour de Cassation, nel 2011, con tre cause riunite (nn. 369, 370 e 371), rigetta il ricorso puntualizzando che: *a*) si è tenuto nel debito conto l'applicazione delle convenzioni internazionali invocate; *b*) che il rifiuto di trascrivere il certificato di nascita straniero è giustificato sulla base della contrarietà all'ordine pubblico; c) che la gestazione per altri è pratica contraria al principio dell'indisponibilità dello *status* delle persone; *d*) che nel diritto francese, è vietato attuare accordi di gestazione per altri e se attuati gli stessi sono nulli; e) che la Cour d'Appel di Parigi ha giustamente ritenuto che il provvedimento redatto dalle autorità americane in data 14 luglio 2000 contrasti con l'ordine pubblico internazionale, disponendo l'annullamento della trascrizione di tali certificati di nascita nei registri civili francesi; *f*) che una tale cancellazione, non priva i figli del legame di parentela che la legge californiana riconosce loro o impedisce agli stessi di vivere con tale coppia di coniugi in Francia.

19 Corte edu, 26 giugno 2014, n. 65192/11, Mennesson c. Francia, *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, p. 1122 ss., e Corte edu, 26 giugno 2014, n. 65941/11, Labassée c. Francia, *hudoc.echr.coe.int*. Trattasi delle c.dd. sentenze "gemelle" pronunciate dalla Corte edu nei confronti della Francia in merito agli accordi di maternità surrogata conclusi all'estero: al riguardo, cfr. Trinchera, T.: "Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità", *penalecontemporaneo.it*, (6 luglio 2014); Fulchiron, H. e Bidaud-Garon, C.: "Reconnaissance ou reconstruction? *À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labasse, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme*", *Rev. crit. dr. int. privé*, 2015, p. 1 ss.

20 Così Corte edu, 26 giugno 2014, n. 65192/11, cit., p. 1122 ss., con note di: Campiglio, C.: "Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)", *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, p. 1132 ss.; Casaburi, G.: "La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata", *Foro it.*, 2014, IV, c. 561 ss.; Vesto, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam. dir.*, 2015, p. 306 ss.

bambino nato all'estero a séguito di un contratto di maternità surrogata: questo là dove (pur accogliendo la registrazione nella misura in cui il certificato designi come padre legale il padre biologico) nel certificato sia attribuita la maternità alla madre intenzionale. A tal proposito si chiede, in particolare, se la circostanza che il figlio sia stato o meno concepito facendo ricorso ai gameti della donna modifichi i termini della questione.

b) In caso di risposta affermativa a una delle due domande precedenti, qualora il riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale debba considerarsi un obbligo imposto dalla Convenzione, se l'adozione del figlio biologico del marito possa rappresentare una valida alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita.

2. Il primo parere della Corte di Strasburgo.

La Corte EDU, nella formulazione del parere reso all'unanimità, riconosce inizialmente che gli Stati membri godono di un margine di apprezzamento molto ampio sulle questioni "morali o eticamente sensibili"[21], quali ad esempio la maternità surrogata. Eterogenee sono, infatti, le posizioni giurisprudenziali e le legislazioni presenti nei vari ordinamenti. Là dove, tuttavia, acquisti rilevanza un aspetto fondamentale dell'identità degli individui nati da gestazione per altri, la Corte precisa che il margine di discrezionalità riconosciuto ai singoli Paesi si restringe, imponendo agli stessi – nel rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu) – la necessità di assicurare il riconoscimento del legame tra il genitore d'intenzione e il nato tramite maternità surrogata anche negli ordinamenti nazionali nei quali questa pratica non è consentita. Senza, dunque, voler privilegiare una visione adultocentrica[22], si intende essenzialmente tutelare i "minori, il cui diritto al rispetto della vita privata è stato leso"[23].

Tale riconoscimento del rapporto genitoriale può avvenire seguendo due percorsi: mediante trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero oppure per effetto dell'adozione. Sicché, il dubbio lasciato allo Stato membro dalla Corte

21 Corte edu, Grande Camera, 10 aprile, 2019, *Avis Consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de Cassation française (n. P16-2018-001)*, *federalismi.it*, *Focus Human Rights*, n. 1 (1 maggio 2019), par. 43. Sulla "Francia, pioniera nell'applicazione concreta ed effettiva del protocollo opzionale" v. Giacomini, M.: "Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo", *Osserv. cost.*, 2019, 5, p. 169; cfr., inoltre, Casaburi, G.: "In tema di maternità surrogata e parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Foro it.*, 2019, IV, c. 277 ss.; Crivelli, E.: "Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata", *Quad. cost.*, 2019, p. 709 ss.; Poli, L.: "Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri", *Dir. umani*, 2019, p. 418 ss.; Feraci, O.: "Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano", *Osserv. fonti*, 2019, 2, p. 35 ss.

22 Sul punto v. Recinto, G.: "Il superiore interesse del minore tra prospettive interne 'adultocentriche' e scelte apparentemente 'minoricentriche' della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Foro it.*, 2017, I, p. 3669 ss.

23 Corte edu, Grande Camera, 10 aprile, 2019, cit., par. 39: "They also affected the children themselves, whose right to respect for their private life was substantially affected".

di Strasburgo non è "se" ammettere o negare il vincolo filiale, ma "*come*" garantire questo risultato, ossia attraverso quali mezzi eliminare l'incertezza giuridica che avvolge l'identità dei figli, garantendo rapidità (*promptly*) ed effettività (*effectively*) dell'attuazione dei diritti del minore, conformemente al suo superiore interesse[24].

Si ha modo di osservare, infine, che la legge interna allo Stato deve offrire la possibilità di riconoscere un legame parentale tra il nato attraverso questa tecnica di procreazione medicalmente assistita e il genitore d'intenzione, indicato già nel certificato di nascita (legittimamente redatto all'estero) quale "genitore legale". L'ipotesi contraria lascerebbe il nato in una situazione di incertezza giuridica in merito alla sua identità e cittadinanza[25], nonché di svantaggio sotto i profili successorio e assistenziale. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di vantare dei diritti sul patrimonio della madre sociale[26] in séguito alla sua morte ovvero, in caso di separazione della coppia o decesso dell'altro genitore biologico, alla tutela assistenziale, spirituale e materiale, ai quali i figli avrebbero diritto[27].

L'assunto è formulato tenendo conto anche della precisazione sollevata dalla *Cour de Cassation*, ossia la soluzione suggerita vale *a fortiori* anche qualora il figlio sia nato a séguito della gestazione per altri realizzata con gameti non appartenenti alla madre committente, purché nel rispetto della legge dello Stato in cui è stato formato l'atto di nascita.

III. IL VALORE PERSUASIVO DELL'*ADVISORY* OPINION NEGLI ORDINAMENTI EUROPEI E RIFLESSI SU TALUNE GIURISDIZIONI INTERNE.

La questione affrontata abbraccia, sullo sfondo, la necessità di tutelare "la vita umana non soltanto con riferimento al tempo del suo inizio"[28], alle condizioni offerte dall'evoluzione scientifica e tecnologica[29], ma anche in séguito proteggendo

24 Corte edu, Grande Camera, 10 aprile, 2019, cit., par. 55. Al riguardo v. Marguénaud, J.P.: "Le renforcement de l'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA", *Rev. trim. dr. civ.*, 2019, p. 286 ss.

25 Ad es., il minore, non potendo acquistare la cittadinanza del genitore d'intenzione, sarebbe ostacolato qualora intenda restare nel Paese di residenza dello stesso.

26 Cinque, M.: "Quale statuto per il *genitore sociale*?", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1475 ss.

27 Pone in rilievo le varie ipotesi nelle quali i minori nati da gestazione per altri potrebbero essere sprovvisti di tutela Grasso, A.G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 759.

28 Zatti, P.: *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffré, Milano, 2009, p. 211.

29 Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 150 e 145, il quale osserva: "il salto è grande quando la tecnica si impadronisce completamente del momento della generazione" e le "tecnologie, così filtrate da nuove sensibilità culturali, diventano il tramite per la proclamazione di una schiera foltissima di nuovi diritti".

l'identità di quei figli "in quanto person[e]"[30], nel loro "intero percorso vitale"[31], alla luce dei profondi mutamenti sociali e culturali registrati nell'epoca attuale.

Il parere consultivo tenta, dunque, di formulare un suggerimento da adottare in tutte le molteplici controversie provenienti da quegli ordinamenti nei quali la gestazione per altri è vietata sulla base di un'espressa disposizione e, dunque, di risolvere uniformemente le problematiche di tutte quelle coppie che – consapevoli dell'espresso divieto legislativo sancito nel loro Stato di cittadinanza – ne aggirano le "fragili fondamenta"[32] stipulando accordi di maternità surrogata resi possibili all'estero.

Le conclusioni raggiunte in tale parere si prestano, così, a ricevere una più ampia operatività – sia pure in assenza di una dichiarata finalità armonizzatrice – là dove, ad esempio, siano adottate quali parametri ermeneutici nell'attuazione della Convenzione europea sui diritti umani in uno dei Paesi membri.

1. Il principio di responsabilità procreativa.

Nel complesso quadro del "fenomeno"[33] della surrogazione di maternità – nel tentativo di applicare regole certe e univoche – la giurisdizione, nazionale e sovranazionale, sembra partire dal presupposto che le scelte legislative accolte nei vari sistemi ordinamentali, dirette a porre limiti alle modalità di procreazione, non possano ricadere su chi è *già* nato, negando il prevalente e superiore suo interesse[34]. Ciò, in specie, là dove l'intenzione alla genitorialità sia accompagnata dalla minima presenza di un apporto genetico: ossia, vi sia il contributo biologico fornito da almeno uno dei due *partner*.

L'acquisizione dello *status filiationis* – indubbio per il genitore che ha fornito l'apporto genetico – avverrebbe anche rispetto all'altro autore del progetto procreativo sulla base del "principio di responsabilità"[35]. Tale scelta lascerebbe saldi, anche solo a metà, i legami tra committenti e nato.

30 Cfr., più ampiamente, Perlingieri, P.: "La tutela dell'embrione", in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, p. 323, il quale precisa: "La prospettiva […] dalla quale partire è che la vita in sé è un valore"; sicché, se vi è stata procreazione "[i]l figlio, in quanto tale, va rispettato in quanto persona".

31 Con riguardo alla dignità e alle questioni di inizio-vita cfr. Scalisi, V.: *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 81 ss.

32 In questi termini, Picaro, R.: *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Esi, Napoli, 2017, p. 11; v., inoltre, D'Avack, L.: "La maternità surrogata: un divieto *inefficace*", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 146 ss.; fa menzione a "facili elusioni sul piano fattuale" di tali divieti Barone, I.: "Omogenitorialità maschile da surrogazione di maternità tra aperture giurisprudenziali e sistema costituzionale", *Fam. dir.*, 2019, p. 502.

33 Ne illustra l'ampio "fenomeno" Armone, G.: "*La maternità surrogata*", in Aa.Vv.: *Filiazione. Status, diritti e doveri, responsabilità genitoriale*, Giuffré, Milano, 2019, p. 273 ss.

34 Porcelli, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, p. 90 ss.

35 Scalisi, V.: "Maternità surrogata: come *far cose con regole*", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1107.

Diversamente, in mancanza di apporto genetico anche minimale proveniente dalla coppia committente, più ardua appare la trascrizione di quell'atto di nascita redatto all'estero e attestante, di per sé, una comprovata "falsa certificazione". In tal caso, nel delicato bilanciamento dei contrapposti interessi, una preminente considerazione dovrà essere riservata all'esistenza di una relazione familiare, comprovata dalla durata del rapporto instauratosi tra il nato ed i genitori intenzionali e dalla condizione identitaria eventualmente acquisita dal minore[36].

2. Fra trascrizione dell'atto di nascita e adozione del minore: quale la scelta migliore?

A séguito del parere della Grande Camera, l'Assemblea plenaria della *Cour de Cassation*[37] – che aveva sollevato la questione dinanzi a Strasburgo – giunge a riconoscere come legittima la trascrizione dell'atto di nascita straniero delle gemelle Mennesson anche in favore della madre intenzionale, precisando che altre modalità alternative (adozione) volte all'instaurazione del rapporto di filiazione avrebbero costituito una forma sproporzionata di violazione del diritto alla vita privata (*ex* art. 8 Cedu) delle due ragazze.

Si badi: volutamente i giudici non scelgono di percorrere la strada dell'adozione, seppure questo indirizzo sia quello oramai prevalentemente séguito dalla giurisprudenza non solo francese. La scelta di cementare il rapporto di parentela tra la madre d'intenzione e le figlie nate da maternità surrogata risponde alla quell'esigenza di evitare – dopo "appena" diciott'anni – di lasciare ancóra le stesse prive di tutela. Si fa presente, tuttavia, che tale scelta muta in "relazione alle diverse situazioni di fatto che possono configurarsi nella realtà": nella fattispecie in esame l'istituto dell'adozione "non rappresent[ava] nel caso concreto lo strumento preferibile" per la prole, "in particolare per la promozione adeguata della [loro] personalità"[38].

Diversamente è apparso – in applicazione del parere – per le Sezioni unite In italia: i giudici di legittimità, seppur senza menzionare il contenuto dell'*Advisory*

36 In questo senso v. Corte edu, 27 gennaio 2015, n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 828 ss. e, soprattutto, Corte edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia, *Fam. dir.*, 2017, p. 729 ss., con note di: Faletti, E.: "Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla grande Camera della Corte di Strasburgo", *ivi*; Lenti, L.: "Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 495 ss.; Romeo, F.: "*Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale*", *Giur. it.*, 2018, p. 835 ss.

37 Cour de Cassation, Ass. plén., 4 ottobre 2019, n. 648, cit., p. 592 ss. Cfr. Kessler, G.: "L'affaire Mennesson ou la victoire du fait sur le droit", *AJ Famille*, 2019, 11, p. 593 ss.

38 Così Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", cit., rispettivamente pp. 340 e 344. Sulla necessità di "non privare di riconoscimento alcune situazioni meritevoli di tutela, soprattutto quando (come nel caso di bimbi nati da maternità surrogata) vi è una parte c.d. debole del rapporto che potrebbe risultare fortemente danneggiata pur senza alcuna responsabilità" v. Id. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019, p. 116.

Opinion della Grande Camera ne attuano il suggerimento[39], accogliendo l'orientamento proposto dalla Corte europea sia pur ponendo "al primo posto l'interesse pubblico alla repressione penale della surrogazione di maternità riguardato come inderogabile principio di ordine pubblico e solo in subordine […] l'interesse dei minori"[40]. Una divergenza tra le due pronunce che, tuttavia, non mina la tutela dello *status* di figlio: negata la possibilità di trascrivere nei registri dello stato civile italiano il provvedimento[41] reso all'estero col quale veniva accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato da maternità surrogata e il genitore d'intenzione, si accoglie, infatti, l'alterna possibilità di dare rilievo a tale rapporto genitoriale ammettendo il ricorso ad altri strumenti giuridici messi a disposizione dall'ordinamento, quale ad esempio l'adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. *d*, l. 4 maggio 1983, n. 184)[42].

3. L'importanza di non discriminare sulla base delle circostanze della nascita.

Nella ricerca della migliore composizione di tutti gli interessi e valori normativi coinvolti in vicende accomunate dalla stessa finalità non resta che considerare l'importanza che la costituzione del rapporto filiale assume nell'assegnazione dell'identità di ciascun individuo coinvolto nella vicenda.

Dalla soluzione suggerita dalla Corte di Strasburgo emerge, alla luce del grado di inderogabilità del divieto di maternità surrogata presente in taluni ordinamenti, la ragionevolezza del rimedio proposto in relazione alla situazione di fatto, la quale opportunamente giunge a cancellare le disparità tra figli basate sulle circostanze della loro nascita.

Se non è opportuno, infatti, rovesciare sui già nati (o, più in generale, sulla categoria dei figli) le conseguenze di scelte comportamentali degli adulti, è

39 Cfr., più ampiamente, Perlingieri, G.: *o.u.c.*, spec. 341, testo e nota 22, e Recinto, G.: "La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere *filiazione*", in *Dir. succ. fam.*, 2019, spec. p. 353.

40 In questi termini Ferrando, G.: "I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 815, la quale così pone in luce la "fondamentale differenze tra le due pronunce": la "risposta che viene da Strasburgo mette al primo posto i bambini e i loro diritti, quella che viene da Roma mette in primo piano il divieto di surrogazione" (p. 818).

41 Sulla diversa circostanza del minore nato in Italia da coppia omosessuale v. la recente pronuncia della Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, *Fam. dir.*, 2020, p. 325 ss., con nota di Sesta, M.: "L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri", *ivi*, p. 329 ss.

42 Cfr., più ampiamente, Perlingieri, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi", *Rass. dir. civ.*, 2018, spec. p. 114 ss.; Pane, R.: "*Dalla protezione alla promozione del minore*", in Perlingieri, P. e Giova, S. (a cura di): *Comunioni di vita* e *familiari tra libertà, sussidiarietà* e *inderogabilità*, *Atti del 13° Convegno Nazionale SISDiC*, Esi, Napoli, 2019, spec. p. 313; disposizione ritenuta "clausola di chiusura, volta a salvaguardare la continuità della relazione sociale e affettiva con il minore" da Casaburi, G.: "Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente", *Foro it.*, 2019, I, c. 2018.

comunque necessario superare forme di discriminazione di categorie di figli[43] in ragione delle circostanze della loro nascita[44].

43 Sull'attenzione da sempre mostrata dalla Corte di Strasburgo per contrastare forme di discriminazione di categorie di figli v., in particolare, Corte edu, 22 dicembre 2004, n. 68864/01, Merger e Cros c. Francia, *hudoc.echr.coe.int*; Corte edu, 1 febbraio 2000, n. 34406/97, Mazurek c. Francia, *ivi* (in merito alla quale v. Valongo, A.: "Children Born Out of Wedlock: The End of an Anachronistic Discrimination", *ItaLJ*, 2015, p. 23 ss.); Corte edu, 13 giugno 1979, n. 683/74, Marckx c. Belgio, *Foro it.*, 1979, IV, c. 382 ss.

44 Osserva Trabucchi, A.: "La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità", *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 600: "[c]hi è nato – nudo – non è sceso dalle nuvole ma è […] figlio di uomo". Sì che, "per le circostanze della sua nascita non può subire discriminazioni di alcun tipo": Ferrando, G.: "I bambini prima di tutto", cit., p. 821.

BIBLIOGRAFIA

Adinolfi, A.: "I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale", *Dir. un. eur.*, 2019, p. 441 ss.

Anrò, I.: "Il Protocollo n. 16 alla Cedu in vigore dal 1 agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra Corti?", *Riv. trim.*, 2019, p. 189 ss.

Casaburi, G.: "In tema di maternità surrogata e parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Foro it.*, 2019, IV, c. 277 ss.

Conti, R.: "La richiesta di *parere consultivo* alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea", *consulta online*, (18 maggio 2014).

Crivelli, E.: "Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata", *Quad. cost.*, 2019, p. 709 ss.

Feraci, O.: "Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano", *Osserv. fonti*, 2019, 2, p. 35 ss.

Ferrando, G.: "I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 815 ss.

Fulchiron, H.: "Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue exemplaire?", *Rec. Dalloz*, 2019, p. 1084 ss.

Giacomini, M.: "Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo", *Osserv. cost.*, 2019, 5, p. 169 ss.

Grasso, A.G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 759 ss.

Henke, A.: "La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo protocollo n. 16 alla CEDU", *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1244 ss.

Lamarque, E. (a cura di): *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015.

Lecis, A.M.: "Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 CEDU: Dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull'obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA", *diritticomparati.it* (9 maggio 2019).

Lipari, M.: "Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo", *federalismi.it*, (6 febbraio 2019).

Marguénaud, J.P.: "L'affaire Mennesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation", *Rev. trim. dr. civ.*, 2018, p. 847 ss.

Marguénaud, J.P.: "Le renforcement de l'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA", *Rev. trim. dr. civ.*, 2019, p. 286 ss.

Pane, R.: "*Dalla protezione alla promozione del minore*", in Perlingieri, P. e Giova, S. (a cura di): *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, *Atti del 13° Convegno Nazionale SISDiC*, Esi, Napoli, 2019, spec. p. 313 ss.

Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019.

Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 344 ss.

Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005.

Perlingieri, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2008, p. 57 ss.

Picaro, R.: *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Esi, Napoli, 2017.

Poli, L.: "Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri", *Dir. umani*, 2019, p. 418 ss.

Posenato, N.: "Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa", in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2014, p. 1421 ss.

Recinto, G.: "Il superiore interesse del minore tra prospettive interne 'adultocentriche' e scelte apparentemente 'minoricentriche' della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Foro it.*, 2017, I, p. 3669 ss.

Rivera, I.: "Il Protocollo n. 16 CEDU e la richiesta di parere consultivo, ovvero una forma di *rinvio convenzionale* alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione", *Studi integr. eur.*, 2016, p. 455 ss.

Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 2ª ed., Giuffré, Milano, 2012.

Ruggeri, A.: "Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)", *Rivista AIC*, 2014, p. 18 ss.

Saulier, M. e Dionisi-Peyrusse, A.: "Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen): la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges", *AJ Famille*, 2018, 11, p. 613 ss.

Scalisi, V.: "Maternità surrogata: come *far cose con regole*", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1107 ss.

Scalisi, V.: *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018.

Valongo, A.: "Children Born Out of Wedlock: The End of an Anachronistic Discrimination", *ItaLJ*, 2015, p. 23 ss.

Zatti, P.: *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffré, Milano, 2009.

EL SHARENTING Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD: PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES

SHARENTING AND THE EXERCISE OF PARENTAL AUTHORITY: THE FIRST COURT DECISIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 976-1003

Llanos
CABEDO
SERNA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El *sharenting,* fenómeno social ampliamente extendido que consiste en que los progenitores publican fotografías y vídeos de sus hijos menores de edad en sus redes sociales, plantea el problema de si es suficiente el consentimiento del progenitor usuario de la red social o es necesario el de ambos progenitores. Acerca de esta cuestión se han pronunciado varias Audiencias Provinciales, cuyas sentencias se analizan en el presente trabajo. Las mismas se refieren, en primer lugar, a la cuestión de en qué medida el *sharenting* afecta al derecho a la propia imagen y al de protección de datos personales de los menores y cuándo es necesario el consentimiento de los progenitores para la disposición de los citados derechos de la personalidad. En segundo lugar, se posicionan acerca de la cuestión del ejercicio de la patria potestad para la publicación de fotografías y vídeos de los menores de edad, pudiendo distinguirse dos tendencias al respecto, según que se considere que es necesario un ejercicio conjunto por ser ambos progenitores titulares de la patria potestad o individual, en atención al uso social.

PALABRAS CLAVE: Sharenting; menor de edad; consentimiento; datos personales, uso social; patria potestad.

ABSTRACT: *Sharenting, a widespread social phenomenon in which parents post photographs and videos of their underage children on their social networks, raises the question of whether the consent of the parent using the social network is sufficient or whether both parents are required. Several Courts have been held on this issue, and their rulings are analyzed in this paper. They refer, in the first place, to the extent to which sharenting affects the right to one's own image and the right to protection of personal data of minors and when it is necessary to obtain the consent of the parents for the provision of the aforementioned personality rights. Secondly, they take a position on the question of the exercise of parental authority for the publication of photographs and videos of minors. Two tendencies can be distinguished in this regard, depending on whether it is considered that joint exercise is necessary because both parents are holders of parental authority or individual, in view of social use.*

KEY WORDS: *Sharenting; minor; consent; personal data; social usage; parental authority.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. 1. El necesario consentimiento del menor maduro. 2. El consentimiento otorgado por los representantes legales en caso de falta de madurez del menor. 3. La cuestión de la aplicabilidad del art. 4.3 LOPJM a las redes sociales. 4. Los usos sociales. III. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. IV. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente artículo, se analizan los pronunciamientos que las Audiencias Provinciales han realizado en relación con la publicación de la imagen de los menores de edad en redes sociales por parte de sus progenitores. Nos encontramos ante un fenómeno socialmente muy extendido, que es conocido por el anglicismo *sharenting* y que puede definirse como "la práctica de los padres de utilizar las redes sociales para comunicar información personal, especialmente imágenes, sobre sus hijos menores de edad" (en inglés, "sharing representations of one's parenting or children online")[1]. La particularidad de este fenómeno reside en que son los propios progenitores quienes exponen públicamente la imagen de sus hijos menores de edad, por lo que una de las cuestiones que se ha planteado y que las sentencias abordan, es cómo debe ser el ejercicio de la patria potestad respecto de la publicación de dichas fotografías, particularmente cuando los progenitores no conviven, por separación o divorcio previo o por poner fin a una relación de hecho.

Con carácter previo al pronunciamiento acerca de esta cuestión, los tribunales abordan qué derechos de los hijos se ven afectados por este comportamiento, llegando a la conclusión de que, al menos, lo están dos derechos de la personalidad consagrados constitucionalmente como fundamentales: el derecho a la propia

1 Planas Ballvé, M.: "Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2020, núm. 228, pp. 40-41. La palabra anglosajona *sharenting* proviene de la fusión del término *share* (compartir) y *parenting* (crianza o, como se denomina recientemente por influencia del término anglosajón, parentalidad). Acerca de la definición del *sharenting*, también se puede consultar Tintoré Garriga, Mª P.: "Sharenting y la responsabilidad parental (I)", *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, núm. 14, p. 2; Ammerman Yebra, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 8 bis (extraordinario), julio, p. 254, nota 1.

• Llanos Cabedo Serna
Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante. Llanos.cabedo@ua.es

imagen y el derecho a la protección de los datos de carácter personal del menor. Efectivamente, la publicación o difusión de imágenes de menores de edad en redes sociales constituye, por un lado, una intromisión (que puede o no ser ilegítima) en el derecho a la propia imagen del menor, de acuerdo con la normativa protectora del citado derecho y, al mismo tiempo, supone que se está llevando a cabo un tratamiento de datos de carácter personal que se encuentra sometido a la regulación jurídica correspondiente.

Las sentencias analizadas parten de la premisa fundamental de que el consentimiento del titular excluye la ilegitimidad de cualquier conducta que afecte a los derechos citados, consentimiento que debe ser prestado por el propio menor de edad cuando tiene suficiente madurez o la edad legalmente exigida o, por el contrario, por sus representantes legales, planteándose entonces el problema del ejercicio de la patria potestad. Si bien todas las sentencias analizadas se refieren a menores de trece años de edad, en el presente estudio abordamos igualmente la cuestión del consentimiento cuando el hijo menor tiene suficiente madurez para prestarlo por sí mismo. Pero, además de la cuestión del consentimiento, se aborda la relativa a los usos sociales, pues ciertas sentencias entienden que el uso de la imagen del menor de acuerdo con un determinado uso social resulta determinante para configurar el ejercicio de la patria potestad.

El análisis del *sharenting* desde un punto de vista jurídico presenta un doble interés. Por un lado, puede hablarse de una dicotomía entre la realidad social y jurídica del citado fenómeno, ya que lo que los padres hacen o creen que pueden hacer no coincide en la mayoría de las ocasiones con lo que legalmente les está permitido[2]. Así, los padres disponen libremente de la imagen y los datos personales de sus hijos menores en las redes sociales, amparados por un uso social cada vez más extendido, "creando y definiendo la identidad digital de los menores de edad sin su consentimiento" en la gran mayoría de ocasiones, sin darse cuenta de que este comportamiento puede suponer una vulneración de los derechos de éstos[3]. Tanto es así, que puede afirmarse que esta conducta ha influido en la percepción que los menores tienen de su propia imagen[4]. Por todo ello, es necesario que

2 Tintoré Garriga, Mª P.: "Sharenting", cit., pp. 2-3, afirma que la mayoría de los padres no son conscientes de que con sus actos pueden estar vulnerando la intimidad y la propia imagen del hijo, su privacidad, o quizás incluso poniendo en riesgo su integridad física y psíquica. Es más, ni siquiera se cuestionan que su conducta puede dar lugar a todas estas consecuencias. Que los padres no tienen claro qué derechos asisten a sus hijos menores de edad y, por lo tanto, qué conducta deben adoptar respecto del *sharenting* queda patente en la *Memoria 2019* de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEDP), pp. 11 y 59, donde se explica que, entre las consultas que la AEPD atiende más frecuentemente, se encuentran las relativas a la discrepancia entre progenitores sobre el consentimiento para subir imágenes de sus hijos a las redes sociales (la *Memoria 2019* se encuentra disponible en aepd.es/sites/default/files/2020-05/memoria-AEPD-2019.pdf).

3 Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 40.

4 Afirma la SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2º, que "hemos de ser conscientes de que el colectivo de jóvenes y adolescentes cada vez más pequeños, que se ha dado en llamar digital babies, están acostumbrados a la utilización de su imagen en redes sociales desde muy pronto, dando otro valor al que tradicionalmente se estaba dando a la publicación de imágenes de su vida diaria, configurando su dimensión

los tribunales delimiten con claridad el régimen jurídico aplicable al *sharenting*. Si bien es cierto que este fenómeno carece de regulación específica, mostrándose la doctrina favorable a su creación, la normativa existente permite llegar una solución jurídica para el problema planteado[5].

Por otro lado, el *sharenting* no es un fenómeno inocuo sino que puede acarrear consecuencias negativas para el menor[6]. Este fenómeno puede conllevar desde el desagrado del propio menor a ser objeto de exposición pública[7], hasta los daños que puedan causar terceras personas haciendo un uso indebido o delictivo de las imágenes y datos publicados[8], pasando por la vulneración del derecho a la propia imagen (así como a la intimidad) y a la protección de datos de carácter personal, cuestión que es objeto de análisis en el presente trabajo. Lógicamente, se plantea entonces quién debe asumir la responsabilidad por los daños sufridos por los menores (progenitores, responsables del tratamiento de los datos personales y terceros), si bien ésta no es una cuestión abordada en las sentencias objeto de estudio, por lo que tampoco lo es en este artículo.

II. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

La publicación de fotografías de menores de edad en las redes sociales afecta al derecho a la propia imagen del menor por cuanto permiten su identificación[9].

relacional hasta el punto que algún autor como Troncoso Reigada haya llegado a afirmar que aislar a un hijo de las redes sociales, prohibírselas, es probablemente condenarlo al desarraigo".

5 Para Guardiola Salmerón, M.: "Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2016, núm. 8, p. 60, "aunque de *lege ferenda* sería aconsejable regular esta materia de manera más exhaustiva y detallada para el caso concreto, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico ya cuenta con regulación expresa que puede cubrir esta materia". También Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 58, propone la creación de una norma jurídica que garantice expresamente el interés superior del menor en el ámbito del *sharenting* o el diseño de políticas públicas en esta dirección.

6 Los expertos advierten que la falta de control sobre esta práctica conducirá probablemente a la circulación en redes sociales de un exceso de información acerca de los menores de edad, lo que se conoce como *oversharenting*. *Vid.* Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 41.

7 Afirma Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 40, que "es muy probable que los hijos no estén de acuerdo con esas publicaciones o que incluso lleguen a sentir vergüenza de su imagen en Internet", citando un estudio que analiza el posicionamiento crítico de los adolescentes ante la práctica del *sharenting*.

8 La SAP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º, dispone que "la mera realidad social de la tendencia a una cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar tan siquiera si en el futuro podrán sentirse molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros […] no puede servir para justificar la falta de las precisas y suficientes exigencias en la defensa y consideración de este derecho fundamental del hijo". Por otro lado, la AEPD, "Imagen en los Servicios Web 2.0. Ficha didáctica 03", pp. 3-4 (disponible en tudecideseninternet.es/aepd/images/articulos/ficha-03.pdf), alerta de la pérdida de privacidad y de la influencia negativa en la identidad y reputación digital del menor, ya que una foto o un vídeo puede ser sacado de contexto o ser manipulado por terceros. Debe tenerse en cuenta que los contenidos puestos en la Red van a estar publicados durante mucho tiempo, por lo que un vídeo que puede ser inocuo o gracioso en el momento de su publicación, dentro de un tiempo puede poner a la persona afectada en una situación comprometida.

9 SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º; SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2º. Como se encarga de recordar la SAP Madrid 6 julio 2017 (AC 2017, 1201), el TC define el derecho a la imagen como "el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad

Este derecho se encuentra protegido en 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 (en adelante, LO 1/1982), tratándose de un derecho de la personalidad de carácter fundamental de acuerdo con el art. 18 CE[10]. Además, los menores son titulares de los citados derechos, tal y como dispone expresamente el art. 4.1 de 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 (en adelante, LOPJM)[11].

Las Audiencias Provinciales que se ocupan del *sharenting* resuelven la cuestión del ejercicio de la patria potestad desde dos perspectivas: el consentimiento del menor de edad al uso público de su imagen y el uso social, a las que nos referimos en las siguientes líneas.

1. El necesario consentimiento del menor maduro.

El consentimiento del titular del derecho a la propia imagen otorga legitimidad a cualquier conducta que afecte al citado derecho, puesto que el art. 2.2 LO 1/1982 dispone expresamente que "no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso"[12]. Dicho consentimiento debe ser prestado por el propio menor de edad, "si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo

de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde" (doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81); 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 139); 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 83); 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14); 23/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 23); 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 17). Además, el TC señala que "lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación" (STC 176/2013, de 21 de octubre).

10 En este sentido, SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º; SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2º; AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º; SAP Cantabria 13 enero 2020 (JUR 2020, 51511), FD 4º.9. Por su parte, la STS 30 junio 2015 (RJ 2015, 2661) afirma que "la imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el art. 18.1 de la Constitución, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen, pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cual sea la finalidad de esta difusión".

11 AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º.

12 De Verda y Beamonte, J. R.: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014, núm. 1, p. 35; Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., pp. 46 y 54. Por otro lado, la actuación puede ser legítima, aun no concurriendo el consentimiento del titular del derecho, cuando se dan ciertas circunstancias previstas en la ley. Así, el art. 7.5 LO 1/1982 dispone que "la 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 constituye una intromisión ilegítima, salvo los casos previstos en el art. 8.2". La publicación de fotografías de menores de edad por sus progenitores en redes sociales no tiene encaje en ninguno de los casos previstos en el art. 8.2, por lo que no se puede invocar esta disposición para legitimar el *sharenting*.

con la legislación civil" (art. 3.1 LO 1/1982)[13]. Por otro lado, el art. 162.2.1º CC dispone que se exceptúan de la representación legal de los padres que ostenten la patria potestad "los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda realizar por sí mismo", lo que significa que se excluye la representación legal en este ámbito, debiendo entenderse que "la actuación de los representantes legales es meramente complementaria"[14].

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación civil general y especial citadas, debe concluirse que es necesario el consentimiento del menor de edad, si tiene suficiente madurez, para publicar fotografías de su imagen en las redes sociales; de manera que, cuando los padres publican fotografías de sus hijos menores pero con madurez suficiente sin su consentimiento, están incurriendo en una intromisión ilegítima en el ámbito del derecho a la propia imagen de los mismos[15].

La cuestión clave aquí es determinar cuándo el menor tiene esa madurez suficiente, para lo cual la LO 1/1982 se remite a la legislación civil[16]. Sin embargo, la legislación civil que hace referencia a la madurez del menor en el ámbito de los derechos de la personalidad no establece una edad determinada a partir de la cual se presuma la misma, de modo que el menor pueda actuar autónomamente[17]. Interesa traer a colación la STS 17 diciembre 2019 que se ha pronunciado sobre el concepto y la forma de determinar la madurez del menor[18]. En relación con el concepto, el TS se remite a la definición dada por el Comité de Derechos del Niño de la ONU en la Observación General nº 12 (2009): "Madurez hace referencia a la

13 SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º; AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º. Como explica De Verda y Beamonte, J. R.: "El consentimiento", cit., p. 38, el art. 3.1 es una norma impregnada por el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, que lleva a considerar que en los actos jurídicos que no afecten a intereses puramente patrimoniales, sino a la dimensión personal del ser humano, los menores deben poder ejercitarlos, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias, lo que, inexorablemente, remite a la apreciación judicial.

14 STS 17 diciembre 2019 (RJ 2020, 669), FD 9º. Esta reciente sentencia del TS resuelve un recurso de casación que interpusieron los padres de un menor transexual en el que solicitaban que se permitiera el cambio de nombre y sexo del mismo en el Registro Civil para que fueran acordes con el género sentido por el menor. El TS planteó una cuestión de constitucionalidad con el fin de que el TC se pronunciara sobre la constitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que exige ser mayor de edad para solicitar los cambios señalados. El TC ha declarado la inconstitucionalidad del citado artículo en la medida en que no permite su aplicación a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad (STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99).

15 Afirma Grimalt Servera, P.: "El uso de la imagen del menor estudiante en los centros educativos (especial atención del uso de las redes sociales"), *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2019, núm. 10, febrero, p. 155, que "es imprescindible la autorización del menor, siempre que éste tenga capacidad de obrar suficiente […] para que el uso de la imagen del menor pueda considerarse lícita". En el mismo sentido, Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 45.

16 En nuestro ordenamiento jurídico no rige exclusivamente el criterio de la edad (18 años) para establecer la plena capacidad de obrar, como requisito jurídico determinante del ejercicio autónomo de los derechos subjetivos, sino que se tiene en cuenta también el criterio de la madurez o capacidad natural con independencia de la edad del sujeto. Así ocurre en el ámbito de los derechos de la personalidad.

17 El art. 162.2.1º CC, ya citado, se refiere a la madurez sin establecer criterio alguno que permita clarificar dicho concepto. Sin embargo, como veremos en el apartado III del presente trabajo, la normativa de protección de datos sí ha establecido una edad concreta para el ejercicio de un derecho de la personalidad como es el derecho a la protección de datos de carácter personal.

18 STS 17 diciembre 2019 (RJ 2020, 669), FD 9º.

capacidad para comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño […] es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente"[19]. En cuanto a la forma de determinar la madurez, al encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado, debe llevarse a cabo una valoración caso por caso[20]. Dicha valoración deberá realizarse por medio de una audiencia del menor ante el tribunal correspondiente, que comprobará su madurez de acuerdo con lo expuesto[21]. Cuando se trata de menores con una edad muy próxima a la mayoría de edad, se ha entendido que éstos disfrutan de la madurez necesaria para dar el consentimiento por sí mismos[22].

En lo que respecta a la forma del consentimiento, éste ha de ser expreso, tal y como exige el art. 2.2 LO 1/1982[23]. Ahora bien, no es necesario que se otorgue por escrito (lo que no exige la ley), por lo que puede prestarse tácitamente o deducirse de los actos del titular, aunque debe ser inequívoco, pues no se admite un consentimiento presunto[24]. De esta manera, no es necesario que el menor maduro consienta expresamente la publicación de fotografías por parte de sus padres, bastando con que no se oponga, pudiendo hacerlo y teniendo conocimiento de tal comportamiento, o deduciendo que consiente por el hecho de que, a su vez, el menor es usuario de redes sociales y publica fotografías propias y de terceros[25].

19 También se puede acudir al art. 9.2 LOPJM que, respecto del derecho del menor a ser oído y escuchado, dispone: "la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso". En cuanto a la doctrina, afirma Sánchez Gómez, A.: "El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 11, p. 3, que la madurez del menor constituye una cuestión de hecho que tendrá que ser valorada en función de dos parámetros: las particulares aptitudes volitivas e intelectivas de la persona y el acto en particular de que se trate. Por lo tanto, el concepto jurídico de madurez se refiere a la capacidad natural para comprender el acto para el que se consiente, como nos señala Ammerman Yebra, J.: "El régimen", cit., p. 254.

20 En el sentido de afirmar que es necesario una valoración *ad hoc* de la madurez, *vid.* Sánchez Gómez, A.: "El marco", cit., p. 3; Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 48.

21 STS 17 diciembre 2019 (RJ 2020, 669), FD 9°. Añade que "la apreciación de la madurez suficiente es una cuestión de hecho que ha de realizarse en la instancia", no siendo posible hacerla en el recurso de casación pues está vedado el enjuiciamiento de las cuestiones de hecho.

22 La STS 17 diciembre 2019 (RJ 2020, 669), FD 9°, afirma que la comprobación de la madurez por el tribunal correspondiente deberá hacerse "de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre el menor", que en el caso enjuiciado tenía diecisiete años de edad. La SAP Islas Baleares 19 marzo 2013 (AC 2013\1072), en relación con la difusión de fotografías de un menor de diecisiete años en Internet, dispone en su FD 3° que si el menor está próximo a alcanzar la mayoría de edad, tiene madurez suficiente.

23 De acuerdo con Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 45, el consentimiento del menor deberá ser expreso.

24 De Verda y Beamonte, J. R.: "El consentimiento", cit., p. 36; Sánchez Gómez, A.: "El marco", cit., p. 5, nota 21, y la doctrina que cita. Por otro lado, como señalan estos autores, debe darse para cada acto de intromisión concreto, sin que sea aceptable un consentimiento general.

25 Siguiendo a De Verda y Beamonte, J. R.: "El consentimiento", cit., p. 36, puede entenderse como la aplicación del criterio de los actos propios previsto en el art. 2.1 LO 1/1982.

Por otro lado, no debe olvidarse que el art. 156 CC establece que "no obstante [es decir, pese a que el menor pueda ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad si tiene suficiente madurez], los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia"[26]. Con ello, se reconoce a los padres la potestad de asistir al menor maduro en su toma de decisiones respecto de la publicación de fotografías y vídeos en las redes sociales, realizando así una labor de acompañamiento propia de la responsabilidad parental, que debe entenderse como un acto de mera asistencia y no como un acto de representación legal restrictiva de la capacidad de obrar[27].

2. El consentimiento otorgado por los progenitores en caso de falta de madurez del menor.

Si el menor no tiene la madurez requerida, el consentimiento debe otorgarse por escrito por su representante legal, poniéndolo previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, quién podrá oponerse en un plazo de ocho días, resolviendo el Juez en dicho caso (art. 3.2 LO 1/1982)[28]. El consentimiento así prestado excluye la ilegitimidad de la conducta ya que el TS ha afirmado en repetidas ocasiones que el derecho a la propia imagen, en el caso de menores, "tiene como presupuesto el hecho de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la ausencia del Ministerio

26 Este apartado fue introducido por el art. 2. apartado 12 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

27 En este sentido, Sánchez Gómez, A.: "El marco", cit., p. 4, que se refiere a una función tuitiva y no limitadora; Ammerman Yebra, J.: "El régimen", cit., pp. 254 y 258, quien expresa su desacuerdo con tal disposición por su posible incompatibilidad con el art. 3 LO 1/1982, que no exige más que la capacidad natural del menor. En cambio, Morillas Fernández, M.: "Derecho de familia y redes sociales", *REDS (Revista de Derecho, Empresa y Sociedad)*, núm. 13, 2018, p. 100, entiende que "se restringe la parecida autonomía del menor a la intervención de los mismos [padres] en cuanto a los actos que se deriven de los derechos de la personalidad, suponiendo que se minimizará acorde con la madurez de los mismos". Y Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 44, considera que se trata de la posibilidad de intervenir de los responsables parentales en los casos en los que el menor no tenga madurez suficiente. No compartimos dicho punto de vista puesto que el inciso al que nos referimos se encuentra en el apartado en el que se enumeran actuaciones que afectan al menor excluidas de la representación legal (en cambio, si el menor no tiene madurez, los padres actúan como representantes legales del mismo sustituyendo su voluntad, y no como meros asistentes). Por otro lado, el uso del adverbio adversativo "no obstante" nos indica que el citado inciso se refiere a los menores maduros y no a otros.

28 Afirma Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 42, que el derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho de la personalidad, "sólo lo puede ejercer su titular, con lo que, en consecuencia, no forma parte del ámbito de la representación legal". Sin embargo, p. 50, cuando el menor no disponga de la capacidad natural para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad, sí que se requerirá de la representación legal.
En lo que respecta al papel del Ministerio Fiscal, se dispone en el epígrafe 3.3 de la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad e imagen de los menores, que los fiscales se abstendrán de utilizar el cumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses de los menores. La doctrina se muestra conforme con este posicionamiento. *Vid.* Ammerman Yebra, J.: "El régimen", cit., pp. 259-260 y la doctrina citada en nota 21; Grimalt Servera, P.: "El uso", cit., p. 175. Se ha señalado incluso que la obligada comunicación del consentimiento de los padres al Ministerio Fiscal no es eficaz ni el método más adecuado. *Vid.* Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 51.

Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico"[29].

Establecido lo anterior, habrá que determinar si el consentimiento debe ser otorgado por ambos progenitores o bastará con el del progenitor que difunde las imágenes, cuestión a la que nos referimos detalladamente más adelante[30]. Siendo necesario el de ambos, la publicación de fotografías decidida por uno sólo de ellos puede ser considerada ilegítima, produciéndose la violación del derecho a la propia imagen del menor[31].

Ahora bien, no es suficiente con invocar la LO 1/1982 en esta materia, pues es necesario contar asimismo con la LOPJM, en la cual se regula el principio del interés superior del menor (art. 2), que resulta fundamental en esta cuestión[32]. Se exige que dicho interés sea considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que conciernan al menor, tanto en el ámbito público como privado[33]. Ese interés superior del menor se traduce en que deben tomarse en consideración "los deseos, sentimientos y opiniones del menor" en función de su edad y madurez, con el fin de permitirle una participación en la configuración del citado interés.

Este principio general se concreta en el derecho del menor a ser oído y escuchado en el ámbito familiar cuando se trate de una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1 LOPJM)[34]. Se trata de un derecho

29 STS 30 junio 2015 (RJ 2015, 2661), citando las SSTS 19 noviembre 2008 (RJ 2008, 6055), 17 diciembre 2013, 27 enero 2014 (RJ 2014, 682), entre otras.

30 Nos remitimos a lo expuesto en el apartado IV del presente trabajo.

31 Pero, como veremos en el epígrafe 4 del presente apartado, algunas Audiencias Provinciales entienden que la publicación decidida por uno solo de los progenitores es válida si la misma se ajusta al uso social.

32 La citada LO, como nos recuerda Brito Izquierdo, N.: "La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos", *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2019, núm. 23, p. 3, integra el marco jurídico básico aplicable a los menores de edad, en consonancia con los principios contenidos en los principales tratados internacionales de los que España es parte en este ámbito. En lo que respecta al interés superior del menor, se trata de un concepto jurídico indeterminado extensamente regulado en el art. 2 LOPJM, que proporciona un conjunto de criterios generales para su interpretación y aplicación en cada caso, criterios que, a su vez, deben ser objeto de ponderación de acuerdo con una serie de elementos generales. Además, el interés superior del menor prima sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir cuando no sea posible compatibilizar todos los intereses en juego.

33 También lo es en relación con la protección de datos personales del menor. Así lo señala el Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 2/2009, de 11 de febrero, sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas)*, p. 4, señala que el interés superior del niño es un principio jurídico fundamental en este ámbito. De acuerdo con el dictamen, "la justificación de este principio es que una persona que todavía no ha alcanzado la madurez física y psicológica necesita más protección que otras personas. Su finalidad es mejorar las condiciones del niño y reforzar el derecho de éste a desarrollar su personalidad […] También se aplica a los padres y a otros representantes legales de los niños, tanto si hay conflicto entre los respectivos intereses como si se trata de representar al niño" (dictamen disponible en tudecideseninternet.es/aepd/images/artículos/pdfs/wp160_es-dictamen-PD-delos-nios.pdf).Nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales se refiere expresamente al interés superior del menor en su art. 92, en relación con los centros educativos.

34 El derecho de participación de los menores de edad en el ámbito de la protección de datos se reconoce igualmente en el *Dictamen 2/2009,* cit., pp. 6-7, afirmándose en concreto que "el derecho a participar puede aplicarse en diversos ámbitos como la geolocalización, la utilización de imágenes de niños y otros".

que el menor puede ejercitar sin discriminación alguna por razón de la edad, de modo que sus opiniones deben ser tenidas en cuenta en función de su edad y madurez. El ejercicio de dicho derecho corresponde al propio menor cuando éste tenga suficiente madurez, considerándose que la tiene una vez cumplidos los doce años (art. 9.2). En caso contrario, corresponde a los progenitores expresar la opinión del menor siempre que no existan intereses contrapuestos. De esta manera, ese principio obliga, tal y como exige el art. 9.1 de la citada Ley, a que los progenitores tengan que contar con la opinión del hijo a la hora de decidir acerca de la publicación de fotos o vídeos que le conciernen[35]. Lógicamente, la opinión del menor tendrá mayor peso cuanto mayor sea su madurez, que se presume legalmente a partir de los doce años[36]. El problema radica en que los padres suelen actuar sin contar con la opinión de sus hijos, ya sea porque son demasiado pequeños para expresarla, ya sea porque los padres no son conscientes de que deben solicitarla[37].

En conclusión, aun cuando los menores de edad carezcan de madurez para ejercitar por sí mismos su derecho a la imagen, de modo que no sea exigible su consentimiento y sean los progenitores quienes lo otorgan en su nombre, éstos no pueden actuar sin contar con la opinión del menor en los términos ya expuestos.

3. La cuestión de la aplicabilidad del art. 4.3 LOPJM a las redes sociales.

Por último, debe hacerse referencia al art. 4.3 LOPJM, que dispone que "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"[38]. Por lo tanto, el consentimiento del menor o de sus representantes legales es irrelevante cuando se dan las circunstancias expresadas[39].

35 En este sentido, Morillas Fernández, M.: "Derecho de familia", cit., p. 100; Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 48.

36 El hecho de que el menor no haya cumplido doce años no significa necesariamente que no tenga la madurez suficiente para ser oído y escuchado, por lo que habrá que determinarse caso por caso de acuerdo con los elementos de valoración previstos en el art. 9.2 LOPJM.

37 Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 51. Por otro lado, entiende la autora, p. 52, que si no es posible identificar al menor en la fotografía porque se le tapa la cara o aparece de espaldas o sólo se publica una parte de su cuerpo que no permite su identificación, debe entenderse que los padres no incurren en vulneración alguna del derecho a la imagen.

38 Este artículo viene a completar los supuestos que, de acuerdo con los arts. 2, 7 y 8 LO 1/1982, constituyen una intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen.

39 En estos casos, procede la intervención del Ministerio Fiscal para la salvaguarda de los intereses del menor de acuerdo con el art. 4.2 LOPJM. *Vid.* Morillas Fernández, M.: "Derecho de familia", cit., p. 104.

La referencia a esta disposición viene obligada porque ha sido objeto de aplicación en el ámbito del *sharenting* por la SAP Madrid 6 julio 2017[40], de acuerdo con la cual la ausencia de consentimiento de la madre no fue motivo suficiente para entender producida la violación del derecho a la propia imagen del menor, entendiendo el tribunal que debía probarse, conforme con el art. 4.3 LOPJM, que la publicación de las fotografías en las redes sociales del padre y la abuela paterna eran susceptibles de "menoscabar la honra o reputación del menor o contrariar sus intereses". La AP llegó a la conclusión de que no había sido así porque la difusión se había producido de manera restringida (FD 8º), y acabó concluyendo que "por tanto, y partiendo siempre que la publicación no proviene de un extraño ni con ausencia total de consentimiento de ambos progenitores, sino con la falta del de uno de ellos, lo que ha de dilucidarse es si la publicación en las condiciones expuestas de unas fotografías puede implicar menoscabo de la honra o reputación del menor o ser contraria a sus intereses, lo que decididamente merece una respuesta negativa".

El problema que aquí se plantea es el de la aplicabilidad del art. 4.3 LOPJM a las redes sociales, habida cuenta que su ámbito objetivo de aplicación son los medios de comunicación[41].

No existe una definición legal de red social, si bien tiene la consideración legal de servicio de la sociedad de la información[42]. Se la ha definido como "plataforma de comunicación en línea que permite a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes"[43].

40 SAP Madrid 6 julio 2017 (AC 2017, 1201).

41 Afirma Grimalt Servera, P.: "El uso", cit., p. 158, nota 59, que se trata de una cuestión que genera dudas entre la doctrina. Se muestra contraria a la aplicación del citado artículo Sánchez Gómez, A.: "El marco", cit., p. 25, "pues ello supondría invalidar cualquier actuación del menor del siglo XXI en el entorno virtual. De ahí la necesidad de buscar otros mecanismos de protección ante la inoperancia de los previsto en este punto por la Ley".

42 *Vid.* Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009, de 12 de junio, sobre las redes sociales en línea*, p. 5 (disponible en apda.es/sites/default/files/2018-10/wp163_es.pdf). El art. 4.25 Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal se remite al art. 1.1.b) de la Directiva 2015/1535/CE para delimitar el concepto de servicios de la sociedad de la información: servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Los tres elementos definitorios de los servicios de la sociedad de la información se definen en la Directiva 2015/1535. Por otro lado, el Considerando 18 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior señala que "los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea […] Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio". Por lo tanto, cabe deducir que una red social es un servicio de la sociedad de la información. La AEPD ha catalogado como redes sociales las plataformas *on line* de publicación e intercambio de contenidos en formato vídeo (como YouTube, Dalealplay.com o Vimeo), y considera que muchas de las plataformas para publicar e intercambiar fotografías (como Flickr, Instagram o Picasa) pueden considerarse como verdaderas redes sociales debido a la estructura de la participación del usuario o son directamente vinculables a dichas redes (ver "Imagen en los Servicios Web 2.0. Ficha didáctica 03", pp. 4 y 7).

43 Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009*, *cit*., p. 5. Gil Membrado, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las redes sociales", *La Ley Derecho de Familia*.

Si se pone el foco de atención en que las redes sociales son un medio para una comunicación global, es posible calificarlas como medios de comunicación[44]. Sin embargo, de acuerdo con Grimalt Servera, la cuestión es si se puede equiparar una red social a un medio de comunicación social atendiendo al eco o impacto que éste puede llegar a tener. En este sentido, el autor entiende que si se trata de una red social "con vocación de ser pública y sin fronteras", como Facebook o Twitter, puede ser equiparada a un medio de comunicación tradicional en el sentido del art. 4.3 LOPJM ya que pueden tener el mismo eco; en cambio, si la red social tiene una vocación de ser restringida, como WhatsApp, no respondería a los criterios de medio de comunicación del art. 4.3 LOPJM[45].

Por lo tanto, llegados a la conclusión de la aplicabilidad de la citada disposición a las redes sociales, debe entenderse que resulta irrelevante tanto el consentimiento del menor como de sus representantes legales si efectivamente se dan las condiciones descritas.

4. Los usos sociales.

En tercer lugar, los tribunales argumentan que "desde el punto de vista de la repercusión en el derecho de los afectados [esto es, si existe o no intromisión ilegítima], han de considerarse los distintos escenarios alternativos en función de la configuración del espacio en internet, esto es, si el espacio únicamente facilita acceso a usuarios autorizados y quiénes son éstos o, si por el contrario, el espacio se encuentra abierto al público"[46]. Concluyen los tribunales que no existe intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen cuando las fotografías de un menor en redes sociales se circunscriben a un círculo reducido de familiares y amigos[47].

Efectivamente, las redes sociales como Instagram o Facebook, por señalar tan solo las más utilizadas, permiten una configuración de la privacidad a distintos niveles, de modo que realmente es posible establecer un ámbito de privacidad elevado. Sólo cuando no se configura la privacidad de la cuenta en redes sociales, lo que se conoce como "cuenta pública", es cuando cualquier usuario de la red

Revista Jurídica sobre Familia y Menores, 2017, núm. 13, p. 1, de acuerdo con el *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line* del Instituto Nacional de Tecnologías de la Información (INTECO), p. 6, las define como servicios de la sociedad de la información prestados a través de Internet que posibilitan al usuario crear su perfil público e interactuar, de modo que la comunidad virtual se interrelaciona y comparte todo tipo de contenidos.

44 En este sentido, Grimalt Servera, P.: "El uso", cit., p. 158, nota 59, de acuerdo con la definición del DRAE de redes sociales: "plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a un gran número de usuarios".

45 Grimalt Servera, P.: "El uso", cit., p. 158, nota 59.

46 SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2º.

47 En este sentido, se pueden citar SAP Barcelona 22 abril 2015 (JUR 2015, 164632), FD 3º; AAP León 28 marzo 2017 (APR 2017, 588), FD 2º, citando la sentencia anterior en su FD 2º; SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 4º.

social en cuestión tiene acceso a las publicaciones, lo que permitiría afirmar que se produce una intromisión ilegítima[48].

Desde un punto de vista legal, este argumento jurisprudencial tiene encaje en el art. 2.1 LO 1/1982 que dispone que "la protección civil del derecho a la propia imagen queda delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia"[49]. Esto es, compartir fotografías de los hijos menores de edad con familiares y amigos por medio de las redes sociales forma parte de un uso socialmente aceptado que excluye, en consecuencia, la ilegitimidad de la conducta, siempre que el círculo de personas que puedan tener acceso a las fotografías sea limitado. Al respecto, señala la SAP Lugo 15 febrero 2017 que "no puede entenderse que se haya producido una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales cada vez más extendidos de publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados"[50].

Por su parte, en el caso enjuiciado por el AAP Asturias 13 marzo 2019, la madre solicitaba que se prohibiera la publicación de imágenes de la menor en Internet sin su consentimiento, tanto si la difusión la realizaba la propia menor como el padre de la misma. Respecto de la primera cuestión, el Tribunal llega a la conclusión de que el control ejercido por el padre respecto del uso de las redes sociales por la menor era el adecuado y que las fotografías que la propia menor publicaba en redes sociales no eran inapropiadas ni podían causarle perjuicio alguno[51]. Respecto de la segunda cuestión, que es la que nos interesa, la AP señala que el padre publicaba fotos de su hija "en su perfil privado de Instagram y con acceso controlado", cuestión ésta que permite concluir que las fotografías no constituyen un peligro para la menor ni pueden causarle perjuicio alguno.

48 *Vid.* Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 53.

49 La SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), en su FD 4º, invoca la STS 28 octubre 1996 en la que se expresa que "resulta decisivo para trazar los límites de la intimidad que ha de ser preservada judicialmente el atender a los usos sociales y, más señaladamente todavía y con carácter más determinante aún, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente escogidas y asumidas por cada persona". Como nos recuerda Planas Ballvé, M.: "Sharenting", cit., p. 44, el nivel de protección del derecho a la propia imagen dependerá del comportamiento de la persona, de modo que no es lo mismo una persona que es muy cauta con su vida privada y no hace exposiciones públicas de la misma, que una persona que vive constantemente exponiendo públicamente su faceta privada, siendo el propio titular el que decide lo que forma parte de su esfera privada y la dota de protección.

50 SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 4º. Continúa la sentencia afirmando que "la conclusión podría haber sido diferente si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario, sin que la prueba practicada en autos haya acreditado tal extremo".

51 Al respecto, el AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994) aplica el art. 158.1.6º CC que faculta al juez para adoptar las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. El Tribunal señala que la aplicación del art. 158.1.6º CC se debe a la forma en la que se ha formulado la petición de la madre (que se prohíba cualquier acceso de la imagen de la menor a Internet sin su consentimiento), por lo que no es posible acudir al art. 156.2 CC para que el Juez otorgue la facultad de decidir a cualquiera de los progenitores, ya que la cuestión no se ha planteado en términos de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad.

En el mismo sentido, la SAP Madrid 6 julio 2017 entiende que las fotografías publicadas por el padre y la abuela paterna del menor en sus redes sociales no suponen ningún perjuicio para el mismo "ni por las personas que decidieron su inclusión, ni por su contenido ni por su contexto ni por el foro o ámbito en que se publicaron. Se trata de compartir determinados momentos agradables o lúdicos de la vida cotidiana del menor con el padre o con otros familiares, sin mayor trascendencia tenido en cuenta el ámbito en que se produce la publicación"[52].

En definitiva, la publicación de fotografías de acuerdo con el uso social descrito permite prescindir del consentimiento del titular del derecho a la propia imagen[53], si es un menor maduro, o del otro progenitor, si no lo es[54].

Por otro lado, la SAP Lugo 15 febrero 2017 se encarga de recordar que las redes sociales tienen por finalidad ampliar el número de contactos o seguidores de cada usuario, de tal manera que, salvo que se configure la cuenta de la red social para que sólo un número reducido de usuarios pueda acceder a los datos de carácter personal, la dinámica propia de las mismas dará lugar a que el número de personas que pueden ver las fotografías publicadas sea cada vez mayor, rebasando el círculo de familiares y amigos cercanos que permite considerar la conducta como legítima[55]. De ahí la necesidad de llevar a cabo la valoración probatoria en relación con este extremo[56].

52 AC 2017, 1201, FD 7º.

53 De acuerdo con Troncoso Reigada, A.: "Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte I", *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, 2012, núm. 15, noviembre, p. 71, "La publicación por parte de los usuarios de redes sociales de datos personales de terceros sin su consentimiento-por ejemplo, fotografías-aunque sea entre amigos y para un círculo restringido, es una cuestión compleja desde el punto de vista del derecho a la intimidad y a la imagen. Parece razonable que la publicación para un número limitado de amigos y, por tanto, con el máximo grado de privacidad-y no para amigos de amigos, toda la red social y todo internet-pueda considerarse un uso admitido socialmente, lo que significa que no se considera una intromisión ilegítima que deba ser perseguida y siempre que la información publicada no afecte a la intimidad de la persona". Por otro lado, como expone el citado autor, "hay que ser conscientes de que no siempre es fácil solicitar y obtener el consentimiento de todas las personas que aparecen en una fotografía". Desde nuestro punto de vista, es posible entender que el tercero ha prestado su consentimiento de un modo tácito, lo que es posible tanto en el ámbito del derecho a la propia imagen como de la protección de datos personales. Por ejemplo, si el interesado tiene costumbre, a su vez, de publicar las fotografías de terceros en sus propias redes sociales (lo que, siguiendo a De Verda y Beamonte, J. R.: "El consentimiento", cit., p. 36, puede entenderse como la aplicación del criterio de los actos propios previsto en el art. 2.1 LO 1/1982). O si no se opone a la citada publicación pudiendo hacerlo.

54 Como veremos, aunque las SAP reconocen que los progenitores ostentan una titularidad conjunta de la patria potestad, entienden que no es necesario el consentimiento de ambos para la publicación de fotografías en redes sociales por uno solo de ellos, pues dicha actuación se ajusta al uso social, de acuerdo con lo previsto en el art. 156.2 CC.

55 Ver, al respecto, lo expuesto en el FD 2º de la sentencia. En relación con esta cuestión, Gil Membrado, C.: "Límites", cit., p. 2, explica que Facebook cuenta con una función para avisar a los padres cuando suban fotografías de sus hijos menores de modo público con el fin de que puedan cambiar sus ajustes de privacidad, evitando así que sean accesibles de modo público, o simplemente para advertirles de que esas fotos pueden ser vistas por todo el mundo.

56 SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), en su FD 4º, considera necesario realizar la valoración probatoria de conformidad con los usos sociales.

Afirmado lo anterior, lo cierto es que mantener un ámbito de privacidad reducido en redes sociales es realmente muy complicado puesto que los datos que se publican son potencialmente susceptibles de ser compartidos más allá del ámbito en cuestión[57]. Por lo tanto, aunque los padres configuren un grado de privacidad elevado, deben ser conscientes de la dificultad de que éste sea respetado por los demás usuarios de las redes sociales.

III. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL MENOR DE EDAD.

Algunas de las sentencias analizadas aplican la normativa de protección de datos de carácter personal, en particular las disposiciones reguladoras del consentimiento de los menores de edad, porque la representación fotográfica de un menor constituye un dato de carácter personal, de acuerdo con el art. 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, RLOPD)[58].

El tratamiento de los datos personales requiere del consentimiento del afectado, de acuerdo con el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGDD)[59] y, cuando se trata de menores de edad, el consentimiento debe otorgarse por el propio menor si ha cumplido catorce años, pero se requiere el consentimiento de sus representantes legales por debajo de dicha edad (arts. 7 LOPDGDD y 13.1 RLOPD)[60]. Aunque la edad de catorce años no

57 En este sentido, la AEPD, "Imagen en los Servicios Web 2.0. Ficha didáctica 03", pp. 3-4, afirma que las imágenes puestas en Internet pueden escapar del control del usuario, poniendo en peligro su privacidad. Debe tenerse en cuenta que cualquier red social se caracteriza por la viralidad en la expansión de sus contenidos y la pérdida de control por parte del autor de la fotografía o vídeo.

58 SAP Pontevedra 4 junio 2015, (JUR 2015, 163149), FD 4°; SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2°; AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3°; SAP Cantabria 13 enero 2020 (JUR 2020, 51511), FD 4°.9. El art. 5.1.f) RLOPD define los datos de carácter personal como "cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables". Por lo tanto, las fotografías de los menores que los padres publican en sus redes sociales, siempre que permitan la identificación del sujeto, tienen la consideración legal de datos de carácter personal.

59 Como señala la SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), "la prestación del consentimiento es el requisito indispensable y vertebrador de la protección de datos de carácter personal" (FD 2°). El derecho a la protección de datos personales, si bien se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad, se configura como autónomo en los términos expuestos en la STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292). *Vid.* Sánchez Gómez, A.: "El marco", cit., p. 19.

60 El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, RGPD) dispone en su art. 8.1 ("Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información") que "Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a) [necesidad del consentimiento del interesado para el tratamiento lícito de sus datos personales] en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y sólo en la medida

es una novedad en el ordenamiento jurídico español de protección de datos, pues ya estaba prevista en el RLOPD, sí lo es que la propia LOPDGDD la recoja expresamente, a diferencia de la anterior LOPD[61]. Las sentencias llegan a la conclusión de que, en los casos enjuiciados, resultaba necesario el consentimiento de ambos progenitores, pues los menores no sobrepasaban los trece años de edad al iniciarse el procedimiento[62].

En relación con lo expuesto, cabe realizar una matización y una reflexión.

Cuando los usuarios de redes sociales (los padres, en nuestro caso) publican datos personales de terceros (como las imágenes de sus hijos menores de edad) llevan a cabo un tratamiento de datos personales[63]. Sin embargo, este tipo de tratamiento se encuentra excluido de la normativa de protección de datos debido a que los ficheros de datos personales creados por los usuarios en sus redes sociales tienen la consideración legal de "ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas"[64]. Así lo establecen el Considerando 18 y el art. 2.2.c) RGPD, así como el art. 2.2 LOPDGDD[65]. Para que

en que se dio o autorizó". Por otro lado, el art. 8.1 permite a los Estados miembros establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que no sea inferior a 13 años. Nuestra LOPDGDD, uno de cuyos objetivos es adaptar el ordenamiento jurídico español al citado Reglamento, ha hecho uso de este margen de libertad, manteniendo el criterio de los 14 años ya establecido en el RLOPD. En lo que respecta a la forma de emisión del consentimiento, ni la normativa europea ni la española imponen pauta o sistema alguno, de modo que existe libertad de forma o procedimiento para recabar el consentimiento por parte del responsable del tratamiento de datos personales. *Vid.* Brito Izquierdo, N.: "La protección", cit., p. 8 (acerca de los métodos o sistemas de verificación de la concurrencia del consentimiento parental cuando sea necesario, se pueden consultar pp. 11-15 del citado trabajo).

61 La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, prácticamente toda ella derogada por la LOPDGDD, no preveía en su art. 6 más que la necesidad del consentimiento del afectado para el tratamiento de datos de carácter personal (salvo que la ley dispusiese otra cosa), sin referencia alguna a los menores de edad. El hecho de que la actual LOPDGDD regule expresamente el consentimiento de los menores de edad evita las críticas de la doctrina española respecto de la regulación reglamentaria de esta cuestión, pues se decía que la misma excedía de lo previsto en la entonces LOPD. *Vid.* Ammerman Yebra, J.: "El régimen", cit., p. 256.
Por otro lado, el art. 7.1 LOPDGDD exceptúa el consentimiento del mayor de catorce años cuando la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o la tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. Por lo tanto, la regulación específica en materia de consentimiento decae frente a la regulación general relativa a la celebración de contratos de menores de edad (art. 1263-1º CC).

62 SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º; AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º; SAP Cantabria 13 enero 2020 (JUR 2020, 51511), FD 4º.9.

63 De acuerdo con el art. 4.2 RGPD, la difusión de datos personales de terceros debe ser considerada como un supuesto de tratamiento.

64 Troncoso Reigada, A.: "Las redes", cit., p. 68. Señala este autor que la mayoría de los tratamientos que llevan a cabo los usuarios son de esta clase. En este sentido, el Grupo de Trabajo del Artículo 29, *Dictamen 5/2009,* cit., pp. 5-6, afirma que los datos personales difundidos por medio de redes sociales deben ser tratados de acuerdo con la legislación europea y nacional relativa a la protección de datos. Ahora bien, el tratamiento de datos personales en una red social puede realizarse en el ejercicio de actividades personales o domésticas, en cuyo caso queda excluido de la normativa.

65 El art. 2.2 LOPDGDD dispone que la citada Ley no es de aplicación a los tratamientos excluidos del ámbito de aplicación del RGPD por su art. 2.2, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del art. 2.2 de la Ley. Como se explica por el Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009,* cit., p. 6, "en la mayoría de los casos, los usuarios de redes sociales se consideran personas interesadas" por ser personas que tratan datos personales en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, razón por las que no se les imponen las obligaciones de un responsable del tratamiento de datos.

el fichero reciba esta calificación legal es necesario, como dispone el Considerando 18 RGDP, que la actividad no tenga conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Por lo tanto, cuando las imágenes se publican en una red cerrada a la familia y/o a los amigos íntimos, cabe entender que se difunden en el ejercicio de actividades personales o domésticas[66]. Por el contrario, cuando el tratamiento de los datos de terceros excede el ámbito puramente doméstico, "lo que puede suceder en supuestos en los que la imagen de terceros es compartida, sin ningún tipo de restricciones de acceso, a través de redes sociales o de aplicaciones móviles de mensajería"[67], sí que se aplica la normativa de protección de datos personales.

En consecuencia, debería concluirse que no procede invocar la normativa de protección de datos de carácter personal en materia de consentimiento para resolver la cuestión planteada en los casos analizados (si los padres pueden publicar por sí mismos fotografías de sus hijos en sus redes sociales sin necesidad de contar con el consentimiento del hijo o del otro progenitor en los casos de separación, divorcio o ausencia de convivencia) cuando exista la situación antes descrita[68]. Precisamente, esta era la configuración de las redes sociales de los progenitores en los casos enjuiciados. Bastaría entonces con tener en cuenta el régimen jurídico del consentimiento del menor de edad previsto en la LO 1/1982[69]. Por el contrario, deberá aplicarse dicha normativa si la red social está configurada en abierto, tanto en materia de consentimiento como de responsabilidad por un inadecuado tratamiento de los datos de carácter personal[70].

66 Troncoso Reigada, A.: "Las redes", cit., p. 68, explica que se trata de tratamientos de datos personales que afectan a la esfera familiar y de amistad y no pretenden otra finalidad que las relaciones propias de estos ámbitos, citando la SAN 15 junio 2006. En el mismo sentido, Gil Membrado, C.: "Límites", cit., p. 4, que añade que "lo que excede de esta situación-ideal y casi de ficción en el escenario de las redes sociales- debería conducir a una mayor reflexión".

67 Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009,* cit., p. 6. Añade que "cuando el acceso a la información del perfil va más allá de los contactos elegidos, en particular, cuando todos los miembros que pertenecen a la red social pueden acceder a un perfil o cuando los datos son indexables por los motores de búsqueda, el acceso sobrepasa el ámbito personal o doméstico". Y también que "un gran número de contactos puede indicar que no se aplica la excepción doméstica". Como explica Troncoso Reigada, A.: "Las redes", cit., p. 69, "un número muy elevado de contactos por parte de un usuario implica que no conoce a muchos de ellos-consecuencia de una aceptación indiscriminada de peticiones de amistad sin que exista una relación personal-por lo que no puede hablarse de datos que afecten a la esfera familiar y de amistad o de tratamientos personales o domésticos".

68 Así, Troncoso Reigada, A.: "Las redes", cit., p. 70, afirma que el usuario de redes sociales no tiene la obligación de recabar el consentimiento del interesado "salvo que sea responsable del tratamiento en los términos ya señalados", es decir, su actividad excede de lo que puede considerarse como personal o doméstico.

69 Afirma Troncoso Reigada, A.: "Las redes", cit., p. 70, que el usuario de redes sociales no tiene la obligación de recabar el consentimiento del interesado "salvo que […] la información revelada por el usuario afecte al derecho a la intimidad, honor y propia imagen de otras personas y supere los usos admitidos socialmente (art. 2.1 LO 1/1982)".

70 Como afirma el Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009,* cit., p. 6, si el tratamiento de datos personales en una red social sobrepasa el ámbito personal o doméstico, el usuario puede ser entonces considerado como un responsable del tratamiento de los datos, por lo que se le aplica el mismo régimen jurídico que a éste ("un gran número de contactos puede indicar que no se aplica la excepción doméstica y el usuario podría entonces ser considerado como un responsable del tratamiento de datos" y "si un usuario decide, con perfecto conocimiento de causa, ampliar el acceso más allá de los "amigos" elegidos, asume las responsabilidades de un responsable del tratamiento de datos"). En concreto, "el usuario necesita el consentimiento de las personas interesadas u otra base legítima que figure en la Directiva relativa a la

Por último, creemos que la configuración del régimen jurídico del consentimiento del menor de edad en lo que al tratamiento de sus datos personales se refiere merece una reflexión.

La legislación en materia de protección de datos ha optado por un criterio objetivo de determinación de la madurez del menor[71], puesto que establece una edad concreta (catorce años) a partir de la cual cabe la prestación de un consentimiento autónomo por el mismo. Esta edad ya está prevista para ciertos actos jurídicos en el CC, por lo que no supone una novedad en materia de consentimiento del menor de edad[72]. La elección de un sistema objetivo se debe a la de otorgar seguridad jurídica a los responsables de los tratamientos de datos personales, pues resultaría imposible que éstos comprobaran caso por caso que los menores disfrutan de madurez suficiente[73].

Se nos plantea si la edad de catorce años es una presunción legal *iuris et de iure* o *iuris tantum*. En nuestra opinión, dado que la normativa de protección de datos, en lo que al consentimiento del menor se refiere, no establece un sistema autónomo al diseñado en la legislación civil general, debe entenderse que la LOPDGDD y el RLOPD establecen una presunción *iuris tantum* de madurez a los catorce años de edad[74]. De esta manera, entendemos que no es válido el consentimiento prestado por los mayores de catorce años si se comprueba que

protección de datos". De acuerdo con Troncoso Reigada, A.: "Las redes", cit., p. 69, "esta publicación de datos personales debe suponer que el usuario de la red social asume la responsabilidad del tratamiento-en relación con las personas cuyos datos y fotografías aparecen publicadas en su perfil-lo que le obliga, en especial, al cumplimiento de los principios de información y consentimiento".

71 Gil Membrado, C.: "Límites", cit., p. 6.

72 La AEPD ha dictaminado que los mayores de catorce años tienen condiciones de madurez suficientes para prestar su consentimiento al tratamiento de sus datos, atendiendo precisamente a una serie de normas civiles que permiten la prestación autónoma del consentimiento en función de la madurez y, más concretamente, una vez cumplidos los catorce años de edad. *Vid. Memoria 2000*, apartado 3.2.4 (disponible en aepd.es/sites/default/files/2019-9/memoria-AEPD-2000.pdf). La AEPD se refiere expresamente a los arts. 20, 21 y 23 CC (que permiten al mayor de catorce años emitir el consentimiento para adquirir la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza y residencia) y al art. 663.1º CC (que permite testar al mayor de catorce años). Debe tenerse en cuenta que, en el momento de publicación de la Memoria, no se había aprobado aún el RLOPD que recoge expresamente la edad de catorce años para prestar el consentimiento en su art. 13.1.

73 En este sentido, Gil Membrado, C.: "Límites", cit., p. 6; Pérez Díaz, R.: "La imagen del menor en las redes sociales", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (BIB 2018\6534), 2018, núm. 3, p. 10.

74 Interesa traer a colación lo dictaminado por la AEPD en su *Memoria 2000*, cit., apartado 3.2.4: "Respecto de los restantes menores de edad [se refiere a los menores de catorce años], no puede ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en el artículo 162.1 del Código Civil, tomando en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez […] recabándose, en caso de menores de catorce años, cuyas condiciones de madurez no garanticen la plena comprensión por los mismos del consentimiento prestado, el consentimiento de sus representantes legales". La referencia al art. 162 CC demuestra que la normativa de protección de datos debe ser interpretada de conformidad con el sistema diseñado por el CC, sistema basado en las condiciones de madurez. Además, se deduce que la AEPD no afirma que los menores de catorce años no puedan tener madurez suficiente, sino que no puede garantizarse que la tengan como regla general, de ahí la necesidad de contar con el consentimiento de sus representantes legales.

éstos no reúnen las condiciones de madurez exigidas[75]. Ahora bien, no será válido el consentimiento prestado por un menor de catorce años por mucha madurez que tenga, pues la normativa de protección de datos ha optado por una edad concreta en lo que al tratamiento de datos se refiere.

Además, el uso de la imagen del menor en Internet no sólo supone el tratamiento de un dato personal sino también una intromisión en el derecho a la propia imagen del mismo[76]. A pesar de esta doble dimensión jurídica, sólo resulta aplicable la normativa de protección de datos en materia de consentimiento, de modo que la misma ha venido a establecer cuándo un menor de edad es maduro para el ejercicio de su derecho a la imagen en Internet[77]. Y de esta manera, se está permitiendo que un menor de edad decida por sí mismo acerca de la disposición de su imagen en un contexto que puede acabar resultando mucho más dañino que el analógico, sin atender realmente a su madurez[78].

IV. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

La cuestión del ejercicio de la patria potestad se plantea cuando los hijos menores de edad no tienen suficiente madurez (derecho a la imagen) o no han cumplido todavía los catorce años de edad (protección de datos de carácter personal), por lo que no pueden prestar por sí mismos el consentimiento a la publicación de las fotografías por parte de sus progenitores, correspondiendo a éstos otorgar el consentimiento[79]. El análisis de las sentencias de las Audiencias Provinciales nos permite concluir que existen dos posicionamientos respecto al ejercicio de la patria potestad, partiendo del hecho de que todas ellas enjuician la cuestión respecto de progenitores separados o divorciados o parejas de hecho que no conviven y tienen atribuida conjuntamente la patria potestad.

75 Ammerman Yebra, J.: "El régimen", cit., p. 257, entiende que debe exigirse el consentimiento de sus representantes legales en dicho caso.

76 Así se deduce del art. 84 LOPDGDD, que dispone que "la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor".

77 Afirma Sánchez Gómez, A.: "El marco", cit., p. 22, que, respecto a la edad mínima para poder prestar dicho consentimiento, parece que las Leyes de 1982 y 1996 no serían aplicables para este acto y sus requisitos, pues estamos en el ámbito del tratamiento de datos personales.

78 De acuerdo con Sánchez Gómez, A.: "El marco", cit., p. 24, en relación con los menores que publican sus fotos y vídeos en sus redes sociales, "el problema que se plantea es que para dichos actos que conforman intromisiones en sus propios derechos, el menor no presta su consentimiento en el sentido del art. 3.1 LO 1/1982. A nuestro juicio, aquel consentimiento lo emitió cuando se dio de alta en la red social aceptando sus condiciones. Es decir, por el acto de registro el menor está consintiendo la posibilidad del tratamiento de sus datos y, todavía más, las intromisiones en sus derechos. De ahí que la prestación del consentimiento para darse de alta en la red social, inicialmente relacionado con el tratamiento de datos, va más allá y se extiende de una manera peligrosa y genérica a las intromisiones en sus derechos".

79 Nos remitimos a lo expuesto en los apartados II.1 y 2 y III del presente trabajo.

El régimen jurídico a tener en cuenta es el previsto en los arts. 154 y 156 CC. Cuando ambos progenitores son titulares de la patria potestad, la representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores (art. 154 CC)[80]. Y la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro[81], siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los progenitores puede acudir al juez quien atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 156 CC)[82].

De acuerdo con el régimen jurídico expuesto, un primer posicionamiento de las Audiencias Provinciales consiste en entender que, siendo ambos progenitores titulares de la patria potestad, es necesario el consentimiento de ambos, con independencia de que la guarda y custodia corresponda a uno solo de ellos o sea compartida[83].

Así, la SAP Pontevedra 4 junio 2015 falla que si el padre pretende publicar fotos de su hijo menor en las redes sociales, debe recabar previamente el consentimiento de la madre y, si ésta se opone, puede acudir a la vía judicial para solicitar autorización (art. 156.2 CC)[84]. En esta misma línea se encuentra la SAP Barcelona 15 mayo 2018 que concluye que "en definitiva, el tema de la imagen e intimidad de un menor de edad es tan delicado y de tanta trascendencia que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente, salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad"[85]. Aunque la guarda

80 En el caso de suspensión o privación de la patria potestad de uno de los progenitores, correspondería de manera exclusiva al otro progenitor la decisión respecto de la publicación de las fotografías de los hijos menores de edad. En este sentido se pronuncia la AP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º. En la doctrina, *vid.* Morillas Fernández, M.: "Derecho de familia", cit., p. 101.

81 En lo que respecta al consentimiento tácito, la AP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º, entiende que lo hay cuando ambos progenitores colgaban fotos del menor en redes sociales antes de separarse o ambos lo hacen tras la separación, tratándose de una cuestión que debe valorarse caso por caso en el supuesto de surgir incidentes.

82 Tal y como señala SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º.

83 Son favorables a este posicionamiento: Guardiola Salmerón, M.: "Menores", cit., p. 60; Gil Membrado, C.: "Límites", cit., p. 9; Tintoré Garriga, Mª P.: "Sharenting", cit., p. 6; Morillas Fernández, M.: "Derecho de familia", cit., pp. 98 y 100; Grimalt Servera, P.: "El uso", cit., p. 167.

84 SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º. En el caso planteado ante la citada Audiencia Provincial, la madre solicitaba que se prohibiera al padre cualquier tipo de publicación de fotografías e imágenes de su hijo en las redes sociales o medios similares sin su consentimiento previo, con el fin de garantizar la privacidad del menor. En concreto, la imagen del menor aparecía como foto de portada y de perfil en el muro de Facebook del padre, lo que permitía la identificación del menor.

85 SAP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º, que cita la SAP Pontevedra 4 junio 2015. Resulta particularmente interesante que esta sentencia señale que este mismo tribunal (su Sección 12ª) ha reconsiderado su doctrina anterior respecto de este mismo tema, pues en una sentencia previa la AP había fallado en el sentido de que "el derecho de imagen del menor pertenece al ámbito de la patria potestad que ejercen ambos progenitores, sin que conste que ninguno de ellos haya sido privado de su ejercicio, por lo que es un derecho que los dos detentan y los dos deben velar porque sea debidamente protegido, debiéndose suponer que tanto uno como otro, en el caso de acceder a dichas redes sociales, tomarán las precauciones adecuadas a la hora de restringir la privacidad de las imágenes de su hijo". Por lo tanto, venía

del hijo se había atribuido a la madre, la potestad parental la tenían y ejercían ambos progenitores de forma compartida, "por lo que la decisión de colgar fotos del mismo la deben tomar ambos progenitores sin perjuicio de la ruptura de su relación de pareja".

En el caso enjuiciado por el AAP Asturias 13 marzo 2019, se concluye que la difusión y la publicación de fotografías de la menor requieren el consentimiento de ambos progenitores[86]. En este mismo sentido se puede citar la SAP Cantabria 13 enero 2020, que debía pronunciarse acerca de la petición de la madre relativa a prohibir la utilización de la imagen de la menor sin el previo consentimiento del otro progenitor[87]. Citando los arts. 154 y 156 CC, la AP concluye que "en el futuro, ambos padres titulares de la patria potestad deberán consentir la utilización de la imagen de la menor, y si no fuera posible obtenerla por existir controversia, el progenitor interesado deberá acudir al juez para, en su caso, obtener la debida autorización" (FD 4º.9).

En la SAP Lugo 15 febrero 2017 se juzga un caso en el que la patria potestad corresponde conjuntamente a la madre y a cada uno de los padres de sus dos hijos menores de edad, si bien la guarda de los mismos había sido atribuida a la abuela materna por decisión judicial[88]. Aunque la SAP afirma que, con carácter general, corresponde conjuntamente a ambos progenitores otorgar el consentimiento para publicar fotografías de los hijos menores en redes sociales, de acuerdo con el art. 156 CC y la LOPD (aunque cabe señalar que la LOPD no regulaba la cuestión de la protección de datos de carácter personal de los menores, sino su Reglamento), llega a la conclusión de que el consentimiento de cada uno de los padres de los menores, junto con el de la abuela materna, son suficientes para legitimar el acceso a las imágenes publicadas en el perfil de la demandada, atendiendo a que ésta ostenta la guarda de hecho de los menores por decisión judicial. Por ello, la Audiencia Provincial considera que la conducta de la demandada no ha infringido los derechos invocados de los menores, aun faltando el consentimiento de la madre.

a admitir que no hacía falta el consentimiento de ambos progenitores, sino que cada uno podía actuar de forma unilateral siempre que no perjudicara la imagen del hijo.

86 AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º. El presente caso tiene la particularidad de que no se enjuicia por la vía del art. 156.2 CC debido a que la madre no plantea la cuestión litigiosa en términos de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad. Al solicitar la madre en la demanda que se prohíba cualquier acceso de la imagen de la menor a Internet sin su consentimiento, incluyendo las fotografías que la propia hija quisiera difundir, la AP entiende que la disposición aplicable es el art. 158.1.6º CC, que faculta al Juez para adoptar las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

87 JUR 2020, 51511. El recurso de apelación se interpone por la madre, entre otros motivos, para solicitar que la prohibición interesada por la misma constara entre las medidas reguladoras de las relaciones paterno-filiales.

88 SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242). En el presente caso, la madre de los dos hijos menores de edad interpuso demanda de protección de los derechos a la intimidad y propia imagen de los mismos frente a su propia madre, por entender que ésta los había vulnerado al publicar fotografías de sus nietos en su Facebook sin el consentimiento de la demandante.

Además de los fundamentos jurídicos señalados, el posicionamiento expuesto tiene base jurídica en la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal de los menores de edad. Así, la SAP Barcelona 15 mayo 2018 se refiere expresamente al art. 8.1 RGPD que exige el consentimiento del titular de la patria potestad para que el tratamiento de datos personales de un menor de 16 años de edad sea considerado lícito[89]. De acuerdo con la sentencia, "si ambos progenitores son titulares, ambos deben consentir en esta materia". Del mismo modo, el art. 7.2 LOPDGDD exige el consentimiento del titular de la patria potestad, de modo que, si ambos progenitores lo son, el consentimiento debe ser prestado por ambos, con independencia del régimen de guardia y custodia[90].

Teniendo en cuenta la litigiosidad existente sobre la cuestión del consentimiento, lo más razonable sería establecer en el convenio regulador o en la sentencia de adopción de medidas en relación con los hijos la necesidad de contar con el consentimiento de ambos progenitores, de forma que se evitarían discrepancias que obligan a acudir a la vía judicial. Este tipo de acuerdo ya se recoge por los tribunales[91].

De acuerdo con un segundo posicionamiento, no es necesario el consentimiento de ambos progenitores si el que publica las fotografías en sus redes sociales actúa de acuerdo con el uso social, tal y como permite el art. 156[92]. En este sentido, se pronuncia la SAP Barcelona 22 abril 2015, cuando afirma que "no se han acreditado que las fotos que publica la actora en redes sociales atenten al derecho a la imagen del hijo común, habiendo alegado la madre que las destina únicamente a sus parientes y amigos. La Juzgadora de 1ª Instancia ha referido con buen criterio que ambas partes son cotitulares de la potestad parental sobre su hijo y ambos deben velar por la protección integral de su hijo restringiendo la privacidad de las imágenes del menor, remitiendo sus fotos únicamente a sus familiares y amistades más cercanos"[93].

89 SAP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º. En el momento de dictarse la sentencia todavía no se había aprobado la LOPDGDD actual.

90 Morillas Fernández, M.: "Derecho de familia", cit., p. 95. Además, debe tenerse en cuenta que el art. 13.1 RLOPD exige el consentimiento de "los padres", en consonancia con lo expuesto.

91 Un ejemplo de lo expuesto lo encontramos en la sentencia de 17 de mayo de 2016 del JPI núm. 8 Alicante, dictada en un procedimiento de solicitud de medidas en relación al hijo menor de edad (el fallo de la citada sentencia se recoge en los antecedentes de hecho de SAP Alicante 13 de diciembre 2016 (JUR 2017, 42095). Entre otras medidas solicitadas por la madre, el Juzgado acuerda la custodia compartida y que ambos progenitores deberán intervenir necesariamente "en la publicación de la imagen del menor en redes sociales de tipo Facebook, Twitter o Instagram (no pudiendo ser tampoco publicadas por un tercero con el consentimiento de uno solo de los progenitores) incluso aunque dicha fotografía corresponda a una actividad realizada durante el tiempo en que el progenitor no custodio disfruta del régimen de visitas establecido con el menor y es publicado en su perfil social". Como vemos, esta sentencia establece el régimen jurídico aplicable al *sharenting*, régimen que deberá regir, mientras el hijo no tenga suficiente madurez, las relaciones de los progenitores con éste y entre sí.

92 Nos remitimos a lo expuesto en el apartado II.4 del presente trabajo.

93 SAP Barcelona 22 abril 2015 (JUR 2015, 164632), FD 3º.

De acuerdo con la SAP Madrid 6 julio 2017[94], la ausencia de consentimiento de la madre no es motivo suficiente para entender producida la violación del derecho a la propia imagen del menor, entendiendo el tribunal que debe probarse, de acuerdo con el art. 4.3 LOPJM, que la publicación de las fotografías en las redes sociales del padre y la abuela paterna son susceptibles de "menoscabar la honra o reputación del menor o contrariar sus intereses". La Audiencia Provincial llega a la conclusión de que no ha sido así porque la difusión se ha producido de manera restringida. La Audiencia Provincial acaba concluyendo que "por tanto, y partiendo siempre que la publicación no proviene de un extraño ni con ausencia total de consentimiento de ambos progenitores, sino con la falta del de uno de ellos, lo que ha de dilucidarse es si la publicación en las condiciones expuestas de unas fotografías puede implicar menoscabo de la honra o reputación del menor o ser contraria a sus intereses, lo que decididamente merece una respuesta negativa".

Esta postura es abiertamente criticada por la SAP Barcelona 15 mayo 2018[95]. Se afirma que "ante la realidad social del difícil o complicado control de la privacidad de lo que se publica en redes sociales tipo Facebook, Instagram, etc, y los abusos que al respecto se producen cada día con la información y fotografías publicadas", todo ello "impide incardinar o vincular el tema de esta publicación y compartición de imágenes, cuando se trata de hijos menores de edad, con aquellos actos que cada uno de sus progenitores puede realizar válidamente por separado "conforme al uso social" como excepción al principio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos, excepción y principio recogidos en el art. 156 CC".

También cierta doctrina se muestra contraria al argumento del uso social como elemento que otorga validez a la publicación unilateral de fotografías de los hijos menores de edad por uno de los progenitores[96].

V. CONCLUSIONES.

Las Audiencias Provinciales entienden que el *sharenting* es un fenómeno social que incide directamente en dos derechos fundamentales de los menores de edad: el derecho a la propia imagen y el derecho a la protección de sus datos de carácter personal. Por lo tanto, acuden a la legislación civil especial reguladora de los mismos con el fin de determinar la legitimidad de la conducta de los progenitores en el caso de separación o divorcio.

94 SAP Madrid 6 julio 2017 (AC 2017, 1201), FD 8°.

95 SAP Barcelona, 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2°.

96 Morillas Fernández, M.: "Derecho de familia", cit., p. 104, concluye que, para que uno de los progenitores pueda subir una fotografía a Internet para publicarla en alguna red social, aunque sea con el objetivo primordial de compartirla con familiares y allegados, es necesario el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor, cuando ambos sean cotitulares de la patria potestad.

Si bien los tribunales no han tenido aún la oportunidad de pronunciarse acerca del *sharenting* en relación con menores de edad con suficiente madurez, se puede concluir que los progenitores deben contar con el consentimiento de sus hijos menores que cumplan tal condición a la hora de difundir imágenes de los mismos en sus redes sociales, de acuerdo tanto con el art. 3.1 LO 1/1982 como con el art. 162.2.1º CC. La falta de dicho consentimiento da lugar a que el *sharenting* pueda considerarse como una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor. Por lo tanto, los menores están legitimados para reclamar judicialmente los daños derivados de la citada intromisión.

Las Audiencias Provinciales se han pronunciado, en cambio, respecto de menores de edad de hasta 13 años cumplidos. Se llega a la conclusión, de acuerdo con el art. 3.2 LO 1/1982, que el consentimiento para disponer de la imagen del menor corresponde a sus representantes legales, por no tener aquél suficiente madurez. De acuerdo con los arts. 154 y 156 CC, algunos tribunales señalan que, si ambos progenitores son titulares de la patria potestad, el ejercicio de la representación legal corresponde a ambos. Por lo tanto, es necesario el consentimiento de los dos progenitores para la publicación de imágenes de sus hijos en redes sociales. Debemos concluir que la publicación de fotografías decidida por un solo progenitor es ilegítima y viola el derecho a la propia imagen del menor. Además, si bien las Audiencias Provinciales no se refieren a esta cuestión, también debe señalarse que los progenitores deben pedir opinión al menor (en todo caso a partir de los doce años) acerca de la publicación de las fotografías, tal y como exige el art. 9.1 LOPJM.

Por otro lado, si la publicación de imágenes se lleva a cabo en un círculo reducido de personas (familiares y amigos), otros tribunales entienden que la misma es conforme al uso social y, por lo tanto, legítima (art. 2.1 LO 1/1982). De esta manera, ya no es necesario un ejercicio conjunto de la patria potestad, bastando con el consentimiento de un solo progenitor, tal y como permite el art. 156 CC.

La publicación de fotografías de los menores en redes sociales por parte de un progenitor afecta también al derecho de los menores a la protección de sus datos personales, por cuanto la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal (art. 5.1.f RLOPD). Por este motivo, ciertas Audiencias Provinciales entienden que debe aplicarse también el régimen jurídico regulador del consentimiento del menor de edad para el tratamiento de sus datos personales, de acuerdo con el cual el consentimiento debe otorgarse por el propio menor si ha cumplido catorce años o por sus representantes legales en caso contrario (art. 7 LOPDGDD y art. 13.1 RLOPD).

Teniendo en cuenta que, en los casos enjuiciados, los menores no habían cumplido aún los trece años de edad, las Audiencias Provinciales entienden que el consentimiento para la difusión de imágenes de los mismos en redes sociales corresponde a ambos progenitores, de acuerdo con la legislación reguladora de la protección de datos de carácter personal.

Sin embargo, en nuestra opinión, dado que los datos personales difundidos en redes sociales cuando se encuentran disponibles sólo para familiares y amigos (perfil privado) tienen la consideración legal de ficheros personales o domésticos, y el tratamiento de este tipo de ficheros se encuentra excluido de la normativa de protección de datos, cabe entender que no es procedente aplicar dicha normativa en materia de consentimiento, bastando con la relativa a la protección del derecho a la propia imagen.

BIBLIOGRAFÍA.

Ammerman Yebra, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*," *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, nº 8 bis (extraordinario), julio, pp. 253-264.

Brito Izquierdo, N.: "La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos", *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2019, nº 23, pp. 21-33.

De Verda y Beamonte, J. R.: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014, nº 1, pp. 35-42.

Gil Membrado, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las redes sociales", *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, nº 13, pp. 69-95.

Grimalt Servera, P.: "El uso de la imagen del menor estudiante en los centros educativos (especial atención del uso de las redes sociales"), *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2019, nº 10, febrero, pp. 138-179.

Guardiola Salmerón, M.: "Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2016, nº 8, pp. 53-67.

Morillas Fernández, M.: "Derecho de familia y redes sociales", *REDS (Revista de Derecho, Empresa y Sociedad)*, nº 13, 2018, pp. 93-105.

Pérez Díaz, R.: "La imagen del menor en las redes sociales", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (BIB 2018\6534), 2018, nº 3, pp. 1-12.

Planas Ballvé, M.: "Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2020, núm. 228, pp. 37-66.

Sánchez Gómez, A.: "El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, nº 11, pp. 1-24.

Tintoré Garriga, Mª P.: "Sharenting y la responsabilidad parental (I)", *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, nº 14, pp. 43-50.

TRONCOSO REIGADA, A.: "Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte I", *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, 2012, nº 15, noviembre, pp. 61-74.

LA GARANTÍA DE LA PRIVACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD

ENSURING THE PRIVACY OF MINORS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 1004-1023

Juan Francisco
RODRÍGUEZ
AYUSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El presente estudio ofrece una investigación sistemática, exhaustiva y actualizada de la posición jurídica que ostenta el menor de edad al amparo de la nueva normativa en materia de protección de datos personales, emanada en la actualidad del Reglamento general de protección de datos y de la nueva Ley Orgánica de protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales. En concreto, analiza la especial configuración que esta regulación proporciona a los niños como sujetos especialmente protegidos, cuestión que se plasma en diversas obligaciones a cumplir por quienes intervienen como responsables del tratamiento, a fin de otorgar esta protección reforzada. Entre estas obligaciones, se hace especial incidencia, por su relevancia, en las bases jurídicas concurrentes para poder cumplir con el principio de licitud, analizando aquella que, con mayor preeminencia, afecta a los menores de edad, como sucede con el consentimiento, en especial cuando este debe justificar el tratamiento de datos personales especialmente sensibles, como son los datos de salud, en un contexto de crisis sanitaria como el actual, derivado del COVID-19.

PALABRAS CLAVE: Menor; dato personal; salud; RGPD; COVID-19.

ABSTRACT: *This study offers a systematic, exhaustive and updated investigation of the legal position held by minors under the new regulations on personal data protection, currently emanating from the General Data Protection Regulations and the new Organic Law on the Protection of Personal Data and the Guarantee of Digital Rights. Specifically, it analyses the special configuration that this regulation provides to children as specially protected subjects, an issue that is expressed in various obligations to be fulfilled by those who intervene as controllers, in order to grant this reinforced protection. Among these obligations, special emphasis is placed, due to their relevance, on the concurrent legal bases in order to comply with the principle of legality, analysing those that, with greater preeminence, affect minors, as is the case with consent, especially when this must justify the processing of particularly sensible personal data, such as health data, in a context of health crisis such as the current one, derived from the COVID-19.*

KEY WORDS: *Minor; personal data; health; RGPD; COVID-19.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ALUSIONES A LOS MENORES DE EDAD EN LA NUEVA NORMATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.- III. TRATAMIENTO LEGÍTIMO DE DATOS PERSONALES DE MENORES DE EDAD: EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO, EN ESPECIAL CUANDO AFECTA A INFORMACIÓN ESPECIALMENTE SENSIBLE.

I. INTRODUCCIÓN

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE[1] (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD) regula los datos personales relativos a los menores de edad, partiendo, en gran medida, del régimen contemplado en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[2] (en adelante, DPDP), enriqueciéndolo con determinados criterios aportados por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A su vez, y al objeto adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento general de protección de datos y completar sus disposiciones, surge la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales[3] (en adelante, LOPDGDD), que, en virtud de su disposición derogatoria única, deroga la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales[4] (en adelante, LOPD) y el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos[5], además de cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en el RGPD y la presente LOPDGDD; esta nueva Ley Orgánica también

1 Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) L 119/1, de 04 de mayo de 2016.

2 Diario Oficial de las Comunidades Europeas (en adelante, DOCE) L 281/31, de 23 de noviembre de 1995.

3 Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) núm. 294, de 06 de diciembre de 2018.

4 BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

5 BOE núm. 183, de 30 de julio de 2018.

• Juan Francisco Rodríguez Ayuso
Profesor Ayudante Doctor y Coordinador Académico del Máster Universitario en Protección de Datos, Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), Av. de la Paz, 137 26006 Logroño, La Rioja, España. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-4721-1465 Correo Electrónico: juanfrancisco.rodriguez@unir.es

se pronunciará de forma específica y relevante sobre los tratamientos realizados sobre los datos personales relativos a la salud del interesado.

Cuando hablamos de menores de edad, nos referimos a aquellas personas físicas con edad inferior a los 18 años, toda vez que no se han emancipado desde un punto de vista legal con anterioridad a dicha edad[6]. A lo largo de los últimos años, gran parte de la doctrina[7] se ha decantado por emplear la noción "niños, niñas y adolescentes" para hacer alusión a las personas con menor edad a la antes indicada; no obstante, a lo largo de estas páginas, utilizaremos indistintamente las nociones anteriores, al igual que las nociones "menor de edad" o, simplemente, "menor".

También el Grupo de Trabajo del Artículo 29[8], al hablar de los niños, los define a los mismos como aquellos seres humanos en el sentido exacto de la palabra. Precisamente por ello, un menor de edad deberá disfrutar de todos los derechos que corresponden a una persona, donde se incluye, obviamente, el derecho fundamental a la protección de sus datos personales.

En este sentido, ha sido el art. 8 RGPD el que ha incluido, por primera vez en el marco normativo comunitario, una alusión específica a la protección de datos personales de menores de edad. En este sentido, ni la DPDP derogada ni la Directiva 2002/58/CE, de 11 de julio, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)[9], incluían mención específica alguna al supuesto de los menores de edad.

Pese a que con anterioridad a la nueva normativa en materia de protección de datos personales no se incluyera una regulación específica de esta cuestión, ello no nos permite afirmar que, a lo largo de todo este intervalo de tiempo, el tratamiento de los datos personales de los niños haya estado en una situación de indefinición jurídica. Y ello porque los menores de edad siempre han contado con el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales en su condición inmanente de personas físicas, personas a las que la normativa siempre se ha aplicado y aplicará, sin distinción alguna. En consecuencia, los principios generales

6 De conformidad con el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, «[...] 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». En la misma línea, la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Convención sobre los Derechos del Niño).

7 Piñar Real, A.: "Tratamiento de datos de menores de edad", en AA.VV.: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por J. L. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, p. 187.

8 Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre Protección de Datos: *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, 17/ES WP259 y rev.01, adoptadas el 28 de noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018.

9 DOCE L 201/37, de 31 de julio de 2002.

contemplados en la regulación anterior han venido siendo de aplicación a todos los casos en los que intervenían menores de edad.

En cualquier caso, y con independencia de lo anterior, huelga decir que la nueva normativa en materia de protección de datos personales será de aplicación a todos los menores de edad, sean o no de nacionalidad europea, con independencia de cuál sea su situación jurídica o legal en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, el apartado primero del art. 4 RGPD, al hacer alusión al concepto de interesado, no establece distinción o diferenciación alguna en atención a la nacionalidad o situación en que se encuentre la persona física objeto de análisis. Esto presenta una importancia específica si atendemos a las situaciones, cada vez más frecuentes, de menores de edad procedentes de territorios no comunitarios, aspecto este de gran relevancia.

En cualquier caso, aunque tanto el RGPD como la LOPDGDD incluyen preceptos relacionados con el tratamiento de datos personales de menores de edad, son numerosas las alusiones efectuadas a niños al analizar otros asuntos[10]. Todas estas alusiones encuentran su justificación en que estos preceptos no persiguen realizar una regulación íntegra del tratamiento de datos personales relativos a niños (motivo por el cual es necesario integrar las previsiones de este artículo con el resto de la normativa en materia de protección de datos personales), sino que, únicamente, abordan un análisis de aquellas condiciones que resultan de aplicación al consentimiento de los menores de edad y siempre que el mismo se produzca en el ámbito concreto de los servicios de la sociedad de la información.

II. ALUSIONES A LOS MENORES DE EDAD EN LA NUEVA NORMATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Son varias las referencias que, a lo largo de la nueva normativa comunitaria en materia de protección de datos personales, se realizan a los menores de edad. Más concretamente, estas referencias se contienen en los considerandos 38, 58, 65 y 75, además de en la letra f) del apartado primero del art. 6, el apartado primero del art. 12, la letra g) del apartado segundo del art. 40 y la letra b) del apartado primero del art. 57, todos ellos del Reglamento general de protección de datos. Por su parte, también se aportarán aspectos relativos a los menores de edad en los arts. 84 y 92, además de en la Disposición adicional 19ª, todos ellos de la nueva Ley Orgánica de protección de datos. Todo ello obviando, por evidente, la contenida en los arts. 8 RGPD y 7 LOPDGDD, a los que nos referiremos más delante de manera pormenorizada.

10 Andreu Martínez, B.: *La protección de datos personales de los menores de edad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 74.

En la primera de estas referencias, el considerando 38 RGPD, se encuentra, al final, una excepción al consentimiento prestado por quien ejerce la patria potestad o tutela sobre el niño. De acuerdo con este considerando, el consentimiento prestado por el titular de la patria potestad o tutela no habrá de ser indispensable en el marco de servicios de carácter preventivo o de asesoramiento, propuestos de un modo directo a los menores de edad[11].

Por su parte, conectado de un modo inmanente al principio de transparencia recogido en el art. 5.1.a) RGPD, se encuentra el considerando 58 RGPD, que, al analizar el conjunto de circunstancias que habrán de ser informadas a los interesados, contempla que, cuando esta información abarque tratamientos que aluden a menores de edad, será necesario que se les proporcione esta información en un lenguaje claro y sencillo, que resulte claramente accesible al niño.

En tercer lugar, el considerando 65 RGPD, refiriéndose al derecho de supresión, contempla el supuesto del consentimiento prestado por el menor de edad en su día y que, con carácter ulterior, pretende ser suprimido por este. En este contexto, indica dicho considerando que el interesado habrá de poder contar con esta facultad aun cuando, en el momento de ejercitar el derecho precitado, ya hubiera alcanzado los 18 años de edad.

Un último análisis en lo que a los considerandos de la normativa comunitaria sobre protección de datos personales se refiere nos lleva a analizar el considerando 75 RGPD. Una de las novedades que incorpora el Reglamento general de protección de datos es la perspectiva del riesgo, en virtud de la cual será necesario realizar un análisis de riesgos previo al tratamiento para poder determinar el conjunto de medidas de seguridad adecuadas a ese tratamiento[12]. En este sentido, el *supra* citado considerando establece una serie de aspectos que pueden conllevar situaciones de riesgo en relación con el tratamiento de los datos personales del interesado, aludiendo, entre estas situaciones o aspectos concretos, a aquellos tratamientos que afecten a personas especialmente vulnerables, en particular a menores de edad.

Esto guarda relación con lo dispuesto en el art. 9 RGPD, que regula el tratamiento de categorías especiales de datos personales, donde, pese a lo dispuesto anteriormente, no se realiza alusión alguna a los datos personales relativos al niño, lo que nos lleva a afirmar que los datos personales de menores de edad no tendrán la consideración de categorías especiales de datos personales,

11 Berrocal Lanzarot, A. I.: *Estudio jurídico-crítico sobre la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales: análisis conjunto del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 y de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre*, Reus, Madrid, 2020, p. 237.

12 Serrat Fernández de los Ríos, C.: *Intervención con familias y atención a menores*, Editex, Madrid, 2018, p. 55.

con independencia de que este tipo de tratamientos se halle sujeto a determinadas especificidades que buscan proteger con mayor intensidad los derechos que corresponden a esta categoría especial de interesados. Ello nos permitiría afirmar que, conectado con los arts. 5.2 y 24 RGPD (que regula la responsabilidad del responsable del tratamiento), será preciso que este adopte medidas técnicas y organizativas adecuadas para proteger, cumplir y poder demostrar el cumplimiento del tratamiento realizado sobre los datos personales de menores de edad en relación con la nueva normativa en materia de protección de datos personales.

En cuanto a los artículos, el primero de ellos es el art. 6 RGPD, cuya letra f), ubicada en su apartado primero, alude al tratamiento imprescindible para poder satisfacer intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento, siendo, en estos casos, necesario que tales intereses legítimos nunca predominen sobre los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que exijan garantizar con carácter preeminente sus datos personales, en especial en aquellos casos en que estemos en presencia de menores de edad. En definitiva, el responsable del tratamiento podrá legitimar el tratamiento que realice de los datos personales del interesado, incluso cuando este sea un niño, con base en el interés legítimo perseguido, siempre que este interés legítimo nunca prevalezca sobre aquel que corresponde al interesado, en especial cuando este interesado sea una persona especialmente vulnerable, como puede ser un menor de edad[13].

Sin embargo, esta base jurídica encuentra una excepción en aquellos casos en que el tratamiento sea realizado por autoridades públicas en el desempeño de las funciones que le son propias. En este caso, se entiende que, aun tratándose de menores de edad, podría no operar la salvaguarda de protección prevista en el inciso final del art. 6.1.f) RGPD, de modo que, cuando el responsable del tratamiento sea una autoridad pública y esté desempeñando las funciones que le corresponden, prevalecerá con carácter general el interés legítimo perseguido por dicha autoridad en lugar del interés legítimo del interesado, en este caso, del menor de edad.

E segundo se encuentra en el apartado primero del art. 12 RGPD, que regula la transparencia a la hora de proporcionar información acerca de las circunstancias que rodean el tratamiento de los datos personales y los derechos que corresponden al interesado. Pues bien, este apartado primero dispone que la información a facilitar al interesado habrá de ser especialmente concisa, transparente, inteligible, de fácil acceso y con un lenguaje claro y sencillo cuando el interesado sea un menor de edad.

13 Trujillo Cabrera, C.: "El consentimiento de los niños", en AA.VV.: *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía: Curso 'Delegado de Protección de Datos'. Adaptado a la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (dir. por J. P. Murga Fernández. M. Á. Fernández Scagliusi y Espejo Lerdo de Tejada), Reus, Madrid, pp. 63-64.

El tercero se ubica en la letra g) del apartado segundo del art. 40 RGPD, que, conectado con el punto anterior, establece que la información a suministrar a los menores de edad y la protección que sobre los mismos habrá de recaer, así como el modo de recabar el consentimiento de quiénes ejercen como titulares de la patria potestad o tutela sobre el menor, constituye uno de los aspectos que el Reglamento general de protección de datos busca incorporar en los códigos de conducta que, de conformidad con dicho precepto, habrán de promover los distintos países que integran la Unión Europea, las autoridades de control, el Comité y la Comisión (en esta línea se encontraría el art. 38 LOPDGDD).

Por último, la letra b) del apartado primero del art. 57 RGPD, al hablar de las funciones que corresponden a la autoridad de control, establece que, con independencia de cualesquiera otras que se les atribuyen en otros apartados de la normativa, habrán de ser un total de 22, de entre las cuales se incluye, en lo que aquí interesa, una segunda, que hace especial referencia a la atención que habrá de mostrarse en aquellas actividades encaminadas de modo específico a los menores de edad con efecto de facilitar su mejor sensibilización y comprensión en torno a los riesgos, normas, garantías y derechos relacionados con el tratamiento de sus datos personales.

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico interno, encontramos, en primer lugar, el art. 84 LOPDGDD, que establece que los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información[14], con el objetivo de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. De igual modo, la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Por su parte, el art. 92 LOPDGDD añade que los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del

14 Para un estudio pormenorizado de los servicios de la sociedad de la información y de los rasgos esenciales que, al amparo de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico -DOCE L 178/1, de 17 de julio de 2000-) y, como transposición en nuestro ordenamiento jurídico interno, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), los singularizan (carácter oneroso, a distancia, vía electrónica y previa petición del destinatario de estos servicios), *vid.* Rodríguez Ayuso, J. F.: *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Barcelona, Ed. Bosch, 2018, pp. 64-79.

menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de los mismos a través de servicios de la sociedad de la información[15]. Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el art. 7 de esta ley orgánica.

Por último, la disposición adicional decimonovena de la LOPDGDD concluye indicando que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre ellos es ejercida mediante el amparo de las nuevas tecnologías.

En definitiva, como hemos podido observar en las líneas anteriores, son numerosas las alusiones y referencias que, en orden a proteger los derechos y libertades del interesado menor de edad, se establecen en la nueva normativa en materia de protección de datos personales, otorgando y garantizando una mejor conservación a esta categoría especial de interesados.

De todo ello, se deduce la necesidad, por parte de las instituciones comunitarias, de proteger los datos personales de los menores de edad por medio de la aplicación de una serie de principios que habrán de estar vigentes a la hora de obtener los datos personales correspondientes a este grupo de interesados. Estos principios básicos son los siguientes:

a) Los niños no podrán proporcionar información personal relativa a otros interesados.

b) Para poder realizar transferencias de datos personales correspondientes a menores de edad a terceros países u organizaciones internacionales, será preciso recabar el previo consentimiento, explícito y demostrable, de quienes ejercen la patria potestad o tutela sobre el niño.

c) Está prohibido inducir a los menores de edad al proporcionar información de carácter personal a través de la consecución de premios o alicientes de naturaleza similar.

15 Plaza Penadés, J.: "La Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico", en AA.VV.: *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación* (coord. por J. Plaza Penadés), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 60.

d) Será necesario acotar temporalmente la validez del consentimiento prestado por quienes ejercen la patria potestad o tutela sobre el niño (normalmente, hasta que este alcance los 14 años exigidos por el art. 7 LOPDGDD).

III. TRATAMIENTO LEGÍTIMO DE DATOS PERSONALES DE MENORES DE EDAD: EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO, EN ESPECIAL CUANDO AFECTA A INFORMACIÓN ESPECIALMENTE SENSIBLE

La noción de consentimiento encierra una de las más relevantes novedades que trae consigo el nuevo marco regulador sobre protección de datos. Así, mientras que la Directiva anterior entendía por consentimiento toda manifestación de voluntad libre, específica e informada, mediante la que el interesado consentía el tratamiento de sus datos personales [art. 2.h) DPDP], el RGPD se refiere al consentimiento como toda manifestación de voluntad, libre, específica, informada e inequívoca, por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de sus datos personales [art. 4.11) RGPD]; de este modo, incorpora el adjetivo *inequívoco* y, aún más relevante, introduce la obligación de que el consentimiento se exteriorice mediante una declaración o una clara acción afirmativa.

En la misma línea, el considerando 32 RGPD establece que el consentimiento ha de producirse a través de un acto afirmativo evidente, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal, aclarando que esta exigencia puede entenderse cumplida, entre otros supuestos, marcando una casilla en un sitio web, seleccionando parámetros de naturaleza técnica que determinen el empleo de servicios de la sociedad de la información o por medio de cualquier otra declaración o conducta que ponga de manifiesto, a las claras, que el interesado está conforme con el tratamiento propuesto de sus datos personales para el cumplimiento de una finalidad determinada, explícita y legítima por el responsable del tratamiento. En consecuencia, no podrá entenderse que el consentimiento se ha prestado de un modo válido si las casillas anteriores ya están señaladas previamente, si el interesado se mantiene en silencio o si no ejecuta acción alguna que ponga de manifiesto esta aquiescencia.

Junto a ello, se fortalece la necesidad de que el interesado preste su consentimiento para una finalidad específica, de tal forma que, cuando sean varias las finalidades comunicadas, el consentimiento tendrá que proporcionarse de manera individual en relación con cada una de ellas. Con ello, se busca que el responsable del tratamiento pueda demostrar (principio de responsabilidad proactiva o *accountability*) que el interesado prestó su consentimiento al tratamiento de sus datos para la finalidad indicada, finalidad que habrá de informarse de forma clara,

sencilla, concisa y sin alterar de un modo innecesario la utilización del servicio en relación con el cual es prestado.

El art. 8 RGPD regula las condiciones que resultan aplicables al consentimiento del menor de edad en relación con los servicios de la sociedad de la información como base jurídica para el tratamiento de los datos personales que le corresponden[16]. De acuerdo con este precepto, cuando el consentimiento esté relacionado con la realización de una oferta directa a menores de edad de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales del niño será legítimo siempre y cuando este tenga una edad superior a los 16 años[17]; de tener una edad inferior, dicho tratamiento tan sólo se considerará legítimo si el consentimiento en que se basa fue prestado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el menor de edad y únicamente en la medida en que se dio o autorizó[18]. En concreto, señala este precepto cuanto sigue a continuación:

"1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó.

Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.

3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño".

16 De acuerdo con el art. 4.a) RGPD será dato personal «toda información sobre una persona física identificada o identificable», que tendrá la condición de interesado. Además, «se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

17 Escobar Roca, G.: *La protección de datos de los menores de edad: Informe 2016 Red Iberoamericana de Protección de Datos*, Trama, Madrid, 2017, p. 37.

18 En cualquier caso, esto no afectará a las disposiciones generales del Derecho que rige los contratos en los países integrantes de la Unión Europea, tales como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con los menores de edad. Sobre tratamiento de datos personales de menores de edad, *vid.* Brito Izquierdo, N.: "Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos", *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menore*s, núm. 14, 2017, pp. 17-31.

En cualquier caso, este artículo otorga a los Estados miembros la facultad de modificar esta edad mínima a través de una ley interna, siempre y cuando la misma no sea inferior a los 13 años. Al amparo de esta previsión, nace el art. 7 de la nueva LOPDGDD[19], que altera esta edad mínima, en términos generales, a 14 años y lo hace en los siguientes términos:

"1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años.

Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, sólo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela".

Así las cosas, la normativa en vigor en materia de protección de datos hace una distinción entre los siguientes posibles supuestos[20]:

En primer lugar, aquellos casos en los que el menor de edad tiene una edad inferior a 18 años y más de 16 años, en cuyo caso podrá otorgar su consentimiento, de tal manera que, de prestarlo, el tratamiento que de sus datos personales realice el responsable del tratamiento será legítimo [arts. 6.1.a) y 9.2.a), ambos del RGPD, y 7 LOPDGDD].

En segundo lugar, aquellos otros supuestos de menores de edad de menos de 16 años, que no podrán prestar de un modo válido su consentimiento. En estos casos, el consentimiento válido, en su nombre, deberá prestarlo el titular de la patria potestad o tutela sobre el menor de edad.

En tercer lugar, los casos de menores de menos de 16 años y mayores de 13 años, quienes estarán facultados para prestar su consentimiento de un modo eficaz si así lo establecen los Estados miembros a nivel interno, como sucede en nuestro país, al amparo, repetimos, del art. 7 de la nueva LOPDGDD.

En cuarto y último lugar, los niños que tengan menos de 13 años, quienes, en ningún caso, estarán habilitados para poder prestar su consentimiento de un

19 Además de arts. como el 84 o el 92, así como la disposición adicional decimonovena, todos ellos ya mencionados y pertenecientes también a la LOPDGDD.

20 Durán Ruiz, F. J.: "El tratamiento de los datos personales de los menores de edad en la nueva normativa de protección de datos", en AA.VV.: *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia* (coord. por G. Moreno Cordero), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, p. 479.

modo válido conforme a la ley para el tratamiento de sus datos personales, ni siquiera en el supuesto en el que la ley nacional de un Estado miembro de la Unión Europea lo implantara, ya que esta previsión se entendería contraria a lo establecido en el apartado segundo del art. 8 RGPD.

Pese a todo lo anterior, debemos tener siempre presente que, con carácter general, prevalecerá el interés superior del menor. Ello quiere decir que, en supuestos de conflicto (por ejemplo, en aquellos casos en los que el titular de la patria potestad o tutela sobre el menor de edad preste su consentimiento en nombre del niño interesado para un tratamiento de los datos personales de este que es claramente pernicioso para los intereses del menor), habrán de habilitarse aquellos mecanismos contemplados en cada Estado miembro para proteger el interés, repetimos, superior, del niño.

En cualquier caso, echamos de menos en este art. 8 RGPD alguna previsión en relación con el consentimiento prestado por el menor de edad o por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño cuando no estemos ante un supuesto de oferta de un servicio de la sociedad de la información, como sí hace el art. 7 LOPDGDD[21]. En este caso, deja la duda de si podría aplicarse para estos supuestos también el contenido de este precepto o no, y, en este último caso, qué respuesta podría darse, si análoga o no, a lo que dispone dicho art. 8 RGPD, duda que desaparece con la entrada en vigor de la LOPDGDD. En cualquier caso, en nuestra opinión, no parece ser voluntad del legislador comunitario dejar al margen todos aquellos supuestos que puedan concurrir y que respondan a un consentimiento del menor, al margen de una oferta de servicios de la sociedad de la información; es verdad que hubiera sido muy recomendable que, en el contenido específico del art. 8 RGPD, se hubiera hecho constar esta circunstancia, si bien, como decíamos, por extensión o aplicando una regla de analogía a dicho contenido, podríamos entender aplicable el art. 8 RGPD a situaciones semejantes[22]. En definitiva, a pesar de que la nueva normativa en materia de protección de datos personales aluda de un modo específico tan sólo a los servicios de la sociedad de la información, no resultaría adecuado entender que, con ello, se estarían quedando fuera del marco

21 Sobre esta base, resulta imprescindible tener en cuenta, para cada valoración que se haga al respecto, el interés superior del menor, sobre la base de 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 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996), que establece, en el apartado primero del art. 2, que "[t]odo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.
Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor".

22 En la misma línea, Guardiola Salmerón, M.: "Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2017, núm. 14, pp. 3-16; Polvorosa Romero, S., "El acoso escolar llevado a internet: los smartphone y smartwatch", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2017, núm. 14, pp. 85-94.

regulador otros tantos supuestos, ciertamente semejantes y necesitados también de regulación.

Tampoco se incluye el supuesto que nos permita saber qué sucede con el consentimiento cuando es prestado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño en un momento anterior a que este alcance la mayoría de edad, cuando este, inmediatamente después, la alcanza. Desconocemos, salvo que realicemos una labor interpretativa, qué sucedería con este consentimiento, es decir, si sería necesario volver a recabar el consentimiento, esta vez directamente del menor, o sería posible prorrogar los efectos del consentimiento manifestado por el titular de la tutela o patria potestad sobre el que, por entonces, era niño. No obstante, entendemos que, lo lógico, sería volver a recabar el consentimiento, ya del interesado, para poder seguir tratando sus datos personales.

Una vez analizados los contornos esenciales del consentimiento de los menores de edad, procede incidir en aquellos casos en los que el tratamiento de estos sujetos incide en datos de salud[23], como sucede, en la actualidad y con carácter preeminente, con los derivados de la crisis sanitaria actual en que consiste el COVID-19. En estos supuestos, el tratamiento versaría sobre categorías especiales de datos[24] cuya titularidad corresponde a sujetos especialmente vulnerables, lo que incrementa sustancialmente el riesgo, a mitigar mediante la aplicación de medidas técnicas y organizativas que garanticen, sobre la base del art. 32 RGPD, la integridad, disponibilidad y confidencialidad de la información.

Estaríamos ante tratamientos implementados y que, de forma indirecta a la atención hospitalaria de los pacientes menores de edad, requieren analizar información personal. En concreto, información relativa a su salud como medida de control, prevención y atención de una circunstancia excepcional, como la actual, de emergencia sanitaria de alcance general.

Al respecto, un buen punto de partida exige determinar aquellas personas, físicas o jurídicas, que deben actuar como responsables del tratamiento en materia de privacidad en el contexto de la pandemia[25]. La respuesta a este interrogante exige analizar, con carácter previo, qué fines van a requerir el tratamiento de tales

23 Que serán "[…] aquellos datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud" [art. 4.15) RGPD].

24 Dentro de este artículo quedarían incluidos todos aquellos datos personales que, de un modo más palpable o con efectos más evidentes, inciden en la esfera privada de los interesados, como son aquellos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical o el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida u orientación sexual del interesado.

25 De conformidad con el art. 4.7 RGPD, será responsable del tratamiento "[…] la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, sólo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento".

categorías especiales de datos (art. 9.1 RGPD) y qué sujetos serán los encargados de concretar el propósito perseguido y el conjunto de medios a emplear para alcanzarlo.

Por lo que respecta al primero de los puntos, resulta palmario que todos los fines habrán de encontrarse imbricados de forma directa con la protección de la integridad física o moral del interesado en cuanto personas físicas identificadas o identificables, merced a la atención de la infección provocada, en este caso, por el virus. En consecuencia, esencial será atender a quienes, repetimos, deberán articular los mecanismos que resulten útiles y pertinentes para el logro de tales y loables objetivos.

En mi opinión, y aun cuando son múltiples los pronunciamientos habidos de contrario por parte de entidades tan relevantes en materia de protección de datos como la autoridad de control de Francia[26], el Reglamento general de protección de datos habilita de forma plena en tales supuestos a los organismos públicos (personificados en los centros hospitalarios, el Ministerio de Sanidad o el Instituto Nacional de Estadística) a proceder al tratamiento, en cuanto responsables, de información personal de infectados o en riesgo de estar infectados, con la finalidad de impedir que el COVID-19 se propague y se consiga garantizar, de este modo, la defensa de la vida de cada uno de ellos[27]. No cabe extraer una conclusión diferente si queremos que la misma tenga coherencia con el espíritu de la regulación, que no es sino dar respuesta a una situación de excepcionalidad con recursos limitados, en el que todos los sujetos tenemos el deber de coadyuvar a su solución y en la que resulta necesario garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a la protección de sus datos personales, huelga decirlo, siempre que esto no obstaculice en modo alguno su salud, pues, parece evidente, será difícil proteger la intimidad de aquel que no puede vivir para gozar de ella.

Así las cosas, proceder a analizar la legitimación en el tratamiento de este tipo de datos lleva aparejado el estudio de las causas de licitud establecidas en el art. 6 RGPD, de entre las cuales se encuentra, en primer lugar, el precitado consentimiento. En concreto, y aunque suele haber confusión en este punto, es necesario, en primer lugar, determinar la posible concurrencia de alguna base jurídica de las previstas en dicho precepto en orden a establecer si el tratamiento es

26 Commision Nationale del'Informatique et des Libertés: *Coronavirus (COVID-19): les rappels de la CNIL sur la collecte de données personnelles*, 2020 (disponible en: https://www.cnil.fr/fr/coronavirus-covid-19-les-rappels-de-la-cnil-sur-la-collecte-de-donnees-personnelles). En la misma línea, la autoridad de control italiana [Garante per la Protezione dei Dati Personali: *Coronavirus: No do-it-yourself (DIY) data collection, says the Italian DPA*, 2020 (disponible en: https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9282117#1)].

27 Esta posición es defendida también por autores como Marzo Portera, A.: " La inoportuna doctrina de las autoridades europeas de protección de datos frente al Covid-19", *Hay Derecho*, 2020 (disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2020/03/18/la-inoportuna-doctrina-de-las-autoridades-europeas-de-proteccion-de-datos-frente-al-covid-19/#comments).

legítimo, como presupuesto imprescindible para, únicamente a posteriori, concluir si, amén de lo anterior, incide alguno de los supuestos excepcionales previstos en el art. 9.2 RGPD que permitirían levantar la prohibición general de tratamiento de categorías especiales de datos personales conforme al art. 9.1 RGPD[28]; con carácter previo, todo apunta a sostener que la garantía, constitucionalmente protegida, de la vida, la salud y la dignidad del ser humano se encontraría del todo alejada de cualquier finalidad discriminatoria que inspira el tenor de este apartado primero del art. noveno del Reglamento general de protección de datos.

Por ello, tendiendo a la secuencia contenida en la regulación (que no conlleva preeminencia alguna de las bases jurídicas, ya que cada una presenta el mismo fin que las demás y puede alcanzarlo de igual forma), tenemos que aludir, primeramente y en lo que aquí interesa, al consentimiento del interesado a que se trate su información personal [art. 6.1.a) RGPD], el cual tendrá que ser explícito para poder superar la prohibición general que, como dijimos, impide el tratamiento de categorías especiales de datos personales y, en este caso, de datos de salud [art. 9.2.a) RGPD]. Por este motivo, de todas las formas que puede revestir el consentimiento, sólo resultará factible la declaración expresa, no la clara acción afirmativa, como medio para considerar proporcionado el consentimiento de forma válida.

El pasado mes de marzo, el Ministerio de Sanidad promulgó la Orden SND/297/2020, por la que se encomienda a la Secretaría de Esta-do de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19[29], estableciendo múltiples acciones que buscan coadyuvar a la solución de la pandemia[30]. De tales acciones, destaca

28 Al respecto, no coincido con Minero Alejandre, G.: "COVID-19 y protección de datos personales. Quo vadis?", *Blog Facultad de Derecho*, 2020 (disponible en: http://www.blog.fder.uam.es/2020/03/27/covid-19-y-proteccion-de-datos-personales-quo-vadis/), que establece lo siguiente: «[…] cuando hablamos de datos de la salud, al tratarse de una categoría especial de datos, el precepto aplicable para identificar las bases jurídicas del tratamiento de estos datos no es el art. 6 del RGPD, sino una norma de protección reforzada, el art. 9 del RGPD, que prevé una serie de circunstancias que permiten no aplicar la regla general del tratamiento basado en el consentimiento del interesado». De un lado, en línea con la Agencia Española de Protección de Datos: *Guía para el cumplimiento del deber de informar*, 2014, porque el consentimiento no es la regla general que permite el tratamiento, sino una regla más de todas las existentes o, tanto más, la causa residual, aplicable únicamente "[…] cuando la legitimación para la finalidad principal no encuentre acomodo en ninguna de las bases jurídicas anteriores". De otro, porque, tal y como reitera la propia Agencia Española de Protección de Datos en su Informe 0017/2020, las bases jurídicas del art. 6 RGPD deberán concurrir siempre, ya que son las que permiten cumplir el principio de licitud del tratamiento [art. 5.1.a) RGPD]; si, además, concurren datos sensibles, tendremos que buscar salvar la prohibición general del tratamiento que establece el art. 9 RGPD, que actuará como una especie de segundo requisito o exigencia adicional pero que, en ningún caso, podrá sustituir o reemplazar la concurrencia de una base legal.

29 BOE núm. 86, de 28 de marzo de 2020.

30 Dicha norma recoge el mandado establecido por la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986), modificada mediante del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE núm. 62, de 11 de marzo de 2020); del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y de la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, sobre

la implementación de herramientas tecnológicas y aplicaciones para dispositivos móviles que buscan recopilar información con la finalidad de aumentar la eficacia operativa de los servicios sanitarios, amén de conseguir mejorar la atención y que sea más accesible por los interesados.

Más concretamente, determina la conveniencia de establecer un software de carácter público que, sobre la base del consentimiento explícito del titular (menor de edad, en este caso) de los datos personales (son, por ende, voluntarias), permitirá autoevaluarle, por medio del análisis de los síntomas médicos que ponga de manifiesto, indicándole cuán probable es que esté infectado por el coronavirus, ofreciéndole información sobre aspectos básicos relacionados con la epidemia y una serie de consejos que poder implementar, junto con la opción de geolocalizar al interesado para comprobar que está físicamente en el lugar en el que ha declarado estar[31]. En estos casos, el responsable del tratamiento será el Ministerio de Sanidad, mientras que el encargado del tratamiento será la Secretaría General de Administración Digital (arts. 28 RGPD y 33 LOPDGDD).

Por último, contempla igualmente, sobre la base del mismo consentimiento de aquel que tenga dudas que tengan relación con el COVID-19, el desarrollo de un asistente conversacional/chatbot que podrá ser empleado por medio de aplicaciones de mensajería instantánea y que suministrará datos oficiales. El responsable del tratamiento será igualmente el Ministerio de Sanidad, mientras que, aquí, el encargado del tratamiento será la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial mediante la Subdirección General de Inteligencia Artificial y Tecnologías Habilitadoras Digitales.

Ya en el ámbito privado, también se están produciendo iniciativas tecnológicas que tienen por finalidad el seguimiento de contactos para identificar y alertar a las personas que han estado en contacto con alguien infectado por coronavirus y que se harán depender del consentimiento de los interesados. Es el caso, entre otras, de la solución conjunta llevada a cabo por Apple y Google[32].

adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 68, de 15 de marzo de 2020), modificada por la Orden SND/267/2020, de 20 de marzo, por la que se modifica la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 78, de 21 de marzo de 2020).

31 Sobre esta geolocalización, *vid*. Martínez Martínez, R.: "Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19: un enfoque desde la salud pública", *Diario La Ley*, 2020, núm. 38.

32 No obstante, hay autores como Cotino Hueso, L.: "Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra el Covid-19 y contra la privacidad. El diablo está en los detalles", *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2020, núm. 36, que sostiene que, en estos casos, puede no proceder el consentimiento como base jurídica; en concreto, establece lo siguiente: "[o]tro detalle no poco importante es la voluntariedad de estas aplicaciones. De momento, en España y la UE (y el sistema PEPP-PT), así como Google y Apple, hablan de voluntariedad. Pero lo cierto es que jurídicamente el consentimiento, por lo general, no vale cuando se trata de los poderes públicos teniendo en cuenta el art. 7. 4° RPGD (Informe 185/2018 AEPD). Y, en ningún caso, sería un consentimiento válido si el uso de la app es condición para el acceso a zonas de la ciudad,

También podrán verse amparadas en el consentimiento del interesado, por último, las investigaciones científicas que, sobre datos personales de salud de los interesados menores de edad, pueden implementarse para luchar contra la pandemia. Así lo establece, al amparo del art. 9.2.j) RGPD, la disposición adicional decimoséptima, apartado 2.a), LOPDGDD. Este precepto comunitario permite el tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el art. 89.1 RGPD, sobre la base del Derecho nacional o comunitario, que deberá ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.

transporte, servicios sociales, sanitarios, etc. Y siendo realistas, si estas aplicaciones son voluntarias y no se utilizan por casi toda la población, podrían llegar a ser inútiles para sus finalidades. De ahí la necesidad de legitimar legalmente su uso".

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Española de Protección de Datos: *Guía para el cumplimiento del deber de informar*, 2014.

Andreu Martínez, B.: *La protección de datos personales de los menores de edad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Berrocal Lanzarot, A. I.: *Estudio jurídico-crítico sobre la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales: análisis conjunto del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 y de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre*, Reus, Madrid, 2020.

Brito Izquierdo, N.: "Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos", *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 14, 2017, pp. 17-31.

Commision Nationale del'Informatique et des Libertés: *Coronavirus (COVID-19): les rappels de la CNIL sur la collecte de données personnelles*, 2020 (disponible en: https://www.cnil.fr/fr/coronavirus-covid-19-les-rappels-de-la-cnil-sur-la-collecte-de-donnees-personnelles).

Cotino Hueso, L.: "Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra el Covid-19 y contra la privacidad. El diablo está en los detalles", *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2020, núm. 36.

Durán Ruiz, F. J.: "El tratamiento de los datos personales de los menores de edad en la nueva normativa de protección de datos", en AA.VV.: *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia* (coord. por G. Moreno Cordero), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 473-497.

Escobar Roca, G.: *La protección de datos de los menores de edad: Informe 2016 Red Iberoamericana de Protección de Datos*, Trama, Madrid, 2017.

Garante per la Protezione dei Dati Personali: *Coronavirus: No do-it-yourself (DIY) data collection, says the Italian DPA*, 2020 (disponible en: https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9282117#1).

Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre Protección de Datos: *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, 17/ES WP259 y rev.01, adoptadas el 28 de noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018.

Guardiola Salmerón, M.: "Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2017, núm. 14, pp. 3-16.

Polvorosa Romero, S.: "El acoso escolar llevado a internet: los smartphone y smartwatch", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2017, núm. 14, pp. 85-94.

Martínez Martínez, R.: "Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19: un enfoque desde la salud pública", *Diario La Ley*, 2020, núm. 38.

Marzo Portera, A.: " La inoportuna doctrina de las autoridades europeas de protección de datos frente al Covid-19", *Hay Derecho*, 2020 (disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2020/03/18/la-inoportuna-doctrina-de-las-autoridades-europeas-de-proteccion-de-datos-frente-al-covid-19/#comments).

Minero Alejandre, G.: "COVID-19 y protección de datos personales. Quo vadis?", *Blog Facultad de Derecho*, 2020 (disponible en: http://www.blog.fder.uam.es/2020/03/27/covid-19-y-proteccion-de-datos-personales-quo-vadis/).

Piñar Real, A.: "Tratamiento de datos de menores de edad", en AA.VV.: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por J. L. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, pp. 187-204.

Plaza Penadés, J.: "La Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico", en AA.VV.: *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación* (coord. por J. Plaza Penadés), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 43-102.

Rodríguez Ayuso, J. F.: *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Barcelona, Ed. Bosch, 2018.

Serrat Fernández de los Ríos, C.: *Intervención con familias y atención a menores*, Editex, Madrid, 2018.

Trujillo Cabrera, C.: "El consentimiento de los niños", en AA.VV.: *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía: Curso «Delegado de Protección de Datos». Adaptado a la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (dir. por J. P. Murga Fernández, M.A. Fernández Scagliusi y M. Espejo Lerdo de Tejada), Reus, Madrid, pp. 53-77.

LA DEFENSA DEL INTERÉS DEL MENOR ANTE LA IRRUPCIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS BLOCKCHAIN*

DETERMINIG THE INTEREST OF THE CHILD BEFORE BLOCKCHAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 1024-1045

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación: "Desafíos del mercado financiero digital: riesgos para la Administración y los inversores", ref. MCIU/AEI/FEDER, UE RTI2018-098963-B-100, dir. B. Belando Garín.

Belén ANDRÉS SEGOVIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El presente artículo analiza la situación legal y tecnológica de blockchain en Europa y su eventual desarrollo en España ante la escasez regulatoria. Corresponderá a los diferentes Estados determinar las estrategias oportunas que inviten a los menores a aprender sobre el manejo de estas tecnologías y sus posibles impactos. La tendencia será la búsqueda de respuesta legales que permitan evitar cualquier vulneración de sus derechos e intereses. Con este horizonte pretendemos: estimular la reflexión, estudiar su futura regulación, junto a las potenciales medidas de prevención, así como, discutir acerca de esta tecnología tan compleja, controvertida y de rápida evolución.

PALABRAS CLAVE: *Blockchain*; innovación; educación; ciberseguridad; protección de datos; interés superior del menor.

ABSTRACT: *This paper reviews the current legal and technological situation concerning of Blockchain in Europe and its eventual development in Spain. Government will certainly incentive child to ponder the use of blockchain tech and its potential impacts. In doing so, the aim is to stimulate reflection, study about its future regulation and discussion of this complicated, controversial and fast-moving technology.*

KEY WORDS: *Blockchain; innovation; education; cybersecurity; data protection; interests of the child.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. LA REVOLUCIÓN 4.0 EN EL MERCADO FINANCIERO.- III. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE BLOCKCHAIN.- 1. La apuesta por los núcleos distribuidos de interrelación.- 2. La paulatina desaparición de los sujetos intermediarios.- IV. LA INCIDENCIA DE BLOCKCHAIN EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL Y DE LA ADMINISTRACIÓN.- 1. La revolución de la tecnología blockchain en el ámbito empresarial.- 2. La incorporación de blockchain en la Administración Pública.- V. LOS MENORES ANTE LA ESCASA REGULACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS BLOCKCHAIN.- VI. RIESGOS POTENCIALES PARA LOS MENORES.- 1. La Protección de Datos de Carácter Personal ante la era digital.- 2. Identificación de los usuarios.- 3. El sistema de ciberseguridad.- 4. Telecomunicaciones.- VII. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Es escenario financiero está avanzando de forma vertiginosa. Las novedades que surgen con el advenimiento de la Cuarta Revolución Industrial abren la opción de poder mejorar los clásicos sectores económicos a través de fórmulas emergentes que afectarán al mercado a nivel global. Por lo que respecta al mundo del Derecho, el sistema *blockchain* presenta un gran auge dado el interés que han levantado estas nuevas tecnologías para los juristas. Este hecho, ha provocado que muchos de ellos se adentren a analizar los múltiples aspectos que estos métodos nos ofrecen. Con todo, no debemos obviar que su prestación no es sólo técnica. Existen cuestiones regulatorias en las que se verán afectados derechos constitucionales y económicos que no podrán ser eludidos en su manejo y en el que se verán involucrados muchos agentes y operadores, tanto públicos como privados. A modo de ejemplo, mientras que los ingenieros diseñan las plataformas, los economistas examinan como dicha herramienta permitirá trabajar de forma más eficaz, ganando un mayor beneficio económico, y a los juristas les ocupa determinar las posibilidades que ofrece este sistema sin afectar a los derechos de los usuarios. Centrándonos en el reto que supone para los juristas debemos advertir que, el compromiso adquirido es, en este sentido, aun mayor si observamos la existencia de usuarios considerados como colectivos especialmente vulnerables, los menores. Por ello, podemos afirmar que la labor del legislador será fundamental en el desarrollo de todas las nuevas tecnologías, en especial, por lo que respecta a la protección de los derechos y el respeto de las garantías de este colectivo.

• Belén Andrés Segovia
Personal Investigador en Formación Atracció de Talent, Universitat de València, Correo electrónico: belen.andres@uv.es

II. LA REVOLUCIÓN 4.0 EN EL MERCADO FINANCIERO.

El mercado financiero ha experimentado una transformación sin paragón que surge con el advenimiento de la que ya se conoce como la Cuarta Revolución Industrial o también denominada Revolución 4.0. Este término, acuñado por SCHWAB[1], ha venido a introducir una nueva forma de entender los diferentes sectores económicos, desde la convergencia de estructuras clásicas hasta la innovación o propuesta de nuevas técnicas que permitan mejorar las realidades ya existentes. En estos términos, entre las opciones que surgen de esta era podemos citar: los sistemas de inteligencia artificial, internet de las cosas, *blockchain*, realidad aumentada o impresión 3D, robótica, cadena de bloques, nanotecnología, computación cuántica, vehículos autónomos y biotecnología. El dinamismo con el que evolucionan estas infraestructuras requieren de respuestas jurídicas complementarias que vengan a dar respuesta a los diferentes interrogantes que plantean estas materias con el fin de lograr que ningún usuario se vea desprotegido en su manejo. Por todo ello, la incidencia del fenómeno *blockchain* necesitará ser analizada, en todos sus elementos, con el fin no solo de generar unos mayores beneficios para sus potenciales usuarios, sino también con el objeto de proteger los derechos fundamentales intrínsecos a los mismos. Es en este punto, donde el papel que adquirirán las administraciones públicas, los operadores privados y el compromiso y la apuesta de los políticos será muy relevante.

III. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE *BLOCKCHAIN*.

El término *blockchain* se encuentra en el núcleo de las tecnologías que han experimentado un auge en nuestros tiempos[2]. La importancia de este sistema, desde el punto de vista tecnológico, quedará constatada en una consulta pública que refleja la opinión ciudadana acerca de: las nuevas tecnologías que debían venir, la necesidad de su incorporación en el ámbito de la administración y la planificación de la estratégica digital en España[3]. En su contenido, se hacía una especial mención al concepto de 'sociedad inteligente[4]', que tiene como horizonte

1 SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2016.

2 Entre los debates que más están sonando en los diferentes foros, podemos destacar algunas tecnologías que emergen del mercado junto con la misma, tales como: el internet de las cosas, la inteligencia artificial, el *cloud computing*.

3 Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, *Consulta pública sobre la estrategia digital para una España inteligente*, Secretaría de Estado para la sociedad de la información y la agenda digital. http://www.sercobe.es/wp-content/uploads/2017/08/estrategia-digital-espana-inteligente.pdf. También Ministerio de energía, turismo y agenda digital, *CRUE Universidades: Los pilares de la estrategia y su contenido*, Secretaría de Estado para la sociedad de la información y la agenda digital. https://avancedigital.gob.es/es-ES/Participacion/RespuestasEstatregiaDigital/crue-universidades.pdf. Ambos, fecha de última consulta: 25.06.2020.

4 Según la Unión Internación de Telecomunicaciones, por sociedad inteligente debemos entender, "un estado en el que la utilización generalizada de TIC avanzadas, en particular tecnologías móviles, sensores y tecnologías artificiales, permite mejorar sustancialmente la calidad de vida de los ciudadanos y aumentar la eficacia y productividad de su labor, así como el grado de competencia de la sociedad". Véase en UIT-D Comisión de Estudio, Informe Final sobre Cuestión ½: Creación de la sociedad inteligente: desarrollo

su implementación en el año 2025[5]. Se trata pues, de un término hasta entonces desconocido que nos hace replantearnos si existe otro tipo de sociedad no inteligente. Con todo, es una denominación que comienza a cobrar forma, a la vez que va adquiriendo una mayor intensidad en un contexto donde todo es *Smart*: *Smart phone*, *Smart cities, Smart tv, Smart contracts,* etc. Dentro de ese planteamiento, que realiza la Administración sobre una estrategia digital inteligente, recogía además los siguientes elementos: economía de datos, ecosistema 4.0, infraestructuras tecnológicas de red y *blockchain*, empleo digital, ciudadanía y prosumidores[6], ciberseguridad, robotización, inteligencia artificial, industria 4.0. En consecuencia, estamos tratando un tema que se encuentra reconocido por las Administraciones públicas y que ha sido desarrollado o puesto en práctica por las empresas privadas, que nos conviene poner en desarrollo.

Entre las tecnologías punteras que se encuentran en el mercado, podemos destacar: la inteligencia artificial, que probablemente sea una de las más trascendentes para los próximos años[7]; robótica[8]; *blockchain*[9]; realidad aumentada o la impresión 3D y 4D[10]; *biotech* (la combinación de la biología con la tecnología[11]), ordenadores cuánticos[12]; *cloud computing*; *big data*; nanotecnología[13]; internet de las cosas[14],*tele-everything, tele-everybody*; telepresencia o comunicación holográfica[15]; *semantic web*; drones o conducción remota[16]; y, tecnología consciente. La

económico y social a través de aplicaciones TIC, 6º Periodo de Estudios 2014-2017, 2017, p. 1. Versión electrónica que puede consultarse en: https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/stg/D-STG-SG02.01.1-2017-PDF-S.pdf. Fecha de última consulta: 25.06.2020.

5 Souto Romero, M. y Martínez-Cortiña Pont, R.: *2025: Bienvenidos a la Sociedad Inteligente*, Caligrama, Barcelona, 2018.

6 Por "prosumidor" debemos entender aquellos sujetos que aúnan las facetas de productores y consumidores, en el que se va introduciendo los productos de la economía colaborativa y participativa.

7 Esta materia ha sido tratada por la Comisión Europea, *Libro Blanco sobre inteligencia artificial- un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza*, COM(2020) 65 final, Bruselas, 19.02.2020. Resulta muy interesante, el estudio realizado por De La Sierra Morón, S., "Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración pública", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 53, 2020, a propósito de esta materia.

8 Barrio Andrés, M.: *Derecho de los robots*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

9 Deloitte: *Impacts of the Blockchain on fund distribution*, March 2016. https://www2.deloitte.com/es/es/pages/financial-services/articles/impactos-de-blockchain.html. Fecha de última consulta: 27.06.2020.

10 Alonso, N., Dominguez Somonte, M. y Espinosa Escudero, M.M.: "Realidad frente a expectativas en la impresión 3D actual", *Revista DYNA-Ejemplar dedicdo a: Texturizado por rectificado para reducir la fricción*, vol. 95, núm. 2, 2020, p. 128.

11 Palacios Marqués, D. y Garrigós Simón, F.: "Propuesta de una escala de medida de la gestión del conocimiento en las industrias de biotecnología y telecomunicaciones", *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 207-224.

12 Werner, F.: "Computación cuántica: Las nuevas amenazas requieren nuevos planteamientos en materia de seguridad", *Actualidades de la UIT*, núm. 1, 2017, pp. 26-28.

13 García, A.F. y Betancur, L.: "La visión de la Nanotecnología para las Radiocomunicaciones en los próximos años. Una perspectiva desde la Academia", *Ingenieria y Región*, núm. 17, 2017, pp. 13-20.

14 Barrio Andrés, M.: *Internet de las cosas*, Editorial Reus, Madrid, 2018.

15 Brown, R.: "Beijing's Silk Road Goes Digital", *Council on Foreign Relations*, June 6, 2017, *https://www.cfr.org/blog/beijings-silk-road-goes-digital*. Fecha de última consulta: 11.05.2020.

16 De Soroa González-Cavada, J.A.: "5G, base para la implantación de un vehículo conectado y autónomo", *Revista Cesvimap: Regulación técnica del Centro de Experimentación y Seguridad Vial Mapfre*, núm. 108, 2019,

primera nota característica de todos ellos es que internet, que nace en 1997, ha evolucionado de forma estrepitosa y como consecuencia de ello surgen nuevas infraestructuras que permiten el desarrollo de sectores clásicos[17]. Cuando este medio se encontraba en una fase embrionaria nada hacía vaticinar el éxito que cobraría años más tarde. A título de ejemplo, era inconcebible que un usuario pudiera crear un canal de *Youtube*. En la actualidad, se cifra en millones el número de adultos y menores que, no solo consumen sino también producen contenidos a través de estas plataformas. La existencia de un ancho de banda limitado, generaba la necesidad de escoger entre, bien el uso de internet o bien la posibilidad de empleo del sistema de telecomunicación, a través de llamadas telefónicas. Este hecho, ha sido superado gracias a la evolución de las redes de nueva generación que tienen como objetivo, en los próximos años, la implementación de las redes 5G. Si tales elementos no fuesen suficientes debemos señalar que, se debía abonar las tasas establecidas por el momento de conexión de la red dado el limitado espacio radioeléctrico existente. El cambio de tales circunstancias se debe gracias a iniciativas tales como *Wifi4EU*[18], que dan a conocer la voluntad de las instituciones de la Unión Europea por facilitar el acceso a los sistemas de red a los ciudadanos de forma gratuita. Por todo ello, podemos afirmar que, muchas de las opciones que, en la actualidad, ofrece internet son consecuencia del avance que ha experimentado el medio y de la voluntad del legislador y política por lograr su expansión, la cuál encuentra su reflejo en una gran diversidad de sectores económicos[19].

1. La apuesta por los núcleos distribuidos de interrelación.

Las relaciones de los usuarios con los diferentes centros de actividad han evolucionado con el tiempo. Los ciudadanos están acostumbrados a convivir con puntos o *núcleos centralizados* a los que acuden cuando precisan obtener la información. Un ejemplo es asistir a la secretaría de la facultad para la realización de diferentes gestiones académicas tales como: registro, solicitud de un título académico, matrícula de un curso de doctorado, etc. Pero junto a los mismos, también existen lo que se conocen como *núcleos descentralizados*. En este grupo operan aquellas empresas como el Banco de Santander, que es una multinacional financiera, que ejerce su actividad en una gran diversidad de países y que, cada uno

pp. 62-63.

17 Carotti, B.: *Il sistema di governo di internet*, Giuffrè editore, Saggi di Diritto Amministrativo, núm. 26, Milano, 2016.

18 Comisión Europea: Agencia Ejecutiva de Innovación y Redes, *Convocatoria de candidaturas con arreglo al mecanismo 'conectar Europa' en el campo de las redes transeuropeas de Telecomunicaciones*, Fomento de la conectividad a internet de las comunidades locales *WiFiEU* (WiFi4EU-2020-1), 2020. https://ec.europa.eu/inea/en/connecting-europe-facility/cef-telecom/wifi4eu. Fecha de última consulta: 26.05.2020.

19 Véase, a modo de ejemplo, el caso de *Uber* y *Cabify*. Las citadas compañías existen gracias a que los usuarios disponen de un terminal de telecomunicación que permite la contratación de servicios desde cualquier punto de la ciudad.

de ellos, dispone de una unidad central de decisión. Por ejemplo, Santander Méjico maniobra conforme a sus decisiones y no precisa realizar consultas frecuentes a la sede central. Con todo el nuevo escenario, en el que se mueven las relaciones entre los potenciales consumidores, gira en torno a una tercera estructura que es la que se conoce como *núcleos distribuidos*, donde encuentra cabida la tecnología *blockchain*. En esta modalidad no existen puntos centrales, puesto que todos ellos adquieren una importancia similar. Resulta ilustrativo el caso, de cuando existe un problema en la empresa. Con carácter general, los trabajadores se ponen en contacto con el director del área comercial al que pertenecen, es decir, centralizamos los núcleos de información a través del director para que le sean planteadas cuantas cuestiones consideren oportunas. En este sentido, la transmisión de la información sería distribuida, no haría falta delegar, por lo que el empresario sería un elemento adicional a esa red, en la que todos los trabajadores tendrían un mismo peso en la capacidad de decisión.

Junto con estas tres modalidades debemos señalar la opción que proporcionan los procesos lineales y que, con carácter general, es la más empleada por los usuarios[20]. Se trata pues de un modelo secuencial que, en cierto modo, se asemeja al sistema centralizado. *Sensu contrario* ocurre con la modalidad que propone *blockchain* en la que todos los usuarios pueden interactuar[21]. Se tratan pues, de elementos que comienzan a instaurarse en el mercado y que nos hacen cambiar nuestra idea tradicional de interacción que pasa de apostar por modelos centrales o lineales de distribución a modelos distribuidos o no lineales.

2. La paulatina desaparición de los sujetos intermediarios.

En la actualidad se esta trabajando en el campo de la *Sharing Economy* o también denominada economía compartida. Un ejemplo de este modelo lo constituyen plataformas como *Airbnb* o *Blablacar*, en la que un sujeto con unas necesidades se pone en contacto con otro que le hace una oferta a través de una plataforma. En realidad, se trata de un intermediario que se encuentra en internet y que obtiene una comisión de esa interacción entre las partes contratantes incluso, en ocasiones, simplemente por el hecho de intermediar entre las mismas. Esta acción se puede dar tanto entre personas físicas como en personas jurídicas[22].

20 Un ejemplo de esta modalidad es la fabricación de un folio. El proceso comienza con la tala de un árbol, a continuación, se somete al tratado del material, postriormente pasa por una industria que lo convierte en una masa y tras un proceso de secado y reconstrucción acaba emergiendo el papel que usaremos para escribir el esquema para un artículo doctrinal.

21 En el caso del folio podríamos ver: lugar de procedencia del árbol, el tratamiento que ha tenido de cultivo, quién lo ha talado, empresa de transporte, etc.

22 Pues bien, nos encontramos en un medio a través del cuál yo quiero comprar un objeto de *Amazon*, el vendedor exhibe sus productos y si los vende, teniendo en cuenta mi confianza en la plataforma, y el registro de las partes, *Amazon* se llevaría un porcentaje de esa venta. Esta transacción convierte a *Amazon* en un escaparate de los diferentes productos que los usuarios pueden comprar con independencia de los horarios y del lugar donde se encuentren.

Sin embargo, el modelo por el que comienzan a apostar los usuarios es por el conocido como *P2P Economy.* Este nuevo sistema diseña las diferentes relaciones a través del contacto directo entre los usuarios y las empresas, donde no será necesaria la participación de terceros intermediarios.

En esta ocasión surgen nuevos retos hasta entonces desconocidos puesto que, la figura del intermediario había constituido el elemento común a todos los sistemas de distribución analizados. Un ejemplo del modelo clásico y el nuevo paradigma que se plantea puede observarse de la simple gestión que supone una transacción financiera. En el sistema tradicional, se ofrecía una cuenta bancaría donde se emitía el abono a su destinatario. Esta acción evolucionó hacia el pago a través de la *web* o de *apps* específicas que la entidad pone a disposición de sus clientes. Más tarde, surgió *bizum*, como una fórmula mucho más avanzada, confidencial y más segura que los modelos precedentes. Para su empleo solo se requiere del número de terminal móvil del usuario para acceder al número de cuenta. Detrás de todas las citadas transacciones existe, bien un banco, bien un consorcio de bancos para crear *bizum,* pero la cuestión principal se centra en realizar el pago de una cantidad de dinero determinada sin la existencia de intermediarios. De esta idea surge lo que se ha denominado *bitcoin* o criptomonedas[23]. Esta modalidad de moneda virtual permite realizar transacciones sin existir ningún tipo de tercero intermediario y sin tener detrás ningún Estado que determine cuál es la moneda de cambio que se deba utilizar. Así ha quedado reflejado por la Unión Europea a propósito de la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica a la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (en adelante Directiva 2018/843). A través de este texto normativo se modifica el ámbito subjetivo de aplicación, quedando de este modo sujetos a la misma, los proveedores de servicios de cambios de monedas virtuales por monedas fiduciarias y también los proveedores de servicios de carteras electrónicas o también denominados *wallets*. Asimismo, se aporta un nuevo concepto que será muy relevante para poder comprender ante que elemento nos encontramos. Resulta muy importante pues, la definición que realiza el legislador europeo acerca de lo que debemos entender por una "moneda virtual". En esencia expone que, se trata de una "representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o

23 Según Ferreira Ferrage, C.: "Criptomonedas y su regulación legal", *Novit Legal*, "El bitcoin fue creado en 2009 por Satoshi Nakamoto –probablemente un pseudónimo- con la finalidad de que actuase como cualquier moneda de curso legal cumpliendo las funciones propias de las divisas: (i) unidad de medida de bienes, servicios y activos; (ii) que permite realizar y facilitar transacciones comerciales y (iii) acumular valor realizable en el futuro". Para más información *vid. https://www.novitlegal.com/index.php/criptomonedas-y-su-regulacion-legal/*. Fecha de última consulta: 27.06.2020.

dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse o negociarse por medios electrónicos" (art. 1.2.d) Directiva 2018/843). Esta determinación nos servirá para poder comprender a qué tipo de transacciones nos enfrentamos y cómo evoluciona el mercado financiero en esta senda.

La popularidad que ha adquirido *bitcoin* se hace notar en iniciativas que permiten el acercamiento de los menores hacia el manejo de las criptomonedas. Esta tecnología financiera, que está llamada a revolucionar lo que hasta entonces conocíamos como dinero, ha sido destacada por el Fondo Monetario Internacional en la que señala que la nueva generación de menores probablemente nunca llegarán a conocer el papel moneda. Por ello, se atreve a afirmar que, "en la carrera para destronar el papel moneda, las criptomonedas son punteras[24]". En suma, podemos advertir que nos encontramos ante una moneda, sin que medie control estatal sobre la misma, que las partes convienen que dispone de un valor para efectuar los diferentes intercambios y que vienen a revolucionar un mercado que los menores entienden ya como propio. Llegados a este punto podemos observar como, el sistema ya no es distribuido, ni siquiera lineal, sino que más bien existe una supresión de la figura del sujeto intermediario y existe una moneda que emerge para ejercer las diferentes transacciones sin que medie el control estatal.

IV. LA INCIDENCIA DE *BLOCKCHAIN* EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL Y DE LA ADMINISTRACIÓN.

La tendencia de las empresas líderes en *blockchain* es alcanzar lo que se ha denominado como la co(o)mpetencia. Este concepto, viene a reflejar la necesidad de integrar y apostar por la cooperación entre empresas competidoras del mismo sector económico. Véase en este sentido, el caso de bancos como el BBVA, el Santander, Bankia… donde todos ellos, compiten entre sí, pero a su vez, tiene la necesidad común de cooperar para establecer estándares o redes comunes. Tal afirmación se extrae de casos como la plataforma *bizum*. En consecuencia, *blockchain* se trata de la tecnología que usa *bitcoin*. Pero las ventajas que ofrecen las criptomonedas en el mercado es solo una parte de todas las opciones que genera *blockchain*[25]. En concreto, se trata de una de tantas aplicaciones que operan en el

24 Houser, K. and Gaughill, P.: "Children born in 2018 will probably never experience these things", *Fondo Monetario Internacional*, 5 de enero de 2018. https://www.weforum.org/agenda/2018/01/10-things-children-born-in-2018-will-probably-never-experience. Fecha de última consulta: 30.06.2020.

25 Otro de los elementos esenciales de *blockchain* son los *mineros*. Por este término debemos entender a aquellos elementos que se encuentran en los nodos de la red y que vienen a minar, convirtiéndose en uno de los problemas que se generan en el *bitcoin*, para validar y cerrar las transacciones. Si lo consiguen, frente a otros mineros, se llevan la recompensa. Esto dará lugar a lo que se conoce como un *Proof of work* (PoW) o prueba de trabajo.

conjunto de estas tecnologías[26]. Su denominación real es *blockchain DLT*, que surge de las siglas *Distribution Ledge Technology*, es decir, tecnologías de hilo distribuido[27]. Es una red transparente, que precisa del consenso para que se pueda registrar en la red, entre sus diferentes operadores. Cuando hay que insertar contenidos en el bloque se requiere ese mismo consenso. Por tanto, al añadir un nuevo bloque a esta cadena, la acción podrá verificarse y tendrá una cierta trazabilidad. Esta acción podrá automatizarse de forma completa o parcialmente mediante el uso de algoritmos apropiados[28]. Dada la relevancia exponencial que esta adquiriendo esta realidad en el mercado supone un atractivo que no escapa a los operadores privados y que, en cierto modo, ocupa y preocupa a las administraciones públicas, tanto respecto a su implementación como a su control. Materias todas ellas, que serán comentadas a continuación.

1. La revolución de la tecnología blockchain en el ámbito empresarial.

La conclusión que extraemos de lo que hasta ahora hemos podido señalar es que *blockchain* es más bien una especie de *blockchang*e que supone un cambio del panorama financiero. Existen cuatro elementos que certifican este hecho y que darán lugar a la nueva realidad que permitirá la irrupción de este fenómeno en el mercado: tecnología, filosofía, herramienta -solución-, nuevo paradigma.

Por un lado, se trata de una tecnología desarrollada por ingenieros con un alto nivel de funcionabilidad. Se basa en un sistema de claves públicas y privadas, con su correspondiente sistema de encriptación, que le dota de la seguridad. Es el denominado internet del valor frente al de la información[29]. Esta realidad pone sobre la mesa cuestiones jurídicas como los derechos de autor, la propiedad intelectual, etc.[30].

26 El sistema *blockchain* dispone de una gran cantidad de usos: desde sistemas de pago a través de criptomonedas, mercados de valores, compra de acciones… Tales circunstancias provocan que el concepto de banco, como está establecido en la actualidad, podría dinamitarse. Asimismo, los registros y notarias, dedicados a dar fe de un registro, pasarían a ser valorados por la plataforma *blockchain*. También se refuerzan los sistemas de: seguridad y autorizaciones, aplicaciones militares y de inteligencia y, junto a ellos, los mercados de suministros como son los de energías o materias primas. Por ejemplo, el uso de *blockchain* en el empleo de la energía solar que he generado con un techo solar en mi casa, con el fin de que una persona, que pase cerca de mi casa, desee cargar su coche con el excedente pueda conocer del mismo. Por último, respecto a la propiedad intelectual, por ejemplo, se permitirá la creación de currículums tras la publicación de los diferentes méritos que quedarán señalados a través de la plataforma de *blockchain*, autentificación de aportaciones financieras, de títulos y de activos, etc.

27 Palomo Zurdo, R.: "'Blockchain': la descentralización del poder y su aplicación en la defensa", *Documento de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm, 70, 12 de junio de 2018, p. 3.

28 Huergo Lora, A.: *Regulación de los algoritmos*, Estudios Aranzadi, Pamplona, 2020.

29 Existen plataformas *blockchain* abiertas y cerradas. En el caso de *bitcoin*, se trata de una red abierta donde cualquiera puede operar o ser miembro de la misma, mientras que en otras deberán ser autorizados. Un ejemplo de *blockchain* de autorización es Alastria, donde la empresa principal tiene un nodo que requiere de un permiso, lo cual hace necesaria la celebración de convenios con las empresas participantes. Existen también redes cerradas. Un ejemplo podría ser una universidad concreta que dispone de este sistema para la gestión de los expedientes de los alumnos, registro de documentos, etc.

30 Véase por ejemplo, el supuesto de que un usuario pueda *tokenizar* un cuadro a través de una plataforma *blockchain*. El modo de realizar esta acción es que yo puedo tener una fotografía en mi ordenador venderla

Por lo que respecta a la filosofía, es importante señalar que, este sistema, refuerza la descentralización y la distribución del concepto de confianza. Para poder comprender mejor este valor debemos podemos ver como símil la elección de un restaurante. En determinadas ocasiones dicha opción venía motivada por la recomendación de un conocido. Ahora esta elección a cambiado, cada vez son más los usuarios que usan aplicaciones de valoración de restaurantes para poder buscar una opción de entre las diferentes opciones hosteleras. En este escenario, estamos confiando en los gustos de otros usuarios que no conocemos. El valor o posibilidad de que alguno emita una opinión errónea o equivocada es insignificante en nuestra elección ya que se ve superada por la confianza de que algunos de esos usuarios digan la verdad y nos lleven a la mejor elección para asistir a un establecimiento hotelero y será lo que marcará la elección del usuario. De algún modo lo que logra es que se esté distribuyendo una cierta confianza[31], apoyada por la teoría de la sabiduría de las masas. En consecuencia, como señala Palomo Zurdo, "internet se ha convertido en una disrupción para la distancia mientras que, blockchain es un cambio súbdito o una disrupción para la confianza[32]". Esta situación comienza a funcionar en un escenario de economía compartida o también denominada economía colaborativa, que ha venido instaurándose en el transcurso del siglo XXI.

Además *blockchain* se trata de una herramienta que da soluciones a elementos cotidianos y que nos permite hacer una trazabilidad de los mismos. Encontramos como ejemplo los sistemas de reconocimiento de la identidad de un usuario. En concreto, si lo comparamos con el reconocimiento facial de un guardia de seguridad en el aeropuerto, el sistema que ofrece *blockchain* se prevé más fiable en comparación con los métodos que tradicionalmente se proponían y que se elevaba a la simple creencia sobre su existencia. Este aspecto se plantea como un problema que busca soluciones más eficaces. Baste observar en este sentido, las aplicaciones bancarias que hacen un reconocimiento biométrico y que supone un avance considerable.

a un usuario y, acto seguido, desaparecería de mis accesos para aparecer en exclusiva en los archivos o los datos proporcionados por el comprador. Esta realidad cambia el sistema clásico de compraventa o alquiler de cuadros tangibles o materiales. Las nuevas fórmulas que ofrece este mercado es que se pueden transmitir a través de aplicaciones donde el autor principal se desprendería del objeto, del diseño o imagen, gracias a los avances que proponen las nuevas tecnologías *blockchain*.

31 La Cuarta Revolución Industrial hace que se descentralice ese concepto de confianza, donde incluso *bitcoin* tiene un nacimiento con una visión criptoanarquista. Es decir, se trata de una moneda que no dependa de ningún Estado. En esencia, un elemento libre e independiente no sujeto a las diferentes opciones de transacción monetaria que planteen los países. Desde la perspectiva económica, el criptoanarquismo se trata de un modelo de *Economía Austriaca* totalmente liberal en la que entiende que el Estado no debe hacer absolutamente nada y serán los propios individuos quienes realicen las transacciones. Existe incluso ese origen dentro del sistema filosófico por el que propugna el *blockchain* y que será equiparable a un sistema de economía del consenso. Se convierte así, en un aspecto muy interesante dentro del ámbito de las humanidades.

32 El contenido citado fue expuesto por Palomo Zurdo, R., en una ponencia a propósito de "El impacto de la tecnología *blockchain* en las administraciones reguladoras y como herramienta de transparencia", celebrada el 10 de diciembre de 2019, en el aula N205 de la Universitat de València.

Todos los elementos que hemos señalado, hacen que nos enfrentemos a un nuevo paradigma, donde cualquier elemento que nos resulte cotidiano se podría *tokenizar*. Este hecho nos conducirá a una notoria transformación económica[33] y la necesidad de plantear respuestas jurídicas adecuadas a la nueva realidad que se propone. Un *token* se trata de convertir un activo físico a una red o archivo digital. En esencia, pasar un elemento del mundo real al escenario virtual. Pues bien, el usuario puede *tokenizar* cualquier activo hipotéticamente, desde *materiales más complejos o de mayor valor*, como una obra de arte, propiedades inmobiliarias, moléculas…, a cualquier *elemento de uso común*, como una entrada para un concierto, lo que terminaría con los problemas clásicos de la reventa. El derecho deberá dar respuesta en este sentido a los problemas que plantean estas nuevas realidades que se generan en el escenario virtual y que ponen en cuestión la clásica regulación sobre los elementos reales o tangibles.

2. La incorporación de blockchain en la Administración Pública.

La necesidad de establecer un marco jurídico que permita a las administraciones públicas la garantía del interés general en el desarrollo y el empleo de las nuevas tecnologías y redes de comunicaciones se está activando. La adopción de respuestas adecuadas a fenómenos dinámicos, como son los que apuestan por las tecnologías *blockchain,* provoca que los diferentes gobiernos deban proveer a los ciudadanos de las medidas oportunas para garantizar la seguridad pública, la oferta de una administración digital y la adecuada prestación de los servicios públicos sin que ello comprometa a sus derechos y libertades. Por ello, el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones (en adelante Real Decreto Ley 14/2019) establece la prohibición de sistemas de identificación basados en *blockchain* hasta que no se regule esta tecnología o se pueda garantizar la seguridad pública. Tener la seguridad de los datos que se recopilan de los ciudadanos y dar una buena solución para la identidad, son algunos de los aspectos que más preocupan a las

33 *Blockchain* va a cambiar el paradigma de esa necesidad de elementos centralizadores. Además, se va a unir a otras cosas, como por ejemplo el Internet de las Cosas. Si por ejemplo yo quiero traer fruta de un país latinoamericano e instalo un sensor en el medio me va a dar la información sobre a que temperatura ha venido, en que momento ha llegado al puerto… y en función del mismo puedo introducir un *Smart contract* que diga que si la temperatura, a la que ha estado expuesto, ha superado los 40° en el transporte, la mercancía se podría haber deteriorado y en consecuencia, voy a poder pagar menos por ella. Todos estos sistemas permiten unir muchas tecnologías como: el internet de las cosas, la inteligencia artificial, la robotización, el *big data*, la realidad virtual o aumentada, la industria 4.0, etc. Se trata pues de un sistema alternativo o, en su caso, complementario que cuestiona el sistema tradicional de transacción mediante el dinero. Por ello, entre las novedades que platea, podemos citar que *blockchain* se trata de un ingenioso sistema operativo que presenta determinadas dificultades y resistencias respecto a los sistemas distribuidos tradicionales que provoca el desconcierto de los reguladores y administraciones institucionales. El funcionamiento con elementos como *bitcoin* sería el siguiente. El usuario desea realizar una transacción desde su ordenador, que la envía a una red, esta me confirma la transacción, se añade al bloque, se encadenan los bloques y el usuario puede visualizarlo en su terminal móvil que me confirma que ha realizado la transacción y que ha recibido las *bitcoin*.

administraciones públicas, tal y como ha sido señalado por el presente texto. Los sistemas de identidad que permitían reconocer a un sujeto concreto se convierten así en uno de los grandes retos del sistema *blockchain*[34]. Lo que permite *blockchain* es que el usuario sea el soberano de su identidad y que pueda abrir las diferentes parcelas que ofrece según sus necesidades concretas[35].

Este no será el único aspecto importante por el que apueste *blockchain* respecto a las administraciones públicas. Los innumerables avances que este sistema propone se harán extensibles a otras materias, susceptibles de gestión pública, que se verán favorecidas con el advenimiento de estas nuevas tecnologías[36]. Con todo, su incorporación no queda exenta de dificultades. Entre las mismas observamos como, a una institución clásica como es la CNMV le cuesta adaptarse a las nuevas tecnologías. Muestra de ello, fue la costosa apuesta que mostró por las *Fintech* que comenzó con la exposición de prohibiciones y limitaciones ante la incertidumbre que planteaban. Los reguladores han tenido que asumir con resistencia que el mundo está cambiando y quienes prohibían el *bitcoin*, se han dado cuenta que es un fenómeno que no pueden parar y que, por ello, deberán acabar trabajando e incorporando el sistema que propone el mercado.

V. LOS MENORES ANTE LA ESCASA REGULACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS *BLOCKCHAIN.*

Blockchain se ha convertido, en los últimos tiempos, en una herramienta que viene a revolucionar el sistema financiero. Con todo, surgen determinadas cuestiones en su implementación, entre las que se encuentra la protección de los colectivos especialmente vulnerables como son los menores, que deberán ser resueltas. Por ello, cabe hacer una reflexión más allá de los bancos, euros, *apps*, y adentrarnos en la identificación del usuario de estas cuentas. Procederemos a continuación a señalar algunas de las cuestiones en las que los menores guardan relación con algunas plataformas de *blockchain*, tales como: el sistema de

34 Un ejemplo sería alquilar un coche. El DNI muestra una gran cantidad de datos que no son necesarios, lo único indispensable es saber si tengo carnet de conducir y si estoy autorizado a realizar esa actividad, como es ser mayor de edad. Si apuramos, sería más importante saber si somos conductores ejemplares, si tenemos multas.

35 Baste citar, en este caso, el simple hecho de ir al dentista. El profesional, que atenderá mi dolencia, no tiene porque ser conocedor de todo mi historial médico. Incluso la aplicación te permite la transferencia de los datos necesarios y darle un plazo de tiempo, al doctor, de consulta de los mismos.

36 Para dar a conocer algunas propuestas de mejora de las Administraciones Públicas a través de plataformas como *blockchain*, véase los siguientes supuestos: el sistema sanitario inteligente; procedimientos que apuestan por la transparencia en las votaciones; juntas de accionistas, pagos de dividendos; registros de títulos de la propiedad; certificados legales, sanitarios, etc.; descentralización de procesos, donde *Google* ha avanzado más que la Administración en casos como la declaración de la renta, donde la Administración dispone de mis datos pero aun así los tengo que introducir el usuario; agilizar trámites con la Administración; ahorro de costes al no emplear el formato en papel; mejora de procesos de licitación y concursos públicos, a través de la transparencia, seguridad, confidencialidad; propone soluciones para los problemas de comunicación entre administraciones; lucha contra el fraude fiscal, incluso podríamos plantearnos si pudiera existir una criptodivisa o criptoeuro; sirve para recibir ofertas de contratos públicos, etc.

identificación para el acceso a su contenido y la educación en el sistema financiero como mecanismo de prevención ante la escasa regulación de estas técnicas.

Con carácter general, los menores de edad precisarán del consentimiento de sus padres, tutores y curadores para el empleo de estas nuevas tecnologías. El motivo de la autorización es lograr garantizar la seguridad en su manejo que, a su vez, se ha visto reforzada por las instituciones públicas y privadas para la prestación de estos servicios. Esta técnica se presume para aquellos sujetos, menores de edad, que dispongan de una *identificación* adecuada. El problema se plantea respecto a quienes, motivados por causas diversas, no formen parte de este registro. Acorde con lo establecido en el tenor del art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Esta previsión legal se debe a que, ciento de millones de menores en el mundo no disponen de cuentas bancarias, no existen en los registros, ni tienen un carnet que permita identificarlos. Pensemos en los refugiados, conocidos como MENAs, que llegan a Europa y en todos los usuarios, de algunos países africanos, que pagan sus consumiciones a través del terminal móvil debido a la inexistencia de oficinas bancarias en sus regiones. En esta sede, el sistema *blockchain* viene a revolucionar el reconocimiento de aquellos menores no registrados.

La primera iniciativa privada que apuesta por este sistema ha sido *Bitnation,* tras lanzar un proyecto denominado *Bitnation Refugee Emergency Response*. A través del mismo, dota a los usuarios MENAs, que transiten en Europa, de una tarjeta con un doble uso: identificación y una dotación económica que podrán disponer como si se tratase de una tarjeta de crédito. Más tarde, desde la ONU, se ha logrado un acuerdo entre los diferentes gobiernos, ONG's, tecnólogos y expertos que provienen tanto del sector público como del sector privado, que se dirige hacia la apuesta por estas plataformas para lograr la identificación de los sujetos. Este acuerdo supone una esperanza para aquellos sujetos que, al no disponer de una identificación, se les negaba sus derechos y, en consecuencia, pasaban a convertirse en 'invisibles' para el resto de la sociedad. La plataforma utilizada para poder llevar a cabo esta gestión fue *Ethereum*, gracias a la cuál ha permitido dotar de alimentos a miles de niños en todo el mundo. Esta acción ha contado con el apoyo de gigantes de internet como son *Microsoft* y *Accenture*[37].

Por otro lado, el papel que adquieren las Administraciones en la apuesta por una e*ducación financiera para los menore*s es fundamental. Muestra de ello,

37 Gómez, I.: "Microsoft y Accenture rumbo a la identificación con blockchain de 7 millones de refugiados", *Criptonoticias*, 19 de junio de 2017. https://www.criptonoticias.com/aplicaciones/microsoft-accenture-rumbo-identificacion-blockchain-millones-refugiados/. Fecha de última consulta: 29.06.2020.

es el caso que ofrece Portugal[38]. A través de su canal de televisión pública, el Gobierno pretende instruir a los menores sobre el uso de las criptomonedas, mediante recursos generados a través de series y actividades lúdicas[39]. En este supuesto, son los propios menores quienes pueden reproducir su contenido sin necesidad de obtener el consentimiento previo de sus progenitores. Es más, el Gobierno luso pretende aprovechar la época de confinamiento que ofrece la pandemia del Covid-19 para lograr que este colectivo pueda poner en práctica sus conocimientos sobre la materia a través de diferentes actividades que han sido creadas para su libre disposición. Con esta visión persigue que las nuevas tecnologías puedan convertirse, en el futuro, en una vía alternativa para reactivar la economía entre el sector más joven de población. Esta iniciativa surge del Plan de Acción de Transición Digital[40] que reconoce el papel central de las empresas, la administración pública y los ciudadanos, y define un conjunto de medidas y acciones estratégicas para su promoción. En este contexto, se hace especial énfasis en el papel catalítico de la regulación y los retos que suponen para la privacidad, la ciberseguridad y la ciberdefensa de la economía circular de datos a través de plataformas *blockchain*. Para garantizar su empleo, resultará esencial el impulso de la conectividad a través de las conocidas como redes 5G y la apuesta por las nuevas infraestructuras, tanto de tecnologías disruptivas como los sistemas de inteligencia artificial, la computación en la nube y el Internet de las cosas.

Los medios de comunicación y la publicidad se convierten en esta sede, en un mecanismo de prevención pública ante cualquier práctica que ponga en riesgo los intereses del menor en el uso de estas tecnologías. La educación se muestra

38 Madeira, A.: "Portugal Chases Crypto-Friendly Status with new 'free zones' for tech", *Cointelegraph: The future of money*, April 30, 2020. https://cointelegraph.com/news/portugal-chases-crypto-friendly-status-with-new-free-zones-for-tech. Fecha de última consulta: 28.06.2020.

39 Desde la iniciativa privada, también se comienzan a observar determinadas acciones que apuestan por la educación interactiva, en las tecnologías *blockchain*, destinadas a los menores de edad. Tal es el ejemplo de *Pigzbe*, donde los menores de más de 6 años pueden aprender jugando sobr el mundo criptográfico y el manejo del dinero. A través de esta *app* pueden crear su propia *wallet* (denominada por el juego como *piggy-wallet*). Tal y como señala yacob, F., su cofundador, "han sido unos meses emocionantes, viendo cómo un producto mágico cobra vida en nuestro estudio, mientras se anticipa el enorme impacto que una generación de niños empoderados y con conocimientos financieros podría tener cuando se les da acceso a los servicios y herramientas adecuados". https://www.pigzbe.com. Fecha de última consulta: 30.06.2020.

40 La Resolución del Consejo de Ministros núm. 29/2020, que establece los principios generales para la creación y regulación de Zonas Francas Tecnológicas, 21 de abril de 2020, destaca la importancia de aprobar un marco legal que promueva y agilice las actividades de experimentación de manera intersectorial para aprovechar todas las oportunidades que brindan las nuevas tecnologías, desde inteligencia artificial hasta *blockchain*, bio y nanotecnología, impresión 3D, virtual realidad, robótica e Internet de las cosas, e incluye *Big Data* y la red 5G. El Plan que propone la presente Resolución del Consejo de Ministros núm. 29/2020, junto con la Resolución del Consejo de Ministros núm. 30/2020, que aprueba la acción de transición digital y la Resolución de del Consejo de Ministros núm. 31/2020, que crear la estructura de la misión digital de Portugal, ambas también de 21 de abril de 2020, se basa en tres pilares: (a) creación de capacidad e inclusión digital de personas, (b) transformación digital de empresas y (c) digitalización del Estado. Además, contiene 12 medidas, entre las que se incluyen: "(i) Programa de digitalización para escuelas; (ii) Programa de residencia electrónica; (iii) Programa de creación de capacidad digital para pequeñas y medianas empresas en el interior; (iv) Centros de innovación digital para el emprendimiento y (v) Estrategia de nube para la administración pública". En Resina Da Silva, F., Cocco, M., Correia Mendonça, H.: "Information, Communication & Technology: Protuguese governement approves the digital transition action Plan and ZLT- technological free zones", *Viera de Almeida: Flash informativo*, April 2020.

junto a las mismas, como un elemento nuclear frente a una regulación escasa, que da a conocer como el legislador no ha sido capaz de adaptarse, en su totalidad, a los nuevos desafíos que las nuevas tecnologías proponen. El gobierno de España, debería observar las prácticas del país vecino y plantear no sólo una regulación de los diferentes aspectos que afectan a los menores en el uso de las tecnologías *blockchain* sino que además, ante la paulatina desaparición de intermediarios y el potencial debilitamiento del control estatal, por el que apuestan estas técnicas en algunas de sus modalidades, debe reforzar los mecanismos de prevención disponibles a través de instrumentos básicos como: la educación, los medios de comunicación y la publicidad.

VI. RIESGOS POTENCIALES PARA LOS MENORES.

La evolución de las tecnologías y de la informática no siempre va de la mano de la transformación de las administraciones publicas. Los retos que supone su incorporación provoca que los funcionarios no siempre sepan gestionar los *softwares*, confiando en el regulador la aprobación de los resultados de sus actuaciones. Por ello, la previsión de mecanismos de prevención y control por parte de las Administraciones públicas en el uso de las nuevas tecnologías *blockchain* se convierte en uno de los objetivos principales para evitar, entre otras causas, que los menores vean mermados sus derechos a través de estas plataformas. Así, el Real Decreto-ley 14/2019 establece, con carácter de urgencia, determinados mecanismos con los que poder controlar el manejo de estas tecnologías permitiendo al Gobierno intervenir en la red que ofrece internet. En dicha actuación se posibilitará la defensa de los derechos de los menores desde diversas esferas: la Protección de Datos de Carácter Personal ante la era digital; la identificación digital de los usuarios; el sistema de ciberseguridad; y las telecomunicaciones.

1. La Protección de Datos de Carácter Personal ante la era digital.

De forma más específica, *bitcoin* se apoya en esta estructura de base de datos como si se tratase de un libro mayor, propio de la contabilidad, distribuida, escalable, se puede aumentar o gestionar más volumen…, en el que los actores acceden de forma más segura e independiente. Esto permite certificar que los menores de edad no puedan acceder al uso de estas tecnologías sin la autorización previa de sus padres, tutores y curadores. Además, se pueden digitalizar una gran diversidad de elementos[41] que los propios menores emplean en su uso cotidiano, sin comprometer su privacidad. Este aspecto es en la actualidad todo un lujo

41 Boucher, P., Nascimento, S. and Kritikos, M.: *How blockchain technology could change our lives*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2017, pp. 8-9. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_EN.pdf. Fecha de última consulta: 29.06.2020.

dados los problemas que surgen de otras aplicaciones como: las redes 5G, redes sociales, etc. Estas tecnologías apuestan por garantizar la protección de los datos, de forma más segura que lo hicieran los medios tradicionales, lo que permite que el único usuario los mismos sea el propio interesado o, en el caso de los menores, sus padres, tutores o curadores.

La confidencialidad y los datos que registramos en la *blockchain* también son inmutables. Un ejemplo es el derecho al olvido respecto a las multas de tráfico impuestas por conducir un ciclomotor a menores entre 15 y 18 años. Esta sanción administrativa queda registrada en la *blockchain* de la Dirección General de Tráfico. El interesado o su representante puede ser que la recurra o que existiera un error en la determinación del usuario, quedando en el registro el precedente. Para evitar que dicho error pueda perjudicar sus intereses, se realiza una anotación en la *blockchain* que especifique que el sujeto se encontraba exento de dicha multa junto a la motivación del hecho. El problema se encuentra en el rastreo que genera la IP, donde esa acción permanece, convirtiéndose este en uno de los mayores retos a los que se enfrentan las *blockchain*.

También, al tratarse de una categoría especial de recogida de datos, el art. 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), referido a los datos sensibles, hacen que deban encontrarse ubicados en territorio español. Esta disposición se entenderá con la salvedad de que la Comisión Europea decida la adecuación de la transferencia internacional de dichos datos, lo que puede poner en riesgo la seguridad nacional. Por ello, el empleo de la plataforma *blockchain* y su relación con el Reglamento General de Protección de Datos, no es en la actualidad del todo compatible. A pesar de que permitirá registrar los datos de los menores de forma más segura que lo hicieran los métodos tradicionales, planteará ciertos problemas respecto al *Derecho de cancelación* –la inalterabilidad de la cadena de bloques colisiona con lo establecido en el art. 17 del Reglamento General de Protección de Datos a propósito de la supresión de datos personales-, los plazos de *conservación de los datos de carácter personal* que se encuentran en la red –mientras que el Reglamento General de Protección de Datos almacena la información durante un tiempo determinado, las plataformas *blockchain* lo hacen de forma indefinida- y el *principio de exactitud* –la red *blockchain* es inalterable lo que supone un desafío para la información-.

2. Identificación de los usuarios.

La reciente aprobación del Anteproyecto de Ley --/2020, por la que se modifica la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y

de la financiación del terrorismo, y se transponen directivas de la Unión Europea en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo[42], pretende dar luz a uno de los problemas de identificación que surge a propósito de los menores no acompañados y los menores acompañados. En este sentido, el art. 22.6 del Anteproyecto señala que, "La declaración establecida en el presente artículo se ajustará al modelo aprobado y deberá contener datos veraces relativos al portador, propietario, destinatario, importe, naturaleza, procedencia, uso previsto, itinerario y modo de transporte de los medios de pago. La obligación de declarar se entenderá incumplida cuando la información consignada sea incorrecta o incompleta". Hace una especial mención a los menores el apartado 7 del Anteproyecto del mismo artículo, donde establece que, "cuando los medios de pago sean transportados por menores de edad no acompañados, será responsable del cumplimiento de la obligación de declaración la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. En caso de que el menor viajara acompañado, la cuantía de los medios de pago transportada por el menor se entenderá, a los efectos de lo previsto en este artículo, portada por la persona mayor de edad que acompañe al menor". Para garantizar el sistema de identificación, el Gobierno de España deberá proveer a los usuarios de infraestructuras que permitan localizar los datos de los usuarios, así como el tratamiento de los datos personales que deberán estar alojados en una macroestructura que permita su registro dentro de la Unión Europea.

Por lo que se refiere a la relación de los administrados con las diferentes administraciones públicas en España, queda prohibido el uso de sistemas distribuidos *blockchain* en tanto no queden regulados. Para poder lograr dichos objetivos, la Administración General del Estado ocupará el lugar de intermediaria a fin de poder garantizar la seguridad pública. Las previsiones señaladas en el Real Decreto Ley 14/2019 se convierten en las primeras referencias, en este sentido, en el ordenamiento jurídico español. Su intención más que permisiva es restrictiva, lo cual denota la resistencia de las autoridades públicas como pudiera ser la CNMV de adaptarse a una realidad cada vez más demandada en nuestra sociedad.

3. El sistema de ciberseguridad.

En el mundo de la ciberseguridad, la red de *blockchain* se presenta, en un principio, como no *hackeable* debido a su sistema de encriptación. Además de esto, debemos afirmar que cuanto mayor sea la red más segura será su estructura. En consecuencia para poder quebrar la seguridad de una red de *bitcoin* precisaría

42 El contenido del Anteproyecto de Ley --/2020, por la que se modifica la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y se transponen directivas de la Unión Europea en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, de la Vicepresidencia tercera del Gobierno, en concreto, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.*https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_TES_20200612_AP_V_Directiv_Blanqueo.pdf*. Fecha de última consulta: 28.06.2020.

de un 51% de los nodos falsificados[43] que sería equiparable a una gestión que requiere de una cantidad de energía que haría infructuosa la operación. Por ello, podemos afirmar que se trata de un sistema que permite dar solución a muchas de las cuestiones que se plantean en la vida real. Entre ellas, que los menores puedan acceder a las diferentes aplicaciones sin el consentimiento de sus progenitores, tutores o curadores. Para poder garantizar el acceso protegido a estos colectivos se requiere una identificación previa, con el DNI del adulto que le autorizará a realizar la gestión. Sin esta acción los menores no podrán acceder al contenido *blockchain* pero si podrán proceder a la descarga de las aplicaciones pertinentes.

4. Telecomunicaciones.

El servicio universal de telecomunicaciones se ha convertido, en los últimos tiempos, en la herramienta por excelencia entre los más jóvenes para el intercambio de información y como medio de interacción con otros sujetos. Este terminal, se convierte en la plataforma por excelencia en el uso de las aplicaciones *blockchain*. Por ello, las Administraciones Públicas deberán velar por establecer los mecanismos necesarios que permiten ordenar el cese de cualquier actividad infractora que ponga el riesgo la seguridad de los menores o ante cualquier amenaza inmediata y grave a la seguridad pública o la seguridad nacional. En concreto, el artículo 6.1 del Real Decreto Ley 14/2019 señala que, "El Gobierno, con carácter excepcional y transitorio, podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa o la intervención de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en determinados supuestos excepcionales que puedan afectar al orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional. En concreto, esta facultad excepcional y transitoria de gestión directa o intervención podrá afectar a cualquier infraestructura, recurso asociado o elemento o nivel de la red o del servicio que resulte necesario para preservar o restablecer el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional". De ahí, la importancia que adquieren las Administraciones Públicas en el correcto uso de las telecomunicaciones y la preservación de los derechos de los menores en el uso de estas plataformas.

VII. CONCLUSIONES.

La construcción de una sociedad digital se observa como una oportunidad para reinventar el funcionamiento y la organización del Estado, orientándolo en la búsqueda por la defensa del interés general. De este modo, no sólo

43 Según palabras de Palomo Zurdo, R., en una ponencia realizada a propósito de "El impacto de la tecnología *blockchain* en las administraciones reguladoras y como herramienta de transparencia", celebrada el 10 de diciembre de 2019, en el aula N205 de la Universitat de València, la fórmula m= 3(t) + 1, donde 'm' es el número de nodos positivos y 't' el número de nodos que disponen de algún elemento que contamine o perjudique a la red, nos indica el riesgo a los que se exponen las plataformas *Blockchain* respecto a la seguridad. En consecuencia, cuanto más grande sea la red más protegida se encontrará ante posibles ataques.

fortalecerá la competitividad en materia económica, sino que también permitirá la incorporación de nuevos mecanismos de reconocimiento de los individuos hasta la fecha desconocidos. Véase como ejemplo, el uso de nuevas técnicas de identificación a través de aplicaciones *blockchain* con una decidida apuesta por la seguridad. El crecimiento de la productividad, cimentada sobre la innovación y la calificación de las personas, requiere no perder de vista las consecuencias que, sobre los menores, puede generar la llegada de estas nuevas técnicas. Por ello, las Administraciones Públicas y los operadores privados deberán aunar sus esfuerzos con el fin de establecer, de forma dinámica, los correspondientes mecanismos de control y prevención de estas plataformas sin los cuales los intereses de los menores se podrían ver perjudicados.

Si bien es cierto que compete a los tutores, curadores y el personal al cargo de los mismos, la autorización de los menores en el manejo de estas tecnologías, no debemos descuidar las continuas lagunas jurídicas que genera el desarrollo técnico de este sistema. Para evitar su exposición, la educación financiera en los sistemas y plataformas *blockchain* se convierte en una técnica para la prevención de cualquier conducta contraria a derecho que, en este sentido, se genere. Como queda comprobado, en el ejemplo de Portugal, otras fórmulas de prevención provienen de los medios de comunicación y la publicidad, que adquieren un papel muy relevante en esta labor. Tal afirmación se sustenta en la enorme influencia que sobre este colectivo adquieren sus contenidos. Su prestación interactiva, expuesta mediante servicios lineales y no lineales de comunicación, les permitirá lograr que cualquier menor pueda disponer de los conocimientos básicos en el empleo de estas tecnologías que, como queda constatado, no solo son crecientes, sino que han venido para quedarse.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso, N., Dominguez Somonte, M. y Espinosa Escudero, M.M.: "Realidad frente a expectativas en la impresión 3D actual", *Revista DYNA-Ejemplar dedicdo a: Texturizado por rectificado para reducir la fricción*, vol. 95, núm. 2, 2020, p. 128.

Barrio Andrés, M.: *Derecho de los robots*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Barrio Andrés, M.: *Internet de las cosas*, Editorial Reus, Madrid, 2018.

Boucher, P., Nascimento, S. and Kritikos, M.: *How blockchain technology could change our live*s, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2017.

Brown, R.: "Beijing´s Silk Road Goes Digital", *Council on Foreign Relations*, June 6, 2017, https://www.cfr.org/blog/beijings-silk-road-goes-digital. Fecha de última consulta: 11.05.2020.

Carotti, B.: *Il sistema di governo di internet*, Giuffrè editore, Saggi di Diritto Amministrativo, núm. 26, Milano, 2016.

De La Sierra Morón, S.: "Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración pública", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 53, 2020.

De Soroa González-Cavada, J.A.: "5G, base para la implantación de un vehículo conectado y autónomo", *Revista Cesvimap: Regulación técnica del Centro de Experimentación y Seguridad Vial Mapfre*, núm. 108, 2019, pp. 62-63.

Deloitte: *Impacts of the Blockchain on fund distribution*, March 2016. https://www2.deloitte.com/es/es/pages/financial-services/articles/impactos-de-blockchain.html. Fecha de última consulta: 27.06.2020.

Ferreira Ferrage, C.: "Criptomonedas y su regulación legal", *Novit Legal*. https://www.novitlegal.com/index.php/criptomonedas-y-su-regulacion-legal/. Fecha de última consulta: 27.06.2020.

García, A.F. y Betancur, L.: "La visión de la Nanotecnología para las Radiocomunicaciones en los próximos años. Una perspectiva desde la Academia", *Ingenieria y Región*, núm. 17, 2017, pp. 13-20.

Gómez, I.: "Microsoft y Accenture rumbo a la identificación con blockchain de 7 millones de refugiados", *Criptonoticias*, 19 de junio de 2017.

Houser, K. and Gaughill, P.: "Children born in 2018 will probably never experience these things", *Fondo Monetario Internacional*, 5 de enero de 2018.

Huergo Lora, A.: *Regulación de los algoritmos*, Estudios Aranzadi, Pamplona, 2020.

Madeira, A.: "Portugal Chases Crypto-Friendly Status with new 'free zones' for tech", *Cointelegraph: The future of money*, April 30, 2020.

Resina Da Silva, F., Cocco, M., Correia Mendonça, H.: "Information, Communication & Technology: Protuguese governement approves the digital transition action Plan and ZLT- technological free zones", *Viera de Almeida: Flash informativo*, April 2020.

Palacios Marqués, D. y Garrigós Simón, F.: "Propuesta de una escala de medida de la gestión del conocimiento en las industrias de biotecnología y telecomunicaciones", *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 207-224.

Palomo Zurdo, R.: "El impacto de la tecnología *blockchain* en las administraciones reguladoras y como herramienta de transparencia", celebrada el 10 de diciembre de 2019, aula N205, Universitat de València.

Palomo Zurdo, R.: "'Blockchain': la descentralización del poder y su aplicación en la defensa", *Documento de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm, 70, 12 de junio de 2018, p. 3.

Schwab, K.: *La cuarta revolución industrial*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2016.

Souto Romero, M. y Martínez-Cortiña Pont, R.: *2025: Bienvenidos a la Sociedad Inteligente*, Caligrama, Barcelona, 2018.

Werner, F.: "Computación cuántica: Las nuevas amenazas requieren nuevos planteamientos en materia de seguridad", *Actualidades de la UIT*, núm. 1, 2017, pp. 26-28.

LA FISCALIDAD DE LA FAMILIA CON MENORES A CARGO

TAXATION OF THE FAMILY WITH CHILDREN IN CHARGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 1046-1073

Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: La institución familiar es fundamental en toda sociedad. La familia formada dentro del matrimonio o en pareja de hecho merece la protección económica y social por parte de los Poderes públicos. El presente estudio trata sobre la fiscalidad que rodea a estas instituciones cuando existen menores a su cargo. Se analizará su tributación dentro del IRPF y la aplicación de las circunstancias personales y familiares a las mismas. Primero se estudiará la fiscalidad de las Familias Numerosas dado que ellas cuentas con mayor número de menores bajo su protección, luego las familias formadas por matrimonios y parejas de hecho que tienes menores a su cargo y, finalmente, abordaremos la fiscalidad en la situación de crisis familiar.

PALABRAS CLAVE: *Familia; matrimonio; parejas de hecho; menores de edad; impuestos.*

ABSTRACT: *The family institution is fundamental in every society. The family formed within the marriage or couple in fact deserves the economic and social protection on the part of the public Powers. The present study deals with the taxation that surrounds these institutions when there are minors in their charge. Their taxation will be analyzed within the personal income tax and the application of personal and family circumstances to them. First, the taxation of Large Families will be studied since they have the largest number of minors under their protection, then families made up of married couples and couples in fact who have minors in their care and, finally, we will address taxation in the situation of the family crisis.*

KEY WORDS: *Family; marriage; couples in fact; minors; taxation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. La PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.- III. EL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL Y LOS IMPUESTOS QUE MÁS AFECTAN A LAS FAMILIAS CON MENORES.- IV. LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER BENEFICIOS FISCALES A LAS FAMILIAS CON HIJOS A CARGO.- 1. V. LA FISCALIDAD DE LA FAMILIA Y FAMILIA NUMEROSA.- 1. La situación de familia numerosa ante los cambios de edad de los hijos a cargo antes de la Ley 26/2015.- 2. Nuevo conflicto en la renovación del título de las familias numerosas de categoría especial.- 3. Posición definitiva y doctrina del Tribunal Supremo.- 4. Posible aplicación de la retroactiva de la doctrina del Tribunal Supremo.- VI. LA FISCALIDAD EN EL IRPF DE LA FAMILIA Y PAREJA DE HECHO CON MENORES A CARGO.- 1. La declaración individual o conjunta en el IRPF.- 2. La deducción por familia numerosa. 3. El mínimo por descendiente. VII. LA FISCALIDAD DE LAS CRISIS FAMILIARES.- 1. El convenio regulador del art. 90 CC.- 2. La pensión por alimentos del art. 93 CC.- 3. La pensión compensatoria del art. 97 CC.- 4. Pago del alquiler o préstamo hipotecario de la vivienda del cónyuge e hijos.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente estudio analiza el tratamiento fiscal de las familias con menores a su cargo. A lo largo del trabajo se estudiarán el sistema fiscal que afecta a la familia, especialmente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los distintos beneficios fiscales que existen, y el tratamiento que los menores dan a los casos de familias formadas por un matrimonio o pareja de hecho. Por último, también se analizará el régimen fiscal que, en su caso, se aplicará en casos de crisis familiares.

La Constitución Española establece la protección económica y social de la familia; así lo establece su art. 39 CE[1]. Una de las leyes que desarrolla este mandato es la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas (LFN), que establece beneficios fiscales para esta institución. Asimismo, todas las familias también dispones de beneficios fiscales en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF).

1 A tal efecto, la Carta Magna establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. También los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Y, por último, en su apartado 3, dispone que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

• Fernando Hernández Guijarro
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: ferhergu@upv.es

Durante el presente trabajo se expondrán los regímenes fiscales que la LIRPF establece para las familias con menores a su cargo, es decir, la tributación de forma individual o conjunta. También se analizará la posibilidad de aplicar los mínimos por descendientes, y la deducción por familia numerosa. Para ello, se mostrarán las similitudes y diferencias entre la familia formada como consecuencia de un matrimonio o como pareja de hecho. Y, por último, nos detendremos en las consecuencias fiscales derivadas de una crisis familiar analizando la tributación que derive de los pactos del convenio regulador.

II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.

La Constitución Española establece expresamente en su art. 39.1 que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". Nuestra Ley Fundamental es consciente de la importancia y necesidad de esta institución y, por ello, da un mandato directo a los poderes públicos (especialmente al Legislador) para que protejan a la familia desde los ámbitos más importantes de sus decisiones, a saber, las de protección social, económica y las de carácter jurídico. Debiendo, por supuesto, el poder reglamentario y la propia Administración respetar este precepto en su actuar, ya sea dictando disposiciones o aplicándolas en sus procedimientos administrativos[2].

Recogida la obligación de protección y defensa de la familia en nuestra Carta Magna, conviene también comprobar qué espacio o dedicación otorgan las normas internacionales a la organización familiar. La Declaración Universal de los Derechos Humanos otorga una mención especial en su art. 16.3 donde se refiere a ésta en los siguientes términos "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"[3]. Siendo muy importante esta referencia porque como norma internación es de aplicación a los Estados miembros entre los que se encuentra España.

Por último, convine traer a colación la legislación española sobre protección de la familia y, concretamente, de la familia numerosa. No en vano, su esfuerzo protector debe ser mayor. A tal efecto, la Exposición de Motivos de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas comienza afirmando que "la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, desempeña múltiples funciones sociales, que la hacen merecedora de una protección específica tal como señalan numerosos instrumentos internacionales, entre los que destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta Social Europea", junto a ello, "dentro de las diversas realidades familiares, las llamadas familias numerosas

2 Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, p.40.

3 Ballesteros, J., Fernádez, E. y Garibo, A.P.: *Derecho Humanos*, Universitat de València, Valencia, 2007, p. 62.

presentan una problemática particular por el coste que representa para ellas el cuidado y educación de los hijos o el acceso a una vivienda adecuada a sus necesidades". Por lo que su consideración merecerá, como se ha dicho, un mayor esfuerzo.

Por todo lo expuesto, comprobamos que la familia es reconocida en los sistemas jurídicos internacionales y nacionales como el núcleo fundamental de la sociedad, que desempeña múltiples funciones sociales, y por ello es merecedora de una protección específica, debiendo ser este apoyo y defensa proporcional y lógico al tamaño o circunstancias de la misma.

III. EL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL Y LOS IMPUESTOS QUE MÁS AFECTAN A LAS FAMILIAS CON MENORES.

Descendiendo ya a las medidas concretas y efectivas que el Legislador español puede y debe adoptar para la protección social y económica de la familia, resulta necesario acudir al sistema fiscal establecido dado que, el mismo, es el que incide con mayor fuerza en las cargas patrimoniales de la familia -fuera de lo que representaría el consumo o mantenimiento de la misma-. A tal efecto, vamos a analizar los distintos impuestos que afectan a esta institución y, comprobando las distintas figuras tributarias que se aplican a la familia, y en especial a la numerosa, podremos verificar si se da un cabal cumplimiento al principio de justicia tributaria que fija la Constitución en su precepto 31.1 al establecer "todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".

Vamos a comprobar y determinar si el conjunto de disposiciones fiscales aplicables a la unidad familiar, dan un correcto y adecuado trato a esta organización natural teniendo presente el deber constitucional de protección social y económica de la misma, junto con el deber de justicia que exige la Carta Magna para el sistema tributario en su conjunto[4]. Entendiendo que estos dos deberes o mandatos no pueden ir de forma separada ni contrapuesta dado que, una buena protección económica por parte de las leyes tributarias colaborará y contribuirá al establecimiento del principio de justicia tributaria, a la vez no existirá ésta si las cargas fiscales son tales que no permiten el desarrollo de la familia, y especialmente, de las familias numerosas.

El principal impuesto que grava la renta de las familias es el conocido Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). Este tributo está establecido en la Ley

4 Martín Queralt, J.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 549.

35/2006, de 28 de noviembre. Esta norma dedica su capítulo V a la adecuación del impuesto a las circunstancias personales y familiares del contribuyente. A tal efecto, el art. 56.1 denominado "mínimo personal y familiar" establece que: "el mínimo personal y familiar constituye la parte de la base liquidable que, por destinarse a satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del contribuyente, no se somete a tributación por este Impuesto". Es decir, el Legislador entiende que debe dejar un mínimo de renta fuera de la tributación efectiva de la familia porque dicho importe de renta, está destinado a satisfacer las necesidades y gastos básicos familiares de los contribuyes como: alimentación, mantenimiento, vivienda, etc.

Si bien el planteamiento de dicha disposición es positivo y podría entenderse que contribuye al cumplimiento de los mandatos constitucionales antes referenciados, cuando comprobamos la cuantía del citado mínimo personal y familiar, no podemos menos que concluir que su importe es el todo insatisfactorio.

En efecto, si observamos la cifra que la Ley del IRPF en su art. 58.1 concede por cada hijo/a al contribuyente o a la unidad familiar, vemos que resulta muy inferior a necesidad real y efectiva que dicho hijo/a requiere. No en vano, el importe está fijado para el primer descendiente en 2.400 euros, para el segundo en 2.700, y 4.000 y 4.500 para tercero y sucesivos.

Esta cuantía, si tenemos en consideración un tipo impositivo medio del 25%, resulta que por el primer descendiente, la Ley del impuesto te otorga 600 euros (2.400 x 25%) para cubrir las necesidades y gastos del primer hijo/a. Basta traer a colación el estudio de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), de 21 de agosto de 2019[5], donde sólo en gastos de escolarización, dicha entidad fija la media por niño/a en 1.993 euros/año.

Por lo que el importe del IRPF es más de tres veces inferior a lo necesario para la educación básica del descendiente en cuestión. Resta decir que, por supuesto, aún quedaría por cubrir multitud de necesidades del hijo/a. Por todo lo expuesto, es patente y manifiesto que el impuesto que grava directamente la renta de las familias españolas, no resulta adecuado ni se ajusta a la debida protección económica de la familia, y su aplicación – altamente deficitaria para cubrir los gastos básicos de los/as hijos/as- resulta del todo injusto. Además, en las cargas indirectas de la familia tampoco existe una correcta y ponderada consideración de las mismas pues, si bien existe un tipo reducido para la adquisición de la vivienda [art. 91.1.7º Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA)], no existe ninguna otra consideración destacable por razón objetiva de ser una familia numerosa, quedando, por lo tanto, el tipo impositivo de este impuesto

5 https://www.ocu.org/consumo-familia/bebes/informe/gastos-escolares-nuevo-curso# (consultado 18/03/2020).

fijado por la naturaleza del bien o servicio, no por la consideración o protección del sujeto que realiza el consumo.

IV. LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER BENEFICIOS FISCALES A LAS FAMILIAS CON HIJOS A CARGO.

El principio de generalidad tributaria por el que todos estamos llamados a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, es un mandato constitucional al legislador para que tipifique como hecho imponible el presupuesto configurador del tributo sobre la manifestación de capacidad económica para que, de entrada, todos sean llamados a pagar tributos. Ello no significa que en dicha configuración el legislador no pueda introducir beneficios fiscales en forma de exenciones, reducciones o bonificaciones.

Precisamente, estos incentivos fiscales tienen su origen en otros principios y mandatos del constituyente para proteger o incentivar ciertas situaciones o actividades. En nuestro caso concreto, el legislador puede introducir las exenciones, reducciones o bonificación a las familias y familias numerosas de diversas formas. Como afirma la STC 96/2002, de 25 de abril (RTC 2002, 96), "la exención o la bonificación -privilegio de su titular- como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria (art. 31.1 CE), en cuanto que neutraliza la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho generador de capacidad económica, sólo será constitucionalmente válida cuando responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita, pues no hay que olvidar que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando 'se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31' (STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 8)".

En resumen, los tributos del sistema español admiten claramente el establecimiento de incentivos fiscales cuando la situación concreta requiera de un tratamiento especial por el interés general o por la situación de hecho en la que existe un deber de protección social o económica. Por ello, se hace necesaria una política real y efectiva de beneficios fiscales a la institución familiar.

V. LA FISCALIDAD DE LA FAMILIA NUMEROSA.

Centrado el estudio en el contexto de la fiscalidad de la familia numerosa, la ley que regula esta institución introduce en el sistema tributario español un conjunto de ventajas fiscales para las familias que sean calificadas de numerosas.

Por ejemplo, bonificaciones y reducciones en ciertos impuestos como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) o el Impuesto sobre Matriculación, deducciones en el IRPF, exenciones en ciertas tasas y descuentos en servicios públicos como el transporte, etc. Estos beneficios son reconocidos en el momento que la familia adquiera dicha condición y obtenga el título por la Administración competente[6]. A tal efecto, la LFN establece dos categorías, la familia numerosa general y la familia numerosa especial. Ésta última será la familia de cinco o más hijos y las de cuatro hijos de los cuales al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples. Las restantes serán de categoría general (art. 4 LFN).

1. La situación de familia numerosa ante los cambios de edad de los hijos a cargo antes de la Ley 26/2015.

La situación y categoría de la familia numerosa se mantiene mientras se mantengan las circunstancias de los miembros, en el caso de los hijos, la edad prevista en el art. 3.1.a) LFN que es de 21 años, y de hasta 25 cuando cursen estudios que se consideren adecuados a su edad y titulación o encaminados a la obtención de un puesto de trabajo. Conforme los hijos superan el límite de edad son excluidos a efectos del cómputo de la familia numerosa pudiendo ésta pasar de categoría especial a general, o incluso perder la condición de familia numerosa pese a continuar los hijos en el hogar familiar (art. 6, párrafo primero). Esta situación por virtud de la cual se dejaban de computar los hijos mayores reduciendo la categoría o eliminando la consideración de familia numerosa, tiene como consecuencia innumerables perjuicios económicos a los hijos menores que, pese a formar parte de la misma familia, no pueden disfrutar de las ventajas fiscales de necesario uso como, por ejemplo, el transporte público o las tasas universitarias.

Este escenario de claro trato discriminatorio de los hijos menores que no pueden disfrutar de las ventajas que tuvieron sus hermanos mayores, es contrario a propio art. 2.1 LFN que establece que "los beneficios establecidos al amparo de esta ley tienen como finalidad primordial contribuir a promover las condiciones para que la igualdad de los miembros de las familias numerosas sea real y efectiva en el acceso y disfrute de los bienes económicos, sociales y culturales". Amén, y en última instancia, de ser contrario al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española (CE) que prohíbe la discriminación por cualquier circunstancia personal. En este caso, ser hermano menor.

6 Ortega Giménez, A.: "Políticas Públicas y FN", en AAVV: *Libro Blanco de la Familia Numerosa de la Comunitat Valencia*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2010, p. 23.

La situación descrita en el punto anterior fue duramente criticada por las asociaciones de familias numerosas que plantearon su modificación al Gobierno de la Nación. Dicha demanda finalmente fue atendida y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introdujo, en la disposición final quinta, una nueva redacción al art. 6 LFN incluyendo un nuevo párrafo, quedando redactado de la siguiente manera: "El título de familia numerosa deberá renovarse o dejarse sin efecto cuando varíe el número de miembros de la unidad familiar o las condiciones que dieron motivo a la expedición del título y ello suponga un cambio de categoría o la pérdida de la condición de familia numerosa.

El título seguirá en vigor, aunque el número de hijos que cumplen las condiciones para formar parte del título sea inferior al establecido en el artículo 2, mientras al menos uno de ellos reúna las condiciones previstas en el artículo 3. No obstante, en estos casos la vigencia del título se entenderá exclusivamente respecto de los miembros de la unidad familiar que sigan cumpliendo las condiciones para formar parte del mismo y no será aplicable a los hijos que ya no las cumplen".

La exposición de motivos de la Ley 26/2015, reconocía que "la normativa actual condiciona la vigencia del título hasta que el número de hijos que cumplan los requisitos previstos sea el mínimo establecido. Esto supone que cuando los hermanos mayores van saliendo del título, por dejar de cumplir el requisito de edad, fundamentalmente, la familia puede perder el derecho al título si quedan menos de tres o dos hermanos que cumplan los requisitos, dándose la paradoja de que los hermanos menores que han generado para la familia el derecho al título luego no pueden disfrutar de estos beneficios. Teniendo en cuenta que, en un porcentaje elevadísimo, los títulos vigentes corresponden a familias numerosas con tres o dos hijos, el cumplimiento de la edad máxima por parte del mayor arrastra la pérdida del título y de todos los beneficios para toda la familia con bastante frecuencia. Por ello, esta reforma pretende acomodarse a la situación efectiva de las familias numerosas y evitar una situación de discriminación entre los hermanos".

2. Nuevo conflicto en la renovación del título de las familias numerosas de categoría especial.

Con esta modificación legislativa parecía que se terminaba la problemática de los títulos de familias numerosas, pero, desgraciadamente, la aplicación por la Comunidades Autónomas (CCAA) de la citada Ley, no fue por igual. Resultó entonces, un nuevo conflicto con la interpretación de la renovación del título. La mayoría de las CCAA entendieron que la misma debía realizarse pero que, cuando el número de hijos que formaban parte de la familia numerosa se reducía a tres, para el caso de familias de categoría especial, perdían dicha categoría y se

renovaban con categoría general. Por lo que volvía a surgir una nueva discriminación debido a que los beneficios de las familias numerosas de categoría general son menores que los de la especial.

Antes este nuevo escenario, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Sevilla dictó sentencia el 6 de junio de 2016, en la que estimó el recurso interpuesto contra la resolución de 10 de diciembre de 2015 de la Consejera de Igualdad y Políticas Sociales, que había desestimado el recurso de alzada frente a la resolución de la Delegación Territorial de Sevilla de 20 de octubre de 2015, relativa a la renovación de un título de familia numerosa. Esta resolución acogió la solicitud de renovación del título, pero lo calificó de "categoría general", siendo así que antes lo era de "categoría especial" al estar la unidad familiar compuesta por los cónyuges y cuatro hijos, uno de ellos, el menor, con un grado de discapacidad superior al 33%. El litigio surgió al superar el mayor la edad de 25 años y perder así su condición de beneficiario. Y la cuestión jurídica a resolver era si ante esta circunstancia debe conservarse no sólo el título sino también esa categoría anterior.

La sentencia estimatoria de aquel Juzgado razonó que el art. 6 LFN "es aplicable tanto a las familias numerosas generales como especiales" porque cuando expresa que "el título seguirá en vigor" se refiere al inicialmente otorgado, que en el caso que nos ocupa era de la categoría especial. Esta sentencia fue recurrida por la CCAA ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestimó el recurso sobre la base de la siguiente fundamentación: "cuando el artículo 6 se refiere después de la reforma legal a la vigencia del 'título' aunque el número de hijos que cumplen las condiciones para formar parte del mismo sea inferior al establecido en el artículo 2, relativo al concepto de familia numerosa, mientras al menos uno de ellos reúna las condiciones previstas en el artículo 3 relativas, entre otras, a la edad y estado civil de los hijos, dicha vigencia, nos inclinamos a considerar, no implica sólo el mantenimiento de la condición de familia numerosa sino también el de la categoría hasta entonces acreditada dado que el título se refiere tanto a la condición como a la categoría de la familia numerosa. En efecto, por más que se haya modificado sólo el art. 6 de la Ley por la reforma de 2015, no se puede pasar por alto que el título oficial incorpora, a la luz de su regulación legal, la condición y la categoría de la familia numerosa, especial o general, de la que derivan mayores (especial) o menores beneficios (general) para la unidad familiar, beneficios que son, en definitiva, los 'efectos del título oficial de familia numerosa' a que se refiere el Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, cuyo mantenimiento se trata de garantizar para los demás componentes de la familia. Esto es lo que en definitiva impetra el recurrente: el mantenimiento de los mismos 'efectos del título oficial de familia numerosa' que ostentaba.

De otra manera, el cumplimiento de la edad máxima por parte del mayor de sus hijos, aunque no haya arrastrado al caso presente la pérdida de la 'condición'

de familia numerosa, sí arrastraría la pérdida del título de familia numerosa de categoría especial, esto es, de los beneficios mayores que se derivan de esta categoría que está incorporada al título oficial, y con tal pérdida se produce una situación de discriminación con respecto a los hermanos menores que generaron para la familia el derecho a ese título de familia numerosa de categoría especial, discriminación esta que con la reforma expresamente se ha pretendido evitar. También se leía en el mismo Preámbulo que 'esta reforma pretende acomodarse a la situación efectiva de las familias numerosas', y es de convenir que la interpretación ofrecida en la sentencia de instancia sobre el alcance de la reforma y su aplicación a la situación familiar del recurrente, no se aparta de esa pretensión del legislador".

3. Posición definitiva y doctrina del TS.

No estando conforme con la citada sentencia, la Administración de la Comunidad Autónomo de Andalucía interpuso recuro de casación ante el Tribunal Supremo (TS). El máximo órgano de nuestra jurisdicción, en su Sentencia 409/2019, de fecha 25 de marzo de 2019, número de recurso 286/2016, desestimó el recuro con el fundamento jurídico siguiente: "es así, en definitiva, porque la discriminación entre los hermanos, minorada desde luego si el título sigue en vigor mientras al menos uno de ellos reúna las condiciones requeridas en el art. 3 de la Ley 40/2003 , se evita en mayor medida, incluso con plenitud, si todos los hermanos que contribuyeron a la obtención para la familia de la 'categoría especial' siguen disfrutando en ella de los mismos beneficios que disfrutó el primero de ellos.

La expresión 'el título seguirá en vigor' con que se inicia el párrafo añadido al art. 6 por la reforma de 2015, permite, al igual que entendieron aquellas sentencias, considerar que el título a que se refiere, esto es, el que sigue en vigor, es precisamente el ostentado antes de acaecer la circunstancia que dio lugar al litigio".

Por todo ello, el TS establece como doctrina lo siguiente: "el párrafo segundo del art. 6 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, añadido por la Disposición final quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, que 'Modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia', debe interpretarse en el sentido de que el Título de Familia Numerosa en la circunstancia a que se refiere ese párrafo sigue en vigor no sólo en su existencia sino, además, en la categoría que antes ostentara". Es decir, la familia numerosa especial, disfrutará de dicha categoría mientras al menos uno de los hijos reúna las condiciones previstas en el art. 3 LFN. No obstante, y como dice el segundo párrafo del art. 6 LFN, en estos casos la vigencia del título se entenderá exclusivamente respecto de los miembros de la unidad familiar que sigan cumpliendo las condiciones para formar parte del mismo y no será aplicable a los hijos que ya no las cumplen.

Con esta doctrina, el TS ha despejado la duda sobre la interpretación del artículo modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dejando claro a las Administraciones Autonómicas el deber de renovar el título de familia numerosa en la categoría que se disfrutaba antes de abandonar algún hijo dicha unidad familiar.

4. Posible aplicación de la retroactiva de la doctrina del TS.

Por último, sólo restaría abordar la posible aplicación retroactiva de la modificación operada en el art. 6 LFN y plantear la renovación del título de familia numerosa a familias que hubieran perdido dicha condición antes de 2015. Es decir, familias que antes del año de la reforma, y por la exclusión de algún hijo, hubieran perdido dicha condición, una vez entrada en vigor la modificación legislativa, podrían recuperar de nuevo el título y disfrutar de los beneficios fiscales mientras al menos uno de ellos cumpla los requisitos del art. 3 LFN.

Este supuesto ha sido planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Castilla y León, y en su Sentencia 479/2109, de fecha 1 de abril de 2019, número de recurso 425/2018, ha resuelto que: "la dimensión constitucional de la protección a la familia y los hijos, el principio de no discriminación entre los hermanos, la realidad social existente y el espíritu y finalidad de la Ley con la que se introdujo la reforma del art. 6.2 de la 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, conducen a la interpretación fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia citada y con ello, a la revocación de la sentencia de instancia, la estimación del recurso contencioso-administrativo, la anulación de las resoluciones recurridas y a reconocer el derecho de los apelantes a la renovación de título de familia numerosa nº 37/2023/00, en los términos fijados en el art. 6.2 de la Ley 40/2003, con efectos desde la fecha de su solicitud".

Cierto es que esta sentencia no da más explicación que la ya apuntada por el TS en la sentencia analizada en el punto 5, pero también es cierto que resulta de la lógica jurídica contenida dicha resolución. Haber resuelto en sentido contrario hubiera dejado a los hijos menores de la familia en la situación de discriminación que el Legislador de 2015 quiso evitar ante la parquedad del art. 6, en su redacción originaria.

Por todo ello, podemos concluir que, toda que fue familia numerosa que aun tenga algún hijo que cumpla con los requisitos el art. 3 LFN, tiene el derecho a la renovación del título de familia numerosa. Además, en coherencia con los razonamientos jurídicos de las sentencias analizadas, entendemos que procederá la renovación del título en la categoría que tubo antes de la reforma de 2015, es decir, especial o general.

VI. LA FISCALIDAD EN EL IRPF DE LA FAMILIA Y PAREJA DE HECHO CON MENORES A CARGO.

1. La declaración individual o conjunta en el IRPF.

En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) existen dos modalidades de tributación, por una parte, la individual y, por otro, la opción por la tributación conjunta (art. 83 LIRPF).

Con carácter general, la declaración la declaración del IRPF se presenta de forma individual. No obstante, las personas integradas en una unidad familiar, en los términos anteriormente comentados, pueden optar, si así lo desean, por declarar de forma conjunta, siempre que todos sus miembros sean contribuyentes por este impuesto. En las parejas de hecho sin vínculo matrimonial sólo uno de sus miembros (padre o madre) puede formar unidad familiar con los hijos que reúnan los requisitos anteriormente comentados y, en consecuencia, optar por la tributación conjunta. El otro miembro de la pareja debe declarar de forma individual[7].

2. La deducción por familia numerosa.

El art. 81.bis de la LIRPF establece que los contribuyentes que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad podrán minorar la cuota diferencial del impuesto una deducción por ser un ascendiente, o un hermano huérfano de padre y madre, que forme parte de una familia numerosa conforme a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, o por ser un ascendiente separado legalmente, o sin vínculo matrimonial, con dos hijos sin derecho a percibir anualidades por alimentos y por los que tenga derecho a la totalidad del mínimo por descendiente[8], hasta 1.200 euros anuales. En caso de familias numerosas de categoría especial, esta deducción se incrementará en un 100 por ciento.

La cuantía de la deducción a que se refiere el párrafo anterior se incrementará hasta en 600 euros anuales por cada uno de los hijos que formen parte de la familia numerosa que exceda del número mínimo de hijos exigido para que dicha familia haya adquirido la condición de familia numerosa de categoría general o especial, según corresponda.

7 Ministerio de Hacienda y Función Pública, *Manual Práctico IRPF*, 2018, p. 66. Consulta vinculante número 1811/14, de 9 de julio de 2014.

8 El mínimo por descendiente está previsto en el artículo 58 LIRPF y establece que descendientes serán los menores de veinticinco años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros.

En este sentido, la deducción por familia numerosa no tendrá inconveniente en ser aplicada por los miembros de un matrimonio así como de las parejas de hecho cuando les resulte de aplicación la ley de protección de las mismas[9].

3. El mínimo por descendiente.

Por lo que respecta a la reducción por descendientes, el art. 58 LIRPF establece que, por cada menor de veinticinco años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, se tendrá derecho a 2.400 euros anuales por el primero, 2.700 euros anuales por el segundo, 4.000 euros anuales por el tercero y 4.500 euros anuales por el cuarto y siguientes. Cuando el descendiente sea menor de tres años, el mínimo se aumentará en 2.244 euros anuales.

A estos efectos, se asimilarán a los descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento, en los términos previstos en la legislación civil aplicable.

El art. 61 LIRPF que regula la aplicación del mínimo familiar señala que cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a la aplicación del mínimo por descendientes, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales. No obstante, la aplicación del mínimo por descendientes no procederá cuando los descendientes que generen el derecho a los mismos presenten declaración por este impuesto con rentas superiores a 1.800 euros.

Por ello, el mínimo por descendiente se distribuiría entre los padres con los que conviva la descendiente por partes iguales. Si uno de los padres tributa conjuntamente con el hijo o hija, dicho progenitor aplicaría íntegramente el mínimo por descendientes correspondiente a esa hija, y el otro progenitor no tiene derecho al mínimo al presentar la hija declaración, siempre que esta última tengan rentas superiores a 1.800 euros[10].

VII. LA FISCALIDAD DE LAS CRISIS FAMILIARES.

Antes de abordar la problemática tributaria planteada conviene, para una mejor comprensión de los mecanismos que establece la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (IRPF), una introducción sobre la función del

9 Esto ha llevado a reclamar por parte de la doctrina la comparación entre matrimonio y uniones de hecho (Espín, E.: "Los derechos de la esfera personal", en AA.VV.: *Derecho Constitucional* (coord. Lopez Guerra), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 224).

10 Consulta vinculante número 1811/14, de 9 de julio de 2014.

Derecho Financiero y Tributario. Con dicha aproximación podremos entender y comprender mejor la decisión del legislador tributario cuando establece las consecuencias fiscales derivadas de los acuerdos del convenio regulador.

Según el profesor Sainz de Bujanda el Derecho Financiero es aquella "disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas que regulan los recursos económicos que el Estado y los demás entes públicos pueden emplear para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurídico de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y los pagos que se destinan al cumplimiento de los servicios públicos"[11].

Estos recursos públicos vendrán establecidos en virtud del marco constitucional que recoge el art. 31.1 de nuestra Carta Magna el cual fija que: todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. Por tanto, el legislador deberá busca y gravar la capacidad económica allí donde la misma se encuentre (hecho, acto o negocio jurídico). Por ejemplo, el sustrato sobre el que se establece el gravamen puede venir de cualquier norma sustantiva que regule una institución jurídica como la compra-venta (IVA o TPO), sucesión o donación (ISD) o el establecimiento de una hipoteca (AJD). Evitando siempre un sistema que conllevara la confiscación por la vía impositiva.

Así pues, partiendo del imperativo constitucional de que todos deben contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de conformidad a su capacidad económica, seguidamente se analizará el tratamiento fiscal de la pensión por alimentos, la pensión compensatoria y otras cargas que pudieran pactarse desde la posición del cónyuge que la abona y desde la situación del que la recibe. Asimismo, veremos las consecuencias tributarias en el caso de la modificación de las mismas a lo largo del tiempo en aplicación del art. 99 CC establecerá que "en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero".

1. El convenio regulador del art. 90 CC.

Conviene comenzar este estudio haciendo mención al convenio regulador. Este instrumento es el que recogerá los acuerdos y, por lo tanto, las obligaciones y derechos que surjan como consecuencia de la separación o divorcio de los

11 Sainz de Bujanda, F.: "Estado de Derecho y Hacienda Pública", *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, pp. 193-194.

cónyuges. Por dicho motivo, lo primero que nos proponemos es conocer su previsión legal y el contenido del mismo.

El art. 90 CC establece que el convenio regulador deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

f) La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Este instrumento se configura, así como el documento que recoge los pactos derivados de la separación o divorcio entre los cónyuges. Estos acuerdos, presentados ante el órgano judicial, serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Acordadas las medidas por el Juez en defecto de acuerdo o si hubiera convenio regulador, se podrán modificar judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Por ello se hace necesario el estudio no sólo del establecimiento de las medidas derivadas de la separación o divorcio sino también sus posibles modificaciones.

2. La pensión por alimentos del art. 93 CC.

Dentro de las medidas necesarias a acordar en el convenio regulador está la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso[12].

12 La importancia de esta pensión y su cuantificación ha llevado al Consejo General de Poder Judicial a publicar una web donde se puede calcular la citada pensión: http://pensionesaa.poderjudicial.es/pensionesaa/

El art. 90 CC menciona la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos. Y es el art. 93 del mismo texto legal el que concreta que: el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Con ello, el legislador, quiere establecer la garantía y distribución de las cargas de los cónyuges por el concepto de alimentos después de la situación de crisis. Dando siempre la protección debida a los hijos fruto de la relación que se separa o disuelve.

Esta pensión, junto con la prevista para el cónyuge, encuentra su regulación fiscal en el art. 55 LIRPF que determina que: las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible.

Sobre la tributación de este abono y cobro como consecuencia de la pensión por alimentos, la Dirección General de Tributos, en su Consulta vinculante V2043-17, de fecha 27 de julio de 2017, respondía a la aplicación de algún beneficio fiscal en la declaración del IRPF del ejercicio 2016, afirmado que: respecto a las anualidades por alimentos fijadas a favor de los hijos no podrán reducir la base imponible general, según lo establecido en el art. 55 LIRPF. Ahora bien, debe recordarse que las citadas anualidades por alimentos (a diferencia de las pensiones compensatorias) están exentas de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las personas Físicas de su perceptor.

No obstante lo anterior, desde la perspectiva del pagador, sí se tiene en cuenta las anualidades satisfechas para calcular la cuota íntegra estatal y autonómica del Impuesto. En concreto, el art. 64 LIRPF establece que:

"Artículo 64. Especialidades aplicables en los supuestos de anualidades por alimentos a favor de los hijos.

Los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial sin derecho a la aplicación por estos últimos del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta Ley, cuando el importe de aquéllas sea inferior a la base liquidable general, aplicarán la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta Ley separadamente al importe de las anualidades por alimentos y al resto de la base liquidable general. La cuantía total resultante se minorará en el importe derivado de aplicar la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta Ley, a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar incrementado en

1.980 euros anuales, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de tal minoración."

En el mismo sentido se manifiesta el art. 75 LIRPF para el cálculo de la cuota íntegra autonómica.

En consecuencia, partiendo de la premisa de que el consultante no puede aplicarse el mínimo por descendientes por su hija previsto en el art. 58 de la Ley del Impuesto, al consultante le será de aplicación el citado régimen de anualidades por alimentos, dado que está satisfaciendo a su hija una pensión alimenticia fijada en escritura de divorcio, debiendo en este caso rellenar la casilla 481 "importe de las anualidades por alimentos en favor de los hijos satisfechas por decisión judicial" que figura en el apartado M "datos adicionales" de la página 14 del modelo (D-100) de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2016, aprobado por la Orden HFP/255/2017, de 21 de marzo (BOE de 23 de marzo), para que se tengan en cuenta dicho importe a la hora de proceder al cálculo del Impuesto.

Por otra parte, la Consulta vinculante V2185-07, de 16 de octubre de 2007, respondía al siguiente planteamiento: el consultante abona mensualmente a cada uno de sus dos hijos 2.334€ en concepto de pensión por alimentos fijada judicialmente. Su cónyuge, además de ser madre de estos dos hijos comunes, es madre de otro hijo habido en un matrimonio anterior. El consultante, sin que exista ninguna obligación al respecto decide dar, a este otro hijo de su cónyuge, a modo de liberalidad otros 2.334€ mensuales "en concepto de pensión por alimentos".

En la respuesta de la DGT acerca del trabamiento de los tipos de pagos hacía una diferenciación. En primer lugar, respecto de las anualidades por alimentos que el consultante satisface a sus dos hijos por decisión judicial, estas cantidades son percibidas por los hijos no por el "animus donandi" de su padre, sino como consecuencia de la existencia de una obligación legal derivada de sentencia judicial.

Por tanto, para los hijos las cantidades percibidas quedarán sujetas al Impuesto sobre la Renta de las personas Físicas y no al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Estas cantidades constituirán para sus perceptores –los hijos- rendimientos del trabajo de conformidad con lo establecido en la letra f del apartado 2 del art. 17 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, (B.O.E. de 29 de noviembre) –en adelante LIRPF- si bien, estarán exentos en virtud de la letra k) del art. 7 de la citada Ley.

Por su parte, el consultante no podrá reducir su base imponible por las cantidades satisfechas, en virtud del art. 55, pues se trata de anualidades por alimentos a favor de sus hijos satisfechas por decisión judicial. No obstante, aplicará las escalas general y autonómica del Impuesto de manera separada al importe de las anualidades por alimentos y al resto de su base liquidable general en los términos establecidos en los arts. 64 y 75 LIRPF.

En segundo lugar, respecto de las cantidades satisfechas a modo de liberalidad al hijo de su cónyuge, estas cantidades se satisfacen por el "animus donandi" del consultante, no existiendo obligación legal de satisfacerlas. Por tanto, para su perceptor -el hijo de su cónyuge- las rentas percibidas no quedan sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de conformidad con el apartado 4 del art. 6 LIRPF, sin perjuicio de la tributación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Por su parte, el consultante no podrá computar ninguna pérdida patrimonial por los importes satisfechos, de conformidad con la letra c) del apartado 5 del art. 33 LIRPF, al satisfacerse a modo de liberalidad. Tampoco podrá reducir su base imponible al no satisfacerse una anualidad por alimentos por decisión judicial, ni podrá aplicar separadamente las escalas pues no satisface una anualidad por alimentos a su hijo.

En relación al pago de la pensión por alimentos que realiza el contribuyente a sus hijos, esta previsión tiene su reflejo fiscal en el art. 64 y 75 LIRPF que permitirá considerar estos gastos. A este respecto, resulta muy interesante la reciente sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de enero de 2017 (rec. 498/2015) en la que, el recurrente, en su demanda solicita la anulación de las resoluciones impugnadas y que la AEAT gire nuevas liquidaciones admitiendo la anualidad por alimentos a favor de los hijos del recurrente consignadas en las declaraciones de IRPF de 2010 y 2011. A tal fin manifiesta que en el convenio regulador de separación, ratificado mediante sentencia de 6 de noviembre de 2006, las partes acuerdan que los gastos extraordinarios serán asumidos por mitades por ambos progenitores, comprometiéndose cada uno de ellos al abono de una cantidad mensual de 350,00 euros que debe depositarse en una cuenta común abierta a tal efecto, considerando que dichas cantidades pueden enmarcarse en el concepto de "anualidades por alimentos a favor de los hijos", entendiendo como "alimentos" en sentido amplio y legal del término del art. 142 CC todos los gastos que se satisfacen a los hijos, salvo los atinentes a la manutención, que cada progenitor abona en su caso, al tener la custodia compartida.

El Tribunal hace referencia a que "la mención a las anualidades por alimentos constituye un concepto jurídico que se ha de interpretar atendiendo al tenor literal del convenio aprobado en sentencia de separación y al sentido que las

partes quisieron atribuir a sus cláusulas", y da la razón al contribuyente al sostener que "los alimentos comprenden todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Así pues, no podemos entender una equiparación entre la anualidad por alimentos a los hijos que menciona el art. 75 ya citado, y los destinados estrictamente al sustento de los hijos, toda vez que aquel concepto engloba los gastos médicos, de transporte, vestuario, material escolar o deportivo, y cualesquiera otros gastos indispensables para atender al sostenimiento y educación de los descendientes, salvedad hecha de su manutención o sustento, pues al hallarse la custodia compartida, lógicamente han de sufragarse por el progenitor con quién convivan, como así prevé el propio convenio aprobado judicialmente.

En consecuencia, procede estimar el recurso que nos ocupa y anular las resoluciones impugnadas, debiéndose admitir la pretensión recurrente en relación a la anualidad por alimentos a favor de los hijos".

3. La pensión compensatoria del art. 97 CC.

La pensión compensatoria está recogida en el art. 97 CC que establece que: "el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia".

De esta relación jurídica de índole privado surgirá una obligación de dar para una parte y un derecho a recibir de la otra[13]. La tributación de las consecuencias derivadas del establecimiento y modificación del régimen de la pensión compensatoria está en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). A tal efecto debemos analizar separadamente la situación del cónyuge que abone la pensión del que la reciba:

Para el que recibe la pensión, el art. 17.2.f) LIRPF califica esta renta como rendimiento del trabajo: "las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge". Claramente es una ficción jurídica pero el legislador ha decidido incluirlas en dicho concepto.

No obstante, el art. 61.3.A.2º del reglamento del IRPF establecerá que: no tendrán que declarar, los contribuyentes que obtengan rentas procedentes

13 Clemente Meoro, M.: "Efectos de la Sentencia de nulidad, separación y divorcio", en AA.VV.: *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 192.

exclusivamente 12.000 euros anuales, cuando se perciban por pensión compensatoria.

Para el que abona la pensión, en este caso nos encontraremos con una reducción de la base imponible. El art. 55 LIRPF determinará que: "las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible".

Ello tiene razón de ser dado que, además de no disponer de dicha renta, el legislador ha decidido que tribute el cónyuge que recibe la compensación, por lo que el que la abona debe eliminarla de su base imponible. De no ser así, se estaría tributando dos veces por lo mismo; el cónyuge que recibe la pensión y el que la paga. Todo lo cual daría con un enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria, el cual está prohibido por el ordenamiento jurídico.

Analizar supuestos de la DGT en respuesta a consultas tributarias:

Consulta vinculante: V2192-09.

Supuesto en el que se plantea sobre la pensión compensatoria a favor de la consultante:

- Consideración fiscal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del pago de la pensión compensatoria.

- Límites de la obligación de declarar.

1º) Para el perceptor de la pensión compensatoria, el art. 17.2 f) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre), en adelante LIRPF, califica como rendimientos del trabajo "las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge y las anualidades por alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley".

Desde la perspectiva del pagador, el art. 55 LIRPF establece que "las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible." En consecuencia, y de conformidad con lo establecido en el art. 50 de la citada Ley, las cantidades satisfechas reducirán la base imponible general y, en su caso, la base imponible del

ahorro del consultante dando lugar a las bases liquidables general y del ahorro sin que estas puedan resultar negativas como consecuencia de esta minoración.

En consecuencia, no cabe considerar una doble imposición como se hace en el escrito de consulta pues como se acaba de señalar, la tributación de cantidades como rendimientos del trabajo se compensa con la reducción en los supuestos de pagos de pensiones compensatorias[14].

2º) Por otro lado, la obligación de declarar y, en su caso, tributar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se recoge en el art. 96 de la Ley del Impuesto.

Según este precepto, no tendrán que declarar los contribuyentes que obtengan rentas procedentes, exclusivamente, de las siguientes fuentes, en tributación individual o conjunta:

a) Rendimientos íntegros del trabajo, con el límite de 22.000 euros anuales.

b) Rendimientos íntegros del capital mobiliario y ganancias patrimoniales sometidos a retención o ingreso a cuenta, con el límite conjunto de 1.600 euros anuales.

c) Rentas inmobiliarias imputadas en virtud del art. 85 de esta ley, rendimientos íntegros del capital mobiliario no sujetos a retención derivados de letras del Tesoro y subvenciones para la adquisición de viviendas de protección oficial o de precio tasado, con el límite conjunto de 1.000 euros anuales.

En ningún caso tendrán que declarar los contribuyentes que obtengan exclusivamente rendimientos íntegros del trabajo, de capital o de actividades económicas, así como ganancias patrimoniales, con el límite conjunto de 1.000 euros anuales y pérdidas patrimoniales en cuantía inferior a 500 euros.

El límite establecido en la letra a) anterior será de 11.200 euros[15] para los contribuyentes que perciban rendimientos íntegros del trabajo en los siguientes supuestos:

a) Cuando procedan de más de un pagador. No obstante, el límite será de 22.000 euros anuales en los siguientes supuestos:

14 Hernández Guijarro, F.: "La tributación de la pensión compensatoria como consecuencia de la separación o divorcio en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 (2), 2016.

15 Este límite será de 12.000 desde la reforma del reglamento operada por virtud del Real Decreto 633/2015, de 10 de julio.

1.º Si la suma de las cantidades percibidas del segundo y restantes pagadores, por orden de cuantía, no supera en su conjunto la cantidad de 1.500 euros anuales.

2.º Cuando se trate de contribuyentes cuyos únicos rendimientos del trabajo consistan en las prestaciones pasivas a que se refiere el art. 17.2.a) de la Ley del Impuesto y la determinación del tipo de retención aplicable se hubiera realizado de acuerdo con el procedimiento especial que reglamentariamente se establezca.

b) Cuando se perciban pensiones compensatorias del cónyuge o anualidades por alimentos diferentes de las previstas en el art. 7 LIRPF.

c) Cuando el pagador de los rendimientos del trabajo no esté obligado a retener de acuerdo con lo previsto reglamentariamente.

d) Cuando se perciban rendimientos íntegros del trabajo sujetos a tipo fijo de retención.

En consecuencia, al percibir una pensión compensatoria estará obligada a presentar declaración por este Impuesto, entre otros supuestos, cuando el importe total de los rendimientos íntegros del trabajo (incluyendo la citada pensión compensatoria) sea superior a 12.000 euros anuales.

Consulta número: 1057-04 (en idéntico sentido V1546-05):

Supuesto en el que se plantea la sustitución una pensión compensatoria por un pago único o un seguro de renta vitalicia de prima única:

Dicha situación está previsto en el art. 99 CC. Por ello, la aplicación de esta reducción en el caso consultado, en sus dos variantes –contratación de un seguro de renta vitalicia o satisfacción de un pago único-, operaría en el período impositivo en que se satisficiera la prima única o el pago único, debiendo tenerse en cuenta en su aplicación lo dispuesto en el art. 50: "la base liquidable general estará constituida por el resultado de practicar en la base imponible general, exclusivamente y por este orden, las reducciones a que se refieren los art.s 51, 53, 54, 55 y disposición adicional undécima de esta Ley, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de dichas disminuciones".

Si la base liquidable general resultase negativa, su importe podrá ser compensado con los de las bases liquidables generales positivas que se obtengan en los cuatro años siguientes.

Respecto a la tributación del excónyuge, ambos supuestos (contrato de seguro de renta vitalicia o pago único) comportan para aquel la obtención de rendimientos del trabajo (por el importe de la prima, en el primer caso, o por el capital recibido,

en el segundo caso), tal como resulta de lo dispuesto en el art. 17.2.f) de la Ley del Impuesto, que otorga tal calificación a "las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge". A su vez, en aplicación del art. 17.2.a) de la misma Ley y del art. 12 del Reglamento del Impuesto (aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo) operaría la reducción del 30 por 100, al tratarse de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo.

4. Pago del alquiler o préstamo hipotecario de la vivienda del cónyuge e hijos.

Por último, y tras analizar las pensiones por alimentos y compensatorias, vamos a analizar otro tipo de concepto que pueden quedar previstos en el convenio regulador tal y como prevé el art. 90 CC[16].

Consulta número: 0332-01:

Supuesto en el que, además de pensión compensatoria, el cónyuge abona el importe del arrendamiento de la vivienda familiar cuyo uso corresponde a su exesposa y a sus hijos:

No cabe entenderlas comprendidas en los conceptos de pensión compensatoria ni anualidades por alimentos a favor de la esposa, a los que se refiere el art. 46.2 de la Ley del Impuesto. En consecuencia, las cantidades satisfechas por el consultante por el arrendamiento de la vivienda familiar, cuyo uso corresponde a su ex-esposa y a sus hijos, no dan derecho a reducir la parte general de la base imponible.

Consulta número 0359-00

Supuesto por virtud del cual el consultante debe abonar cantidades por los siguientes conceptos: Pensión alimenticia a los hijos del matrimonio; contribución al levantamiento de las cargas familiares, y debe abonar el 50 por 100 del préstamo hipotecario que grava la vivienda habitual del matrimonio separado; y el 50 por 100 del préstamo hipotecario que grava la vivienda habitual cuyo uso corresponde a su mujer e hijos.

Sobre esta cuestión, la DGT respondía afirmando que las cargas del matrimonio tienen diferente naturaleza y fundamento jurídico que la pensión compensatoria, y pueden considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en el Código Civil con referencia a las responsabilidades

16 En este apartado especial referencia tiene el uso de la vivienda. En este supuesto, ver: De Verda y Beamonte, J. R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2), 2015. Y en ausencia de hijos, ver: Chaparro Matamoros, P.: "Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017.

de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362 y 1438). La pensión compensatoria no es una carga familiar, pues obedece a evitar el desequilibrio económico que la separación o divorcio pueden producir a los cónyuges.

Tampoco es posible equiparar la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio con la deuda alimenticia a favor del cónyuge, que si daría derecho a reducir la base imponible, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo: "aunque en situaciones de normalidad en el desarrollo del matrimonio (…) la deuda alimenticia o de socorro material entre ambos queda comprendida por la más amplia de contribuir a las cargas del matrimonio con arreglo a los art. 1318, 1362 y 1438, cuando ha sido rota la unidad de vida por mutua conformidad entrará en liza el artículo 143" (Sentencia de 25 de noviembre de 1985).

En el caso consultado las cantidades que el consultante abona a su esposa para el "levantamiento de las cargas familiares" no dan derecho a reducir la parte general de la base imponible, pues no cabe entenderlas comprendidas en los conceptos de pensión compensatoria o anualidades por alimentos a favor de la esposa. Por lo que se refiere a las pensiones alimenticias a favor de los hijos, tampoco dan derecho a reducir la parte general de la base imponible, dado que las mismas, siempre y cuando estén fijadas por decisión judicial, están exentas del Impuesto (art. 9.uno.k) de la Ley 18/1991 y art. 7.k) de la Ley 40/1998).

Finalmente, el tratamiento de las cantidades del préstamo hipotecario que grava la vivienda habitual, cuyo uso corresponde a la mujer e hijos del consultante, y que son satisfechas por éste deriva de la incidencia fiscal que el derecho de uso sobre la vivienda familiar tiene en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El derecho del uso de la vivienda familiar que el art. 96 CC atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, posee una naturaleza jurídica no definida expresamente por el Código Civil y controvertida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, mientras la Sentencia de 18 de octubre de 1994 lo configura como un «derecho real familiar de eficacia total» (Fundamento de Derecho Segundo), la de 29 de abril de 1994 contempla la posibilidad de que carezca del carácter de derecho real, cuando afirma en su Fundamento de Derecho Cuarto: "El derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges (...) todo ello, sin perjuicio de que el propietario del inmueble o incluso el Juez, puedan constituir un auténtico derecho real de uso". Por otro lado, la Sentencia de 11 de diciembre de 1992 lo califica,

en su Fundamento de Derecho Segundo, como "una carga que pesa sobre el inmueble".

No obstante la actual indefinición sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar previsto en el art. 96 CC, a juicio de la DGT cabe afirmar que, dados los términos en que se pronuncia el art. 34 de la Ley del Impuesto, es difícil pensar que en el espíritu de la ley se residencie la voluntad de someter a tributación la situación planteada, por tanto, en el caso consultado la aplicación de lo dispuesto en dicho precepto no afectará al consultante.

Asimismo, a partir del 1 de enero de 1999, tampoco procederá la imputación de una renta inmobiliaria en los términos señalados en el art. 71 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (BOE del 10).

La conclusión anterior, la no existencia de un rendimiento de capital inmobiliario por la vivienda habitada por el cónyuge separado legalmente, determina que, en aplicación de lo dispuesto por la letra B) del art. 35 de la Ley 18/1991, el consultante no pueda deducir las cuotas y recargos devengados por el Impuesto -municipal- sobre Bienes Inmuebles, ni los intereses del préstamo hipotecario por él satisfechos. Del mismo modo, tampoco darán derecho a deducción en la cuota por inversión en vivienda habitual, las cantidades satisfechas por el consultante.

BIBLIOGRAFÍA

Ballesteros, J., Fernádez, E. y Garibo, A.P.: *Derecho Humanos*, PUV, Valencia, 2007.

Chaparro Matamoros, P.: "Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, 2017.

Clemente Meoro, M.: "Efectos de la Sentencia de nulidad, separación y divorcio", en AAVV: *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2), 2015.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesione*s, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1986.

Espín, E.: "Los derechos de la esfera personal", en AAVV: *Derecho Constitucional* (coord. L. López Guerra), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Hernández Guijarro, F.: "La tributación de la pensión compensatoria como consecuencia de la separación o divorcio en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 (2), 2016.

Martín Queralt, J.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2000.

Ministerio de Hacienda y Función Pública, *Manual Práctico IRPF*, 2018.

Ortega Giménez, A.: "Políticas Públicas y FN", en AAVV: *Libro Blanco de la Familia Numerosa de la Comunitat Valencia*: Editorial Club Universitario, Alicante, 2010.

Sainz de Bujanda, F.: "Estado de Derecho y Hacienda Pública", *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951.

RECENSIONES

ARRÉBOLA BLANCO, A.: ***La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes***, Reus, Madrid, 2019, 547 pp. (ISBN 978-84-290-2163-9)

La compensación que se reconoce por el trabajo realizado durante el régimen de separación de bienes en el seno doméstico constituye el objeto de estudio de la presente monografía del Prof. Adrián Arrébola Blanco. Presentada, en principio, como memoria de la tesis con la que obtuvo el doctorado durante el pasado curso académico, se trata de una obra concienzuda y fruto de cuatro largos años de incansable esfuerzo por parte de su autor. Basta con apreciar,

• **José Ramón de Verda y Beamonte**
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: j.ramon.de-verda@uv.es

de hecho, cómo se consideran a lo largo de sus páginas las mil cuatrocientas referencias que aproximadamente aparecen relacionadas en la tabla bibliográfica y que acusan además una perfecta simetría entre autores nacionales y extranjeros en cuanto a la civilística se refiere; sin olvidar, por tanto, la notable presencia de destacados romanistas e historiadores del Derecho. No obstante, su eminente carácter teórico resulta en buena medida acompañado en el terreno de lo práctico por una exhaustiva documentación jurisprudencial que a día de hoy arrojaría con seguridad no menos de dos mil resultados en cualquiera de las bases de datos comúnmente empleadas para la investigación jurídica, como revela el conocimiento que demuestra el autor durante toda la obra mediante el manejo de las numerosas resoluciones judiciales que hasta la fecha han venido dictándose sobre el particular. Nos situamos, así, ante un volumen de casi seiscientas páginas cuyo índice resulta verdaderamente completo, además de novedoso, si se tiene en cuenta que se trata de la primera y única monografía existente en nuestro país respecto del último inciso del artículo 1438 del Código Civil.

En efecto, hasta su aparición, apenas encontrábamos alguna obra que lo trataba entre otras instituciones junto a los clásicos comentarios legales y jurisprudenciales que son por todos conocidos en la literatura jurídica española. No existían, siquiera, muchos de los artículos científicos y capítulos de obras colectivas que encontramos publicados en la actualidad sobre su mismo objeto de estudio cuando el autor, seis años atrás, tuvo presentar su plan de investigación en la Universidad Complutense de Madrid. Pese a todo, esta acusada escasez de fuentes documentales resulta solventemente superada a través del estudio de otras instituciones jurídicas equiparables y rescatadas no solo de nuestra propia tradición, sino también de la experiencia legislativa y jurisprudencial más o menos ajena a la misma tanto a nivel autonómico como internacional. Para alcanzar este objetivo, sin embargo, el autor se desplazó en dos ocasiones a nuestro país vecino con el propósito de recabar la información necesaria sobre ciertos ordenamientos jurídicos del entorno europeo y norteamericano que prevén soluciones afines a la compensación del trabajo doméstico, realizando, así, sendas estancias de investigación en el Centro de Investigação Jurídico-Económica de la Universidad de Oporto (CIJE) bajo la tutela de la Profa. Raquel Guimarães y, después, en el Centro de Direito da Família de la Universidad de Coímbra (CDF), a cargo del Prof. António Pinto Monteiro.

La obra se divide en dos partes metodológicamente diferenciadas en cuanto a los contenidos y a los fines perseguidos por el autor, como veremos a continuación:

La primera de ellas, *de lege lata*, se compone de un total de tres capítulos mediante los cuales trata de contextualizarse la realidad socio-jurídica que se esconde tras la compensación del trabajo doméstico. De este modo, frente a la

parquedad de los términos empleados por el legislador respecto de su régimen jurídico, el autor persigue aproximarse paulatinamente a los intereses particulares que quisieron proteger nuestros parlamentarios cuando decidieron diseñar e introducir este derecho en el régimen de separación de bienes con motivo de la ley de 13 de mayo de 1981. Ello conduce, aunque deliberadamente, a crear en el lector una noción anacrónica y un tanto desfasada de lo que actualmente debiera ser la compensación del trabajo doméstico en función de los cambios sociológicos y jurídicos que han venido produciéndose y materializándose tan significativamente en el ámbito familiar durante los cuarenta años que lleva vigente. Sin embargo, no es menos cierto que el régimen de separación de bienes ha permanecido en gran medida ajeno a esta evolución por cuanto el peso de que dispone la sociedad de gananciales en las costumbres españolas ha dificultado su proyección práctica hasta fechas recientes, incluido el recto entendimiento de este derecho. Ésta es precisamente la idea que el autor quiere transmitir a la comunidad científica a lo largo de las casi trescientas primeras páginas, como punto de partida para la propuesta que desarrollará posteriormente durante el resto de la obra mediante una segunda parte de la misma.

El capítulo primero, de cariz historiográfico, sirve de preludio a fin de revelar la realidad social a que se dirige la compensación del trabajo doméstico y acusar el riesgo que comporta el hecho de proceder a su interpretación en los tiempos que corren. Para ello, hay que partir, y así lo hace el autor, de la división sexual del trabajo que entre los antiguos romanos y los diferentes pueblos germánicos determinaron la evolución de sus relaciones económico-matrimoniales hasta convertirse en lo que hoy en día conocemos conceptualmente como regímenes de separación y de comunidad de bienes. Su detonante, en efecto, no reside sino en la adquisición y pérdida de capacidad por parte de las mujeres a lo largo de nuestra historia. Recuérdese, que, desde antiguo, se les presumía bajo una suerte de fragilidad o debilidad inseparable de su condición femenina que les impedía permanecer ajenas a cualquier clase de poder jurídico ejercido por el sexo masculino, incluido el de sus respectivos maridos. Ello hizo que fueran desarrollándose cada vez más instrumentos jurídicos con el fin de proteger económicamente a las mujeres a medida en que aumentaba la probabilidad de que su porvenir pudiera verse presumiblemente amenazado, no solo por enviudar, como hasta entonces estaba previsto, sino sobre todo en contextos de crisis matrimonial por la proliferación del divorcio. Este es el camino por el que nos conduce el autor mediante la exposición de las costumbres romano-germánicas que contribuyeron a la formación de nuestros regímenes económico-matrimoniales tal y como hoy en día los conocemos, en consideración a todas y cada una de las diferentes etapas por las que éstos atravesaron a lo largo de la historia hasta la más inmediata actualidad, pero con una profundidad que excede de lo común en una obra de estas características y que a mi juicio merece destacar en estas páginas.

Esta evolución de la que hablamos no presenta sin embargo alteraciones significativas hasta encontrarse con las voces y movimientos feministas que pugnaron por un nuevo paradigma respecto de las mujeres y, en particular, de las mujeres casadas, a finales del siglo XIX. Desde este momento comienzan a precipitarse una serie de reformas legislativas y modificaciones jurisprudenciales que suceden en cascada en todos los estados de nuestro entorno con el loable propósito de devolverles la capacidad de obrar de que se les había privado injustamente, y para ello, por supuesto, resultaba ineludible una reformulación de los regímenes económico-matrimoniales en tanto solían coincidir a la hora de investir al marido como administrador único y exclusivo de la economía doméstica por la sola celebración del matrimonio. El autor, en consecuencia, nos cuenta con todo lujo de detalles cómo y en qué sentido se produjeron tales alteraciones en todos los ordenamientos jurídicos que pudieran haber influido en alguna medida sobre las políticas legislativas que posteriormente serían adoptadas respecto del nuestro como son el alemán, el francés, el quebequés, el italiano, el belga, el portugués, el austríaco, el griego, el suizo, el estadounidense y el inglés y galés. De este modo, además de examinar el *modus operandi* de otras instituciones jurídicas que antaño sirvieron a los mismos fines que la compensación del trabajo doméstico y que todavía se encontraban vigentes al tiempo de publicarse la obra que aquí nos ocupa -véase, así, el caso de la dote y de las donaciones por razón de matrimonio, el de las arras, el del esponsalicio o *escreix* y de la firma de dote, el del *tantundem*, el del *aixovar* y del *cabalatge*, el de la asociación a compras y mejoras, el del acogimiento en los *milloraments*, el de la compañía familiar y el de la llamada "puesta a nombre"-, ofrece el autor una magnífica panorámica de las diversas alternativas adoptadas o simplemente valoradas en el extranjero acerca de la división sexual del trabajo y su posible corrección frente a la disolución del matrimonio.

El estudio histórico-comparativo realizado por el autor en este sentido le permite vislumbrar la existencia de tres posibles modelos de compensación por el trabajo invertido en el hogar durante un régimen de separación de bienes, y describirlos, en consecuencia, dentro de las categorías que él mismo procede a denominar como "modelo de participación en las ganancias", "modelo de restitución de un enriquecimiento injustificado" y "modelo de indemnización por daños y perjuicios" que serán constantemente recordadas a lo largo de toda la obra para no incurrir en explicaciones redundantes que dificulten el seguimiento de la exposición por parte del lector. Sin embargo, no solo se realiza una descripción teórica del propio modelo de que se trate, sino que la presentación de cada uno de ellos acusa una proyección mucho más práctica en cuanto avanza hacia el análisis de cuáles han sido o no adoptados concretamente por otros legisladores extranjeros y autonómicos para configurar sus respectivas compensaciones. Se trata, en definitiva, de uno de los epígrafes más importantes de toda la obra porque

solo en atención a estos tres modelos compensatorios será posible comprender adecuadamente el funcionamiento propio de cada una de las compensaciones que se prevén por trabajo doméstico en los regímenes autonómicos de separación de bienes, así como verter sugerencias que no adolezcan de ninguna clase de vicios en este sentido, con la trascendencia que todo ello lleva consigo en relación con la doctrina del Tribunal Supremo.

El capítulo segundo, en consecuencia, se adentra en el examen de cada una de estas compensaciones por trabajo doméstico que los legisladores autonómicos fueron introduciendo en sus regímenes de separación de bienes con posterioridad al nuestro, a partir de las competencias legislativas que algunos de ellos tienen constitucionalmente garantizadas sobre la materia. Sin embargo, el determinar quiénes son exactamente estos legisladores no ha constituido un aspecto de sencilla concreción durante los últimos diez o quince años en relación con el Derecho civil valenciano. Este es el motivo por el que no encontramos a lo largo de la obra más que alguna referencia concreta y justificada respecto de la compensación del trabajo para la casa que contemplaba la ley de régimen económico matrimonial valenciano desde su entrada en vigor hasta la declaración de inconstitucionalidad que actualmente pesa sobre ella, aunque me consta que hasta entonces se previó un epígrafe específico a este respecto, como su autor manifestó públicamente mediante una ponencia pronunciada sobre este mismo particular durante la Jornada "Cuestiones actuales del Derecho de familia" que se celebró durante el pasado mes de noviembre en la Universidad de Valencia. Por consiguiente, efectuada esta matización, el estudio que se emprende en adelante queda debidamente circunscrito a aquellas legislaciones autonómicas que regulan el de separación de bienes entre sus regímenes económico-matrimoniales y excluye, por tanto, el de la gallega y el de la vasca.

Los legisladores autonómicos que contemplan sendos regímenes de separación de bienes se reducen de este modo al navarro, al aragonés, al balear y al catalán. Este último, en particular, alberga un interés especial por cuanto se trata del que reconoce una regulación mucho más prolija a la compensación del trabajo doméstico dentro de su idiosincrático régimen de separación de bienes, como también lo es la del resto de instituciones jurídicas contempladas por el mismo en comparación con las de otras legislaciones autonómicas cuyos textos legales se advierten bastante más escuetos. Por este motivo representa a simple vista un auténtico desafío para quien desee adentrarse en su conocimiento, y un reto aún superior, incluso, cuando además quiera asumirse el riesgo de emitir cualquier juicio de valor sobre éste u otro particular. Sin embargo, todo ello lo afronta el autor, y lo afronta además con solvencia, según puede advertirse del esfuerzo invertido por su parte en un total de ciento sesenta y tres páginas que se traducen en casi un tercio de la obra dedicado en exclusiva al Derecho civil de Cataluña. Para llevar

a cabo esta empresa parte de la premisa consistente en que la compensación por razón de trabajo ha transformado el régimen catalán de separación de bienes en un sistema de participación en las ganancias, cuando media la dedicación a los hijos y al hogar[1]. Ello trae consigo la dificultad de que este régimen económico-matrimonial dispone de una jurisprudencia absolutamente insuficiente e incapaz por tanto de suministrar la información que en cada caso sea precisa para llevar este derecho a la práctica de nuestros jueces y tribunales, además del escaso interés que ha manifestado entre la doctrina. El autor, en cambio, supera este inconveniente mediante una exhaustiva documentación bibliográfica acerca del mismo que se suma a la estrictamente relacionada con el régimen catalán de separación de bienes junto con otra, complementaria, y accesoria, aunque no por ello menos notable, relativa a otros regímenes económico-matrimoniales y a la acción revocatoria o pauliana por fraude de acreedores. De este modo, como paso previo al esperado análisis de la jurisprudencia emitida sobre la compensación del trabajo doméstico que se prevé para el régimen estatal de separación de bienes, culmina el estudio de todas las legislaciones autonómicas que suscitan interés a este respecto y en las que se apoya además la unificación de doctrina practicada por el Tribunal Supremo.

El capítulo tercero, de cierre, respecto de esta primera parte de la obra, se ocupa precisamente del tratamiento que la jurisprudencia ha venido dispensando a la compensación del trabajo doméstico desde que se produjo la entrada en vigor del régimen de separación de bienes actualmente vigente entre nosotros. Ello comienza con una suerte de *status quaestionis* en relación con la situación previa a la unificación de doctrina de nuestros órganos jurisdiccionales inferiores, en función de la disparidad de modelos compensatorios que unos y otros venían adoptando hasta entonces en sus respectivas resoluciones judiciales y que a menudo resultaban contradictorias respecto de los principios rectores por los que debían regirse cada uno de ellos. Se advierte aquí, por tanto, el núcleo de lo que antaño constituyó el proyecto de tesis del autor, no solo por la manifiesta e intolerable inseguridad jurídica que comportaba esta situación, sino por lo criticable que resultó la unificación de doctrina del Tribunal Supremo. En esta dirección se encauza a partir de este momento la exposición de la obra para poner de manifiesto el sinfín de incongruencias que presenta esta doctrina en relación con la naturaleza jurídica que atribuye al derecho a que se refiere, aunque todo ello sin desconocer lo anacrónico y desfasado que resulta desde una perspectiva de conjunto respecto de la realidad social contemporánea, a la vista de cuanto se expuso previamente mediante la retrospectiva histórico-comparativa con que da

1 Sobre este particular, *vid.* Arrébola Blanco, A.: "La conservación, modificación y desarrollo del régimen de separación de bienes en el Derecho civil de Cataluña", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (dir. por C. Bayod López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-263.

comienzo la monografía. De esta manera se alcanzan una serie de consideraciones que representan un punto de inflexión en el desarrollo de la obra y en cierto modo articulan la alternativa que elabora el autor a este respecto, a lo largo de las ciento cincuenta y seis páginas que siguen a esta primera parte de la misma.

La segunda parte, *de lege ferenda*, está compuesta por dos capítulos mediante los cuales trata de proporcionarse una alternativa a la doctrina del Tribunal Supremo. Para el autor, así, en consideración a la naturaleza eminentemente convencional que reviste el régimen de separación de bienes, semejante alternativa reside en concebir la compensación del trabajo doméstico como un instrumento dirigido a restituir el enriquecimiento injustificadamente experimentado por la dedicación a los hijos y al hogar. Ello no supondría, sin embargo, ninguna novedad, en la medida en que la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre el particular no lo han hecho sino para respaldar este mismo modelo compensatorio frente a los demás, pero no es menos cierto que ninguno de ellos ha procedido todavía a desarrollar su régimen jurídico[2]. Esto es, precisamente, cuanto nos ofrece el autor

2 Por todos, *vid*. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 70, enero-abril, 2006, p.* 150; Guilarte Gutiérrez, V.: "La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho común: propuestas (Especial relevancia de tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales)", en AA.VV.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. por C. Guilarte Martín-Calero), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 47; Asua González, C. I.: "La compensación por el trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes", en AA.VV: *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* (coord. por M. Cuena Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech), Dykinson, Madrid, 2013, p. 1098; Serrano Alonso, E.: "El trabajo en el hogar como contribución a las cargas del matrimonio", en AA.VV.: *Liber amicorum: Profesor don Ignacio de la Concha*, Universidad de Oviedo, Madrid, 1986, pp. 463-470; Gavidia Sánchez, J. V.: "Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales", *La Ley*, núm. 3, 2006, p. 1903; De Amunátegui Rodríguez, C.: "Las parejas no casadas", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), v. IV, Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2017, p. 992; Id.: "La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia* (coord. por J. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2009, p. 259; Santos Morón, M. J.: "Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿Dos caras de una misma moneda?", *InDret*, núm. 1, enero, 2015, p. 35; Ginebra Molins, M. E.: "El trabajo 'doméstico' o 'para la casa' en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. Especial consideración de la compensación por razón de trabajo", en AA.VV.: *Construyendo la igualdad: la feminización del Derecho privado* (dir. por T. F. Torres García, coord. por F. J. Infante Ruiz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 610; Gutiérrez Santiago, P.: "Enriquecimientos y empobrecimientos en ('y por') la compensación del trabajo doméstico", en AA.VV.: *Construyendo la igualdad: la feminización del Derecho privado* (dir. por T. F. Torres García, coord. por F. J. Infante Ruiz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 615-616; Cuena Casas, M.: "Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 10121; Álvarez Olalla, M. P.: "El Tribunal Supremo concede el derecho a la compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, aunque la dedicación al hogar del cónyuge que la solicita no sea exclusiva, por haber colaborado en la empresa de su consorte. Comentario a la STS de 26 de abril de 2017 (RJ 2017/1720)", *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista doctrinal*, núm. 8, septiembre, 2017, p. 158; Id.: "Comentarios a los artículos 1111 y 1112 y 1411 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 3ª edición, Navarra, 2009, p. 1673; Arroyo Amayuelas, E.: "Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1573; Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor. Sentencia de 14 de julio de 2011", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, mayo-agosto, 2012, p. 284; Ribera Blanes, B.: "Del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *El régimen económico del matrimonio* (coord. por J. J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2005, p. 900; Chaparro Matamoros, P.: "La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes en el Derecho común: una revisión crítica de la interpretación jurisprudencial del art. 1438 *in fine* CC", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 24, octubre-diciembre, 2019, pp. 7-8 y 15-16; Estellés Peralta, P. M.: "La "descompensación" de la doble

durante el resto de la obra, a partir de la sobrecontribución en el levantamiento de las cargas matrimoniales que a su juicio sirve de cauce para el enriquecimiento injustificado cuya consolidación trata de impedirse por esta vía. Desde luego, el estudio podría haberse detenido aquí sin experimentar por ello menoscabo alguno por cuanto se ha dicho hasta ahora, pero es a partir de este momento cuando realmente se aprecia la tesis doctoral que se oculta detrás de la obra y que a todas luces responde a un modelo clásico, como destacaron la mayoría de los miembros del tribunal evaluador.

El capítulo cuarto, por tanto, se ocupa de todo cuanto atañe al levantamiento de las cargas matrimoniales para así poder determinar cuándo se daría un enriquecimiento injustificado digno de compensación por haber mediado la dedicación al hogar. Sabemos que los cónyuges tienen la obligación de contribuir a tal fin comoquiera que ellos mismos convengan de consuno y, en su defecto, en proporción a sus recursos económicos, pero el legislador no nos proporciona suficiente información acerca de cuáles son exactamente estas cargas matrimoniales, qué tipo de responsabilidad generan las deudas contraídas para su satisfacción, cómo puede contribuirse a su levantamiento junto con el trabajo doméstico y quiénes deben hacerlo, además de los propios cónyuges. De tal incertidumbre parte, sin embargo, un pormenorizado estudio sobre todos y cada uno de los aspectos anteriormente señalados, con un destacable apoyo en la doctrina y jurisprudencia francesa y con constantes referencias a otros cuerpos legales europeos y autonómicos que enriquecen los argumentos aducidos por el autor. Se persigue, en definitiva, sentar las bases de la distinción existente entre un incumplimiento justificado y no justificado del deber de contribuir a levantamiento de las cargas matrimoniales y, a mayor abundamiento, dentro de esta última categoría, discernir entre un incumplimiento inminente que hallará sus respectivos cauces de tutela mediante la jurisdicción voluntaria y un incumplimiento ya pretérito que por el contrario será susceptible de compensación.

El capítulo quinto, con el que finaliza la obra, comprende el régimen jurídico que a juicio del autor habría de conferirse a la compensación del trabajo doméstico por parte de nuestros jueces y tribunales de conformidad con el principio de interdicción del enriquecimiento injustificado, como fundamento último del modelo de restitución que él mismo atribuye a este derecho para el régimen estatal de separación de bienes. Establece de este modo los presupuestos que deben cumplirse para que el trabajo invertido en el hogar sea susceptible de compensación por esta vía, no solo en atención a este modelo compensatorio -cuya adopción sugiere especialmente cuando este derecho se ejercite ante la

jornada laboral versus el enriquecimiento injustificado del cónyuge "doméstico": necesidad de un nuevo enfoque jurisprudencial del controvertido artículo 1438 CC", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 *bis*, junio, 2019, pp. 116-119; ID.: "La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019, p. 108.

autoridad judicial competente-, sino también en función del amplio margen que a este respecto se concede a la autonomía de la voluntad de los interesados. En su defecto, no obstante, se exponen los diversos cauces procesales por medio de los cuales podría obtenerse la oportuna compensación y que el autor cree que deberían reducirse a los procesos declarativos que correspondan por razón de la cuantía, como ya advirtió de ello en otra sede[3]. Sobre este extremo se ofrece además un sistema de cuantificación capaz de reducir los créditos tan extraordinarios que han venido reconociéndose por tal concepto durante los últimos años, así como las modalidades de pago que resultan admisibles y las garantías de que disponen sus potenciales acreedores para el cobro de los mismos, en coherencia con el modelo compensatorio defendido por el autor. Por último, concluye la obra con el estudio de las compatibilidades e incompatibilidades que el mismo manifestaría respecto de otras prestaciones económicas a las que podría acumularse la compensación del trabajo realizado en el seno doméstico en caso de apreciarse favorablemente su aplicación por parte de nuestros jueces y tribunales, a la vista del principio que presidiría su régimen jurídico conforme a lo indicado anteriormente.

La monografía que ocupa estas páginas merece en consecuencia una valoración positiva por todo cuanto aquí se ha puesto de relieve. Se trata de un estudio muy completo de la institución jurídica a que se refiere y estoy seguro de que se convertirá en una obra de referencia sobre la materia si tenemos en cuenta la presumible proyección práctica que durante los próximos años podría desarrollar la compensación del trabajo doméstico, en base a la atención que recientemente han venido prestándole algunos legisladores autonómicos como el balear o el navarro, así como por la sólida interpretación que a día de hoy sostiene la jurisprudencia en contra del sentir común de la doctrina. Sin embargo, nótese, que, a pesar de ello, no solo alberga interés respecto de la compensación del trabajo doméstico en el concreto ámbito de la separación de bienes a que aparece inicialmente circunscrita, sino, más generalmente, en relación con todo el régimen económico-matrimonial por las razones que han sido expuestas con anterioridad. Por todo ello, en definitiva, juzgo que la presente obra merece un espacio en esta revista que tengo el honor de dirigir, como Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano.

3 *Vid.* Arrébola Blanco, A.: "Luces y sombras acerca de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes. Comentario a la STS de España, núm. 94/2018, de 20 de febrero (RJ 2018, 568)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019, pp. 410-419.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, M. P.: "El Tribunal Supremo concede el derecho a la compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, aunque la dedicación al hogar del cónyuge que la solicita no sea exclusiva, por haber colaborado en la empresa de su consorte. Comentario a la STS de 26 de abril de 2017 (RJ 2017/1720)", *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista doctrinal*, núm. 8, septiembre, 2017, pp. 153-160.

Álvarez Olalla, M. P.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 3ª edición, Navarra, 2009, pp. 1653-1678.

Arrébola Blanco, A.: "La conservación, modificación y desarrollo del régimen de separación de bienes en el Derecho civil de Cataluña", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (dir. por C. Bayod López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-263.

Arrébola Blanco, A.: "Luces y sombras acerca de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes. Comentario a la STS de España, núm. 94/2018, de 20 de febrero (RJ 2018, 568)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019, pp. 410-419.

Arroyo Amayuelas, E.: "Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1567-1580.

Asua González, C. I.: "La compensación por el trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes", en AA.VV: *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* (coord. por M. Cuena Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1097-1111.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 70, enero-abril, 2006, pp. 139-153.*

Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor. Sentencia de 14 de julio de 2011", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, mayo-agosto, 2012, pp. 271-290.

Chaparro Matamoros, P.: "La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes en el Derecho común: una revisión crítica de la interpretación jurisprudencial del art. 1438 *in fine* CC", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 24, octubre-diciembre, 2019.

Cuena Casas, M.: "Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 10088-10164.

De Amunátegui Rodríguez, C.: "Las parejas no casadas", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), v. IV, Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2017, pp. 849-1027.

De Amunátegui Rodríguez, C.: "La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia* (coord. por J. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 117-272.

Estellés Peralta, P. M.: "La "descompensación" de la doble jornada laboral versus el enriquecimiento injustificado del cónyuge "doméstico": necesidad de un nuevo enfoque jurisprudencial del controvertido artículo 1438 CC", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 *bis*, junio, 2019, pp. 112-131.

Estellés Peralta, P. M.: "La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019, pp. 100-133.

Gavidia Sánchez, J. V.: "Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales", *La Ley*, núm. 3, 2006, pp. 1890-1909.

Ginebra Molins, M. E.: "El trabajo 'doméstico' o 'para la casa' en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. Especial consideración de la compensación por razón de trabajo", en AA.VV.: *Construyendo la igualdad: la feminización del Derecho privado* (dir. por T. F. Torres García, coord. por F. J. Infante Ruíz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 593-611.

Guilarte Gutiérrez, V.: "La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho común: propuestas (Especial relevancia de tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales)", en AA.VV.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. por C. Guilarte Martín-Calero), Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 15-49.

Gutiérrez Santiago, P.: "Enriquecimientos y empobrecimientos en ('y por') la compensación del trabajo doméstico", en AA.VV.: *Construyendo la igualdad: la feminización del Derecho privado* (dir. por T. F. Torres García, coord. por F. J. Infante Ruíz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 613-635.

Ribera Blanes, B.: "Del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *El régimen económico del matrimonio* (coord. por J. J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 815-923.

Santos Morón, M. J.: "Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿Dos caras de una misma moneda?", *InDret*, núm. 1, enero, 2015.

Serrano Alonso, E.: "El trabajo en el hogar como contribución a las cargas del matrimonio", en AA.VV.: *Liber amicorum: Profesor don Ignacio de la Concha*, Universidad de Oviedo, Madrid, 1986, pp. 463-470.

CERVILLA GARZÓN, Mª D.: ***Una mirada al Derecho civil***, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 305 pp. (ISBN 9788413360782).

Es cierto, como afirma la Profesora Cervilla Garzón, que el concepto de Derecho civil ha quedado relegado en las últimas décadas a un examen más o menos detenido en la lección correspondiente del temario de la parte general de la disciplina, o a su análisis en los proyectos docentes y de investigación que se presentan para los concursos de acceso a las plazas de personal universitario, pero este hecho no significa, necesariamente, que no sea preciso abordarlo de nuevo, tal vez como lleva a cabo la Profesora Cervilla, con una "nueva mirada". La

• Carmen Leonor García Pérez
Profesora TU de Derecho Civil, Acreditada a Catedrática, Universidad de Murcia.
Correo electrónico: cgp@um.es

autora, en una lúcida selección de temas, pone en valor este concepto al acometer un estudio meditado y detallado de materias propias de nuestra disciplina con un planteamiento original y brillante.

La obra *Una mirada al Derecho Civil* de la Catedrática María Dolores Cervilla, nos hace reflexionar nada menos que sobre una noción estructural en la que se asientan instituciones que nacieron por y para la persona en su dimensión jurídica más íntima (como diría Kelsen, "el Derecho es una ordenación normativa del comportamiento humano"). En ella lleva a cabo un examen claro, exhaustivo y riguroso de la forma de entender el Derecho civil en la actualidad, partiendo, no podía ser de otra manera, de la idea tradicional con la que éste se concebía, para ir introduciendo materias (Capítulos 2 y 3) que, probablemente, no desvirtúan aquel concepto, pero que sí colocan al Derecho civil en su entorno real, en un ámbito nuevo e imprescindible que nos hace comprenderlo de una forma más precisa. Con ello la autora no pretende una "revolución del concepto", sino mostrar su "evolución", lo que permite adecuarlo a nuestra sociedad contemporánea. Y es que como sostiene la Profesora Cervilla, el Derecho Civil ha sido y es permeable a los cambios sociales, es aquí donde reside su virtualidad, pues es capaz de ajustarse a las nuevas demandas que desde diversos sectores se han venido reclamando.

Por ello, la autora destaca en su obra las transformaciones habidas en el Derecho de familia (dentro del Capítulo segundo relativo al Derecho Civil del siglo XXI) y que han supuesto una alteración de los "principios o presupuestos bajo los que, hasta entonces, se ordenaba la institución familiar", traduciéndose en la protección de las uniones de hecho, en la redefinición del concepto de matrimonio, en el peso que las técnicas de reproducción humana asistida han tenido en la noción de la familia como institución, entre otros aspectos. Subraya, igualmente, cómo el Derecho Civil actual se ocupa de los denominados "colectivos vulnerables", en una dimensión que no se olvida de la juridicidad de la materia, pero que abarca también, para incorporarla, una perspectiva social indispensable que ya no es indiferente al Derecho civil.

Resulta evidente también que, así como en el siglo XIX surgió una masa social para la que era necesario el intervencionismo estatal promoviéndose una regulación tuitiva (los trabajadores), hoy es el consumidor o usuario el grupo social precisado del mismo, aunque a diferencia de aquél, la intervención viene de la mano de la Unión Europea, pues como afirma la Profesora Cervilla, su protección se impone "a ritmo europeo", con una "convulsión" en el ámbito hipotecario. Dedica a ello la penúltima parte del Capítulo segundo, analizando de forma excelente la decisiva influencia que el Derecho Comunitario ha tenido en nuestro ordenamiento, sin olvidar el contundente influjo de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En esta redefinición o actualización del concepto de Derecho Civil, la autora plantea en el Capítulo tercero las perspectivas de futuro de nuestra disciplina bajo el presupuesto inapelable de un texto articulado: el Código Civil, en el que deban tener reflejo aspectos o materias que, por ahora, han sido objeto de regulación en leyes especiales, de ahí que plantee posibles reformas "futuras" del Código que, "intuye", puedan tener lugar en épocas venideras. Sucede así con el Derecho de obligaciones y contratos, materia en la que como advierte la Profesora Cervilla, es sin duda urgente una actualización de su régimen jurídico, tanto el general (incumplimiento contractual, la alteración extraordinaria de las circunstancias, formación del contrato y perfección, entre otras cuestiones que trata), como el particular de los diferentes tipos contractuales. Para ello la autora tiene en cuenta las diferentes Propuestas que se han venido sucediendo en estos últimos años, poniendo el acento en las elaboradas en nuestro país por la Comisión General de Codificación (Sección civil) y por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PMCC). Esta última Propuesta es, además, objeto de análisis especial, pues proyectándose hacia un futuro no muy lejano (nótese que nuestro Código Civil es de primera generación), pretende una reelaboración completa del Código, que, sin apartarse de nuestra tradición jurídica histórica, sin embargo, como la autora pone de relieve, introduce importantes cambios "de fondo y de forma" plenamente consensuados entre la doctrina.

Este Capítulo finaliza con dos aportaciones novedosas y muy bien traídas por lo que aportan a esta evolución: los denominados "Smarts Contracts" y la "robótica y el Derecho Civil", planteándose si en el primer caso se está ante una nueva forma de contratación, en el segundo cuestionando que la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 abarque todas las cuestiones que del uso de la robótica puedan surgir en el ámbito del Derecho civil.

El Capítulo cuarto de la obra lo dedica la autora a lo que "es esencial en el Derecho civil". Con ello cierra impecablemente el círculo que inició en la forma de entender el Derecho civil en su versión tradicional, para darnos una visión nueva, una mirada propia y, por ello, original, fresca y moderna de la disciplina, que no pierde su esencia, pues como ella misma pone de relieve, sigue fiel a la idea de que el Derecho civil "es el Derecho de la persona, del ciudadano como tal". Por ello, sostiene la Profesora Cervilla, el Derecho civil asume la función de Derecho común al constituir el "Derecho por antonomasia", explicándose así la permanencia de los Derechos forales en un mundo globalizado, pues al fin, el Derecho Civil es el "Derecho del pueblo", siendo, como expone de forma clara y aguda la autora, probablemente la causa del fracaso de los intentos de la unificación europea del Derecho civil, y a los que dedica su análisis en este Capítulo (PECL, DCFR, CESL).

El Capítulo culmina con una afirmación con la que estoy plenamente de acuerdo: "la libertad es el valor esencial del Derecho Civil", y ello es así aun cuando emplee mecanismos destinados a proteger a la persona, pues como manifiesta perspicazmente, la regulación "no está protegiendo, sino buscando la libertad del propio individuo". Para sostener esta afirmación, la Profesora Cervilla se sirve del análisis de aquellos sectores del Derecho Civil en los que solo "aparentemente" parece restringirse la autonomía de la voluntad (consumo, Derechos reales, relaciones familiares, etc.), pues como ella misma afirma, la presencia de normas imperativas, lejos de impedirla, lo que provocan es que el individuo "recupere su libertad".

Finalmente, el Capítulo quinto (Una mirada de color violeta) contiene una reflexión, y es que la autora ha optado por mirar al Derecho civil desde una perspectiva de género, no de otro modo podría explicarse, como ella misma declara, la inclusión de materias que, tal vez, hubieran pasado inadvertidas para otros ojos, o el tratamiento que en la obra se le da a buena parte de las mismas.

No podría concluir esta recensión sin advertir al lector que se adentre en las páginas de *Una mirada al Derecho Civil*, que va a encontrar una obra singular y notable, que responde sí, a una visión subjetiva del Derecho civil, pero a un mismo tiempo objetiva, pues lo que en ella se incluye magníficamente como definitorio del Derecho civil actual, constituye, sin duda, parte esencial de nuestra disciplina. Parafraseando a Niccolo Maquiavelo "la ley no debe tornar al pasado, sino prever el futuro", y con este sentido es con el que debe "mirarse" esta obra, al mostrarnos cuáles serán los derroteros por los que discurrirá el Derecho Civil del siglo XXI.

LANDINI, S.: Legal constraints ***agli investimenti finanziari di lungo periodo nell'età del breve***, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, 176 pp. (ISBN 9788849540017)

Nada más cierto que la dimensión temporal, tiempo, en la economía, pero también en las relaciones contractuales. Así empieza el delicioso libro de la profesora Landini, profesora de la Universidad de Firenze, bajo el título "Legal constraints agli investimenti finanziari di lungo periodo nell´età del breve", que acaba de salir a la calle. Inversiones, unidades de tiempo, utilidades y rendimiento, lo que a la postre genera una maximización de aquéllas. Y en esa ecuación cobra un inusual pero extraordinario relieve dos variables, tiempo e inversión. Éste no

• Abel B. Veiga Copo
Profesor Ordinario de Derecho Mercantil. Universidad Pontifica Comillas de Madrid (ICADE).

puede entenderse y menos comprenderse desligado del tiempo, ya sea en el aspecto coste-precio a través de la rentabilidad, expresado en intereses, ya sea en el marco que decide toda política de inversión, máxime a largo plazo pero también en aquellas en las que las mismas se realizan en un breve periodo de unidades temporales. Y es en este escenario donde se producen los riesgos, o como valientemente señala la profesora Landini la "miopía decisional" en el mercado, y que se plasma bien en los métodos para la valoración de la performance, bien en el desarrollo tecnológico con su capacidad intrínseca para transformar la información y las decisiones, bien finalmente en el cumplimiento de las obligaciones normativas y máxime sin perder el horizonte último de la transparencia en los mercados.

Con este cocktail introductorio arranca un trabajo donde bajo el ojo atento y la capacidad argumentativa la autora nos regala una espléndida monografía, estructurada a lo largo de tres capítulos. Como bien se señala en las inversiones a largo plazo (LTI) son inversiones a largo plazo o inversiones en las que se tiene un interés y la intención de mantener y capitalizar durante un período de tiempo de al menos un año. Se distinguen de las inversiones a corto plazo en que deben venderse en el plazo de un año y de los ahorros a largo plazo, es decir, los ahorros a largo plazo que pueden invertirse en activos a largo plazo. No puede negarse que el objeto principal de las LTIs son las acciones. Activos que, sin duda, permiten lograr una alta rentabilidad sin detrimento eso sí, que paralelamente son activos de riesgo. Y es aquí donde la dimensión tiempo cobra su principal protagonismo, habida cuenta que el horizonte temporal de la inversión es decisivo para este propósito. Las acciones, cual instrumentos o valores financieros, cotizan en la bolsa de valores y a corto plazo las bolsas, como es sabido, se rigen el comportamiento especulativo y el comportamiento inestable de muchos inversores.

Cuestión distinta es la valoración y potencial de crecimiento de estos valores en un horizonte temporal a largo plazo, el mismo que, normalmente imprime el carácter de mayor fidelización del accionista sin por ello renunciar del todo a la componente especulativa que late, en el fondo, en toda inversión en acciones de una sociedad cotizada. A ello únase por ejemplo el fuerte impacto que las acciones de lealtad o acciones con voto mayoritario en aras de esa fidelización y permanencia del inversor accionista está generando en el debate pero también en la práctica en los últimos años tanto en Italia, como Francia y más recientemente en los movimientos legislativos en España en tal sentido.

Conviene no perder de vista, además, la necesidad de distinguir entre un mercado primario, en el que las unidades excedentarias financian directa o indirectamente a los emisores, y un mercado secundario en el que los inversores pueden negociar sus posiciones no líquidas, es decir, no fácilmente transferibles o retornables por los emisores, liquidándolas mediante la transferencia a terceros.

Serán como no las políticas de inversión las que marquen el patrón de conducta para también decisional del inversor, inversor normalmente profesional, no consumidor lego y profano. Para ello es clave prestar atención en factores tales como la naturaleza y la composición de los diversos instrumentos de inversión, la situación financiera neta, el horizonte temporal de la inversión, los rendimientos históricos y previstos del mercado de capitales, los beneficios de la diversificación de las inversiones, un nivel aceptable de riesgo de activo-pasivo, las corrientes de efectivo de activos y pasivos y el riesgo de reinversión, la composición de los activos del balance.

No le falta razón a la profesora florentina cuando admite que la política de inversión se basa en la gestión de tres instrumentos: asset liability, asset allocation strategica y, por último, la asset allocation táctica. La gestión de estos instrumentos asociados a horizontes temporales diferentes y complementarios constituyen la guía para las decisiones de planificación de la política de inversiones que deben tener en cuenta: el riesgo de impacto del rendimiento de la cartera de activos financieros del inversor en comparación con la probabilidad de alcanzar los objetivos a largo plazo; el riesgo de cambios en el valor o el perfil de los pasivos en comparación con el valor y el perfil de los activos financieros; la volatilidad de los rendimientos de los activos financieros en los niveles de contribución requeridos y las evaluaciones contables del inversor; la liquidez y los riesgos de reinversión de las corrientes de efectivo.

Nos recuerda Landini con extraordinaria solvencia como ahorro e inversión deben considerarse teniendo en cuenta sus características distintivas, pero también las correlaciones y disociaciones que puedan existir entre ellos con efectos en el mercado financiero. Al hilo de esta dualidad, hemos de acoger el concepto keynesiano de ahorro y en el que se especifica que se tiene ahorro en lugar de inversión cuando se refiere a la parte de la riqueza que se puede recaudar y cuantificar en los fondos disponibles restantes después de que el monto de la renta disponible obtenida en un determinado período de tiempo se deduzca del gasto de consumo. Para quienes optan por políticas financieras prudentes, se trata de la cantidad de ingresos disponibles que queda después de cubrir los gastos de consumo. Mas de lo que no cabe duda es de la fuerte interacción y relación entre ahorro e inversión, ha ida cuenta que el primero, el ahorro, es un medio de aumentar los ingresos a través de inversiones en múltiples instrumentos financieros.

Inequívocamente un papel axial y clave es la figura de los intermediarios financieros quiénes han de velar por cumplir su función institucional de transferir recursos de un sector de la economía a otro creando instrumentos financieros que puedan satisfacer las necesidades de los inversores y los ahorradores. Marco éste

que pueden diversificarse a través de distintos instrumentos o valores negociables-financieros, ya sea renta fija o variable, vencimiento a corto o a largo plazo, así como en función de las propias rentabilidades de los productos en cuestión. A ello ha de unirse el vaivén que en la intermediación puede experimentar la oferta de valores a nivel internacional o deslocalizadamente. Lo que nos da además, una medida de la eficiencia misma del sistema de intermediación financiera a la hora de promover un reequilibrio entre el valor del ahorro y la inversión, lo que per se no garantiza que las decisiones de ahorro sean plenamente compatibles con las intenciones de inversión.

Destaca igualmente la labor de la profesora Landini a la hora de explicar el comportamiento de los particulares en las políticas de inversión, que están fuera de la lógica de la optimización, también puede provenir de las teorías conductistas (o conductistas) que tienden a explicar el comportamiento de los operadores económicos sobre la base de la observación de simples reglas de la experiencia. Estas teorías se basan en la idea de que el comportamiento de los agentes económicos nunca es completamente racional, especialmente en el caso de información completa o en situaciones de incertidumbre económica. El punto de inflexión nace de la necesidad de dar la relevancia adecuada al comportamiento de los individuos como base de la economía, lo que nos lleva a analizar, revisar las aptitudes estándar a la luz de las teorías conductistas, teniendo en cuenta las preferencias de las creencias y las limitaciones que constituyen la base de las elecciones de los particulares, como las elecciones de inversión.

Pero ¿cuál es el perfil y cuál la necesidad y por qué de un inversor a largo plazo? Interrogante que Landini responde y ancla en tres dimensiones claras, a saber, el crecimiento económico, ya que financian la infraestructura y es más probable que se conviertan en accionistas activos; un mayor rendimiento de las pensiones y los ahorros a largo plazo que propenden a una mayor atracción por las pensiones y otros fondos de ahorro a largo plazo y, finalmente la inversión a largo plazo tiene capacidad para equilibrar la volatilidad de los mercados financieros y, en algunas circunstancias, la falta de liquidez.

Una parte encomiable de esta monografía es el análisis que la autora lleva a cabo de la predictividad, es decir, del análisis predictivo en los mercados y para este tipo de productos. El análisis predictivo de datos incluye técnicas estadísticas que, mediante la extracción de información de los datos, permiten hacer predicciones sobre las tendencias y las pautas de comportamiento, estableciendo relaciones entre las variables independientes y las variables dependientes de acontecimientos pasados y utilizando esas relaciones para hacer predicciones. Situaciones que, como la aversión al riesgo en el contrato de seguro de los que la profesora Landini es una de las grandes referentes en la doctrina italiana y europea, marca

la tendencia, el comportamiento, la aptitud del inversor a la hora de conocer o poder estimar predictivamente el comportamiento de los mismos en el mercado y en las fluctuaciones financieras.

En el capítulo segundo la profesora Landini analiza el perfil de los inversores institucionales, unos inversores que, en la última década se han caracterizado por un comportamiento de inversión caracterizado por objetivos de corto plazo, es decir, una tendencia real hacia la inversión a corto plazo, en parte debido a la crisis económica y la incertidumbre que la acompaña, y en parte debido a un marco normativo que, considerado en su conjunto, a la luz de las directrices interpretativas en su aplicación, ha afectado las políticas de inversión orientándolas hacia las inversiones a corto plazo. Alerta en este sentido la autora de los graves desajustes entre esas tendencias hacia las perspectivas a corto plazo en los últimos años, y los intereses de los emisores de esos instrumentos financieros administrados, que a menudo piden una visión de inversión a largo plazo (significativamente los miembros de un fondo de pensiones). Debido a este desajuste de intereses entre los dos grupos, pueden producirse pérdidas significativas para los inversores lo que acaba generando un efecto distorsionador, a saber, los costes de transacción se disparan. De hecho, las perspectivas a corto plazo suelen dar lugar a una elevada rotación de la cartera, lo que puede dar lugar a elevados costes de transacción, reduciendo los beneficios para los inversores. Un cortoplacismo, en suma, que se ha generalizado y que ha sido impulsado por cambios estructurales, pero también por distorsiones cognitivas determinadas no sólo por escenarios económicos sino también por impulsos regulatorios. Ahora bien, no podemos olvidar que los inversores institucionales vehiculan con su intervención que ciertos productos financieros faciliten a los hogares y a las empresas la tolerancia al riesgo y el suministro de recursos financiero

Se trata en definitivo y acierta aquí Landini en relativizar o flexibilizar las limitaciones jurídicas que vinculan las políticas a largo plazo y de crear un nuevo tejido social y político a favor de las inversiones a largo plazo.

Acto seguido el capítulo analiza la normativa al respecto tanto bancaria como prudencial y políticas de inversión de las compañías de fondos de pensiones donde se detalla toda la regulación sobre todo comunitaria y con un especial énfasis en el trabajo de EIOPA.

Finalmente en el tercero y último de los capítulos, plasma la autora una de las grandes situaciones potencialmente conflictuales entre el inversor institucional y el ahorrador. En efecto, las tensiones jurídicas que surgen a nivel de las LTI de los inversores institucionales, así como el hecho de que ciertas políticas prudenciales "a favor" de los ahorradores que en la práctica pueden ir en contra de los intereses de los propios ahorradores. Como se ha dicho repetidamente, el cortoplacismo

en la visión de los inversores institucionales puede disociarse de la perspectiva a largo plazo de sus clientes. Piensa en los inversores/ compañías de seguros que operan en el sector de la vida.

A ello hemos de unir la variable información/transparencia que en la genética de estos productos han de realizarse desde el diseño mismo del producto hasta su comercialización y distribución. Ámbitos éstos que se reflejan muy claramente en toda la normativa comunitaria que procura esta finalidad, la transparencia en el mercado y que es trasladable a cualesquiera productos financieros, incluidos los de seguro, como es ocasión en la directiva de distribución de 2016. Así, y partiendo de este prisma, hemos de reseñar como la condición de incertidumbre en la producción y distribución de los productos del mercado financiero está, ante todo, guiada por políticas de transparencia, información, gobierno de la adecuación del producto, que no siempre se traducen en reglas de conducta claras para los operadores, además de reflexionar sobre las técnicas de regulación y sobre el sistema de fuentes de derecho del mercado financiero, es necesario considerar las cambiantes necesidades del inversor privado. Manifestación, en suma, inequívoca del considerando 86 de la Directiva 2014/65/UE sobre los mercados de instrumentos financieros, que modifica la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, MIFID II, que señala como: "Uno de los objetivos de esta Directiva es proteger a los inversores. Las medidas destinadas a proteger a los inversores deben adaptarse a las especificidades de cada categoría de inversores (clientes minoristas, profesionales y contrapartes). Sin embargo, para mejorar el marco reglamentario aplicable a la prestación de servicios, independientemente de las categorías de clientes de que se trate, debe quedar claro que los principios de conducta justa, equitativa y profesional y la obligación de ser justos, claros y no engañosos se aplican a las relaciones con cualquier cliente".

Nervio central de este capítulo es el épigrafe segundo bajo el título "Investimenti, "tipicità" e "governo del prodotto"", y en el que la autora defiende un concepto de "contrato de inversión" partiendo de su constatanción de que los mismos pueden representar una categoría general, ya que aquí se expresa el principio de autonomía privada. En particular, se ha dicho que el TUF habría introducido un tipo de contrato articulado en subtipos relativos a los diferentes servicios de inversión. Destaca Landini como la doctrina ha puesto de relieve cómo se reconoce el término "contrato de inversión" en las obligaciones de conducta y en la reserva de actividades reconocida a los sujetos calificados que realizan actividades de intermediación de conformidad con el artículo 18 del TUF. En particular, se observa que "la ley del mercado financiero interviene en la autonomía privada a nivel formal también mediante la provisión de "requisitos de forma-contenido" y, a nivel sustantivo, mediante la predeterminación de un modelo de conducta de una de las partes en la relación (el intermediario), para

proteger a la otra parte (el cliente) y, cabe señalar, para la realización de un cierto orden de intereses, resumido en la frase "servir mejor los intereses de los clientes". Ámbito donde además la autora infiere una argumentación hacia las inversiones en seguros a través de pólizas de vida unitarias e indexadas.

La autonomía privada en la construcción de la relación contractual encuentra, por lo tanto, una compresión dictada por razones de protección del cliente y del mercado. Pero sin perder de vista la necesaria tutela del consumidor de estos productos, por mucho que algunos sean profesionales de los mercados o de la inversión especulativa. De ahí las reglas de gobernanza o gobierno del producto. Con el fin de garantizar que los instrumentos financieros se ofrecen únicamente si ello redunda en beneficio del cliente, las empresas de inversión que ofrecen o recomiendan el producto diseñados por empresas no sujetas a los requisitos de gestión de productos o las empresas de terceros países también deben disponer de mecanismos adecuados para obtener información suficiente sobre los instrumentos financieros en cuestión.

La protección de los inversores no se limita a la imposición de una relación intermediario-inversor, sino que se integra en la estructura organizativa del intermediario imponiéndole una serie de limitaciones para garantizar que la protección de los inversores se convierta en parte del propio modelo de cumplimiento del intermediario.

Estamos por tanto ante una extraordinaria monografía que sintetiza, analiza, escruta, valora y enjuicia subjetiva y objetivamente tanto el papel de los intermediarios financieros, el consumidor, profesional y sobre todo los inversores institucionales ante los productos de inversión a largo plazo en esa confluencia sinérgica pero necesaria aunque responda a lógicas económicas y jurídicas diferentes como son el ahorro y la inversión. Una obra lúcida, valiente, muy clara y que refleja la honestidad intelectual y coraje investigador de la profesora Landini, todo un referente en el derecho italiano y europeo en el derecho de contratos de seguros y que ahora nos ofrece credenciales para serlo también en otros ámbitos de los mercados financieros.